



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
01.11.2018

Vår referanse
18/13904

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 101/18 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 kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som helsefagarbeider i stilling på 81,1 prosent i B kommune.

Den 26. september 2017 fremsatte A krav om økt stilling, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet i e-post av 19. februar 2018. Arbeidsgiver kom frem til at A hadde krav på en stillingsutvidelse tilsvarende 10,06 prosent. Arbeidsgiver regnet ikke med vakter som var forbeholdt personell med høyere kompetanse enn A.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 240,75 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 26. september 2016 til og med 25. september 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 21. februar 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 21. februar 2018
- e-post av 10. oktober 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 16. juli 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har krav på utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid og at merarbeid knyttet til vakter forbeholdt sykepleiere og vernepleiere ikke skal trekkes ut av beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at en ikke skal ta med merarbeid ifm. vakter forbeholdt arbeidstakere med høyere kompetanse enn det A har i beregningsgrunnlaget.

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 merarbeid ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 26. september 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 26. september 2016 til og med 25. september 2017. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 240,75 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

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

Arbeidsgiver har dokumentert at 14 timer av A merarbeid har vært utført i vakter som er tillagt stillinger for sykepleiere. Arbeidsgiver anfører at dette merarbeidet ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, fordi A ikke er kvalifisert for disse stillingene ettersom hun er helsefagarbeider.

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. Nemnda 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, uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv.

I denne saken har arbeidsgiver imidlertid over en lengre periode benyttet seg av en helsefagarbeider som vikar i vakter forbeholdt sykepleiere. Slik saken er opplyst finner ikke nemnda holdepunkter for at A har utført arbeidsoppgaver som krever annen kompetanse, og nemnda 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 A merarbeid også i fremtiden. Ettersom arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort noe annet, legger nemndas flertall 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, 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 kommune 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.

Flertallets 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 nemndas flertall 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 beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemndas mindretall, medlemmet Almestrand, har kommet til at merarbeidet i vakter som er forbeholdt sykepleiere ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en helsefagarbeiders merarbeid. Ettersom sykepleierstillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner mindretallet at dette merarbeidet ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent.

Mindretallet 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 nemndas 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 på 14 timer tas ikke med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til jevnlighetsvurderingen.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønnsmessig 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 jevnlig 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 stillings økning må etter flertallets oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 240,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 14,43. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 95,53.

Nemndas mindretall har kommet til at 226,75 timer av merarbeidet skal tas med ved beregningen, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 13,59. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 94,69.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 14,43.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

01.11.2018

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).