



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
30.10.2018

Vår referanse
2018/17278

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 100/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 18. oktober 2018.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Saken gjelder

Twist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som helsefagarbeider i stilling på 42,84 prosent i B.

Hun har hatt et engasjement på 4,11 prosent i perioden 1. mai 2016 til og med 30. november 2017.

Den 12. desember 2017 fremsatte A krav om økt stilling, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev datert 21. februar 2018. A fikk samtidig tilbud om vakter som vikar for en person som er langtidssyk.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 568 timer utover fast stilling i perioden fra og med 12. desember 2016 til og med 11. desember 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 8. mars 2018.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 8. mars 2018
- e-post av 21. september 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 4. april 2018
- brev datert 24. april 2018
- e-post av 7. september 2018
- e-post av 1. oktober 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har krav på utvidet stilling til 71,76 prosent jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Arbeidstaker anfører at det er det totale bilde av arbeidstakers ekstravakter gjennom hele året som kravet skal baseres på.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at merarbeid på grunn av syke- og ferievikariat som er avtalt på forhånd, ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget. Sommeren 2017 var det en egen turnus i uke 27-32. Arbeidsgiver har også trukket fra vakter der arbeidstaker har vært vikar for personer med høyskoleutdanning.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven §§ 17-2 (1) og 14-4 a (2). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer.

Arbeidsmiljøloven § 14-4 a fastsetter at deltidsansatte som de siste 12 måneder jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i denne perioden, med mindre arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 12. desember 2017. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 12. desember 2016 til og med 11. desember 2017. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 568 timer utover fast stilling denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at § 14-4 a tar sikte på å omfatte jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrensner imidlertid kriteriets anvendelsesområde mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt, og det understrekes at i slike tilfeller skal stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Arbeidsgiver anfører at vakter utført i henhold til sommerturnus ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget. Arbeidsgiver har opplyst at alle deltidsansatte hadde mulighet til å jobbe ekstra om sommeren, dersom de ønsket det. Sommerturnusen var ferdig en måned før oppstart og det ble avtalt med den enkelte arbeidstaker hvilke vakter de ønsket. Den enkelte arbeidstaker fikk en personturnus, men det inngås ikke en skriftlig avtale om dette.

Nemnda har i sin praksis, eksempelvis sak 85/16, lagt til grunn at ferievikarvakter som inngikk i en forhåndsavtalt sommerturnus ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Etter nemndas oppfatning bærer imidlertid sommerturnusen i denne saken preg av å være enkeltstående vakter over en kortere tidsperiode. Turnusen er heller ikke signert av arbeidstaker, og det kan ikke legges til grunn at den er basert på en forhåndsavtale med arbeidstaker. Nemnda finner derfor at sommerturnusen skal inngå i grunnlaget av en eventuell stillingsutvidelse.

Videre har arbeidsgiver dokumentert at 188,5 timer av As merarbeid har vært i vakter som er tillagt stillinger for sykepleiere/høyskoleutdannende. Arbeidsgiver anfører at dette

merarbeidet ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, fordi det ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en helsefagarbeiders merarbeid. I vurderingen av dette spørsmålet har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Solberg, bemerker at det i utgangspunktet er arbeidsgiver som fastsetter kompetansesammensetningen i virksomheten og hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde for den enkelte stilling. Flertallet bør derfor i begrenset grad prøve arbeidsgivers vurdering av dette.

Flertallet har også forståelse for at arbeidsgiver i enkelttilfeller kan vurdere det som faglig forsvarlig å leie inn en helsefagarbeider som vikar for sykepleiere/høyskoleutdannende, uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv.

I denne saken har arbeidsgiver imidlertid jevnlig over en lengre periode benyttet seg av en helsefagarbeider som vikar i vakter forbeholdt sykepleiere/høyskoleutdannede. Slik saken er opplyst finner ikke flertallet holdepunkter for at A har utført arbeidsoppgaver som krever annen kompetanse, og flertallet legger derfor til grunn at arbeidsgiver har organisert arbeidet på de aktuelle vaktene slik at bemanningen samlet sett har vært forsvarlig. Etter flertallets oppfatning er det ikke noe som tilsier at dette også vil være tilfellet i fremtiden, og at det derved vil være behov for As merarbeid også i fremtiden. Ettersom arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort noe annet, legger flertallet til grunn at det er driftsmessig forsvarlig å øke andelen faste ansatte med den kompetanse A har.

Selv om arbeidsgiver har som målsetning å dekke det aktuelle vikarbehovet med sykepleiere/høyskoleutdannende, må målsetningen etter flertallets syn også være et realistisk alternativ dersom den skal begrense stillingsvernet til helsefagarbeideren som rent faktisk utfører arbeidet. Slik saken er opplyst finner flertallet at B ikke har sannsynliggjort dette, og har derfor kommet til at også den delen av As merarbeid som er utført i vakter for sykepleiere skal inngå i beregningsgrunnlaget etter aml. § 14-4 a.

Nemndas syn på hvilke vakter som skal inngå i jevnlighetsvurderingen avviker på dette punkt fra nemndas vurdering av lignende spørsmål i tidligere vedtak. Flertallets endrede standpunkt beror i hovedsak på dom fra Borgarting lagmannsrett, LB-2017-80601. På bakgrunn av nevnte rettspraksis legger nemnda til grunn at det ved utstrakt bruk av arbeidstakere uten ønsket formalkompetanse må stilles nokså strenge krav til arbeidsgivers begrunnelse, dersom en skal få medhold i at merarbeidet ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemndas mindretall, medlem Almestrand, viser i denne sammenheng til at retten til å bestemme kompetansefordelingen i virksomheten er en naturlig del av arbeidsgivers styringsrett. Høyesterett har i HR-2014-831-A også uttalt at domstolene i begrenset grad bør prøve arbeidsgivers vurdering av hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde for en stilling.

I en vurdering av arbeidsmiljøloven § 14-4 a er det kun merarbeidet til den aktuelle arbeidstakeren som vurderes – ikke det totale fraværet innen det aktuelle tjenesteområdet. Endelig er beregningsperioden begrenset til tolv måneder, noe som gjør det desto

vanskeligere å fastslå hva som utgjør virksomhetens stabile og varige behov tilstrekkelig kvalifisert arbeidskraft. Det er dermed lagt opp til en mindre omfattende bevisvurdering enn etter grunnbemanningslæren, noe som etter mindretallets syn gjør det desto mer betenkelig om nemnda skal sette seg ut over arbeidsgivers vurdering av nødvendige kvalifikasjoner og kompetansesammensetning.

As merarbeid i vakter som er tillagt stillinger for sykepleiere/høyskoleutdannede på 188,5 timer tas ikke med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over på jevnlighetsvilkåret.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige.

Nemnda viser til at det fremkommer av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) at merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet vil være sentrale momenter i vurderingen av jevnlighetskriteriet. Slik nemnda ser det, vil disse tre momentene i noen grad gripe inn i hverandre. Uten en viss hyppighet, vil f.eks. merarbeidet heller ikke få nevneverdig omfang eller stabilitet. Med unntak for perioder der forhold på arbeidstakers side gjør det umulig, må det være utført et visst merarbeid gjennom hele beregningsperioden, men det kan ikke stilles bestemte krav til at arbeidet er utført ukentlig e.l. For at «merarbeidet i det store og hele fremstår som en etablert praksis», er det tilstrekkelig at det har forekommet slikt merarbeid gjennom hele beregningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlign og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden. Nemnda finner at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar flertallet utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer.

Nemndas flertall har kommet til at samtlige 568 timer av As merarbeid skal tas med ved beregningen, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 34,04. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 76,88.

Nemndas mindretall har kommet til at 379,5 timer av merarbeidet skal tas med ved beregningen, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 22,74. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 65,58.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 34,04.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

30.10.2018

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (2). Nemndas konklusjon står ved lag mens saken er til behandling ved domstolene. Dersom dette vil virke urimelig, kan retten etter krav fra en av partene fastsette en annen midlertidig ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolene er åtte uker regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).