



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
13.11.2018

Vår referanse
2017/53809

Saksbehandler
Mahreen Shaffi

VEDTAK NR 105/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 23. august 2018.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Per H. Engeland, Virke

Saken gjelder

Tvist 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 assistent i stilling på 13,85 prosent i B.

Den 18. oktober 2017 fremsatte hun krav om stillingsutvidelse til 68 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev datert 10. desember 2017 med begrunnelsen at merarbeidet ikke var utført jevnlig, da vakter arbeidstaker ikke oppfyller kompetansekrav for unntas fra vurderingen.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 678,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 18. oktober 2016 til og med 17. oktober 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 20. desember 2017. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 20. desember 2017
- brev datert 7. februar 2018
- e-post av 13. august 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 24. januar 2018
- brev datert 25. juli 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hun har utført i tolv månedersperioden viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Avdelingen arbeidstaker jobber på har stor sykepleiemangel, og det har vært utlyst etter sykepleiere mange ganger uten å få søkere som er kvalifisert. Det blir brukt assistenter og fagarbeidere for å dekke behovet, og arbeidstaker kommer fortsatt til å bli brukt som vikar. Arbeidstaker har et sterkt ønske om å gå opp til fagbrev for å styrke sin kompetanse.

Gjeldende avdeling har pr. 1. kvartal 2018 hatt et sykefravær på 14,4 prosent, og i 2017 lå sykefraværet i snitt på 10 prosent hele året.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver ser på kompetanse og utdanning vaktene krever, opp mot den ansattes kompetanse og utdanning. Når vaktene den ansatte har gått krever annen kompetanse og utdanning enn vedkommende har, blir de ikke medberegnet i jevnlighetsvurderingen. Den ansatte har ingen formell kompetanse, og da er ikke vakter hvor det er behov for fagarbeider eller høyskoleutdannet regnet med. Arbeidsgiver har utfordring med å skaffe fagutdannet personale, men dette er noe som jobbes kontinuerlig med.

Når arbeidstaker går i disse vaktene, må sykepleierkompetansen dekkes opp på andre måter, og et alternativ har vært via ansvarsvakter. Årsaken til at arbeidsgiver har måttet bruke ufaglært og fagarbeidere i sykepleierstillinger er at det er vanskelig å rekruttere nok sykepleiere til disse stillingene. Det har blitt lyst ut flere stillinger for sykepleiere, men det er få søkere. I tillegg med diverse fravær og et stort sykefravær er det behov for å dekke disse vaktene. Det er nå blitt ansatt noen sykepleiere og forhåpentligvis kan ledige vakter dekkes av sykepleiere.

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 18. oktober 2017. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 18. oktober 2016 til og med 17. oktober 2017. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 678,5 timer utover sin faste stilling i beregningsperioden.

B har gjennom fremlagt dokumentasjon redegjort for at 614,25 timer av As merarbeid har vært som vikar for fagarbeidere og sykepleiere, og har anført at disse ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget fordi det ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile behov for en assistents kompetanse.

Nemnda 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.

Nemnda har også forståelse for at arbeidsgiver i enkelttilfeller kan vurdere det som faglig forsvarlig å leie inn en personell som ikke er formelt kvalifisert som vikar for f.eks. en

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

I vurderingen av denne saken har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Rasmussen, har kommet til at merarbeidet utført som vikar for fagarbeidere og sykepleiere skal inngå i beregningsgrunnlaget. I denne saken har arbeidsgiver jevnlig over en lengre periode benyttet seg av en assistent som vikar i vakter forbeholdt de med fag- og høyskoleutdanning. Slik saken er opplyst finner ikke nemndas flertall holdepunkter for at A har utført arbeidsoppgaver som krever fag- og høyskoleutdannelse, og flertallet legger derfor til grunn at arbeidsgiver har organisert arbeidet på de aktuelle vaktene slik at den faglige bemanningen samlet sett har vært forsvarlig. Arbeidsgiver har opplyst det er blitt lyst ut flere stillinger for sykepleiere, og at det er også blitt ansatt noen. Dette er imidlertid ikke blitt dokumentert tilstrekkelig, selv etter flere forespørsler fra sekretariatet. Nemndas flertall kan etter dette ikke se at arbeidsgiver har sannsynliggjort at det ikke er driftsmessig forsvarlig å øke andelen fast ansatte med den kompetanse A har.

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

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» 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.

Nemndas flertall har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet i denne saken går etter flertallets oppfatning utover det sporadiske. Ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Flertallet viser til at A har hatt ekstravakter nesten hver måned i beregningsperioden. Flertallet 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 nemnda 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. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 678,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 40,67. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 54,52.

Nemndas mindretall, medlemmet Engeland, har kommet til et annet resultat.

Arbeidsgiver har dokumentert at 614,25 timer av As merarbeid har vært som vikar for sykepleiere og helsefagarbeidere, noe arbeidstaker ikke er kvalifisert for.

Ettersom disse stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner nemndas mindretall at dette merarbeidet ikke kan inngå i jevnlighetsvurderingen og grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, da dette arbeidet ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en assistents kompetanse.

Mindretallet viser i denne sammenheng til at retten til å bestemme kompetansefordelingen i virksomheten er en naturlig del av arbeidsgivers styringsrett. Som nevnt av nemndas flertall, har Høyesterett 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.

Mindretallets vurdering i denne saken er i tråd med nemndas tidligere praksis. Dommen LB-2017-80601 fra Borgarting lagmannsrett gir etter mindretallets syn ikke grunnlag for å endre denne praksisen. Mindretallet bemerker at dommen gjelder den domstolskapte læren om fast ansettelse, og ikke merarbeidsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Til tross for overlappende virkeområde, er innfallsvinklene til vurderingene i de to regelsettene ulike.

Den domstolskapte læren beror på en helhetsvurdering av den aktuelle virksomheten der to av vilkårene er om det foreligger et fast og stabilt behov for vikarer, og om det faste arbeidskraftbehovet uten vesentlig ulempe kan dekkes ved økningen av grunnbemanningen. Vurderingen er kompleks og krever et bredt bevisbilde.

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 for 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.

Nemndas mindretall er dermed kommet til at merarbeid utført som vikar for sykepleiere og fagarbeidere ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Etter mindretallets forståelse av kravet til jevnlighet kan ikke A ha krav på økt stilling. Det vises til at det ikke er utført merarbeid i 8 måneder av beregningsperioden. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Mindretallet har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 40,67.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

13.11.2018

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a 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).