



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
19.11.2018

Vår referanse
2018/15208

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 106/18 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 fagarbeider i stilling på 66,77 prosent i B, C og D.

A har hatt følgende stillinger:

C

- Fast 15,71 prosent fra 1. januar 2017 til 4. desember 2017
- Ringevikar fra 9. august 2016 – 31. mars 2017

D

- Fast 24,41 prosent fra 4. desember 2017. Økt til 46,60 fra 19. mars 2018.
- Ringevikar fra 15. mai 2017 – 30. september 2018

A fikk permisjon fra sin faste stilling på 15,71 prosent ved C for å arbeide ved D fra 4. juni 2017 i samme stillingsprosent. Fra 4. desember 2017 fikk A fast ansettelse i 24,41 prosent stilling ved D og sluttet samtidig i stillingen ved C.

Den 16. januar 2018 fremsatte A krav om økt stilling, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Ved brev datert 25. januar 2018 tilbød arbeidsgiver en økning i stillingen ved D til 46,54 prosent.

Partene avholdt oppfølgingsamtale 19. februar 2018. Arbeidstaker ble informert om at kravet ikke stemte overens med faktisk merarbeid ved D. Kravet måtte i tillegg rettes til nærmeste leder ved C.

Arbeidsgiver har nå gitt et tilbud om utvidet stilling til 66,77 prosent ved D og C, som arbeidstaker har takket ja til.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1104,25 timer utover fast stilling i perioden fra og med 16. januar 2017 til og med 15. januar 2018. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 5. 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 5. mars 2018
- e-post av 21. mars 2018
- e-post av 12. juni 2018
- e-post av 18. juni 2018
- e-post av 30. august 2018
- e-post av 3. september 2018
- e-post av 4. september 2018

- e-post av 19. september 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 31. mai 2018
- e-post av 18. september 2018
- e-post av 9. oktober 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han har utført jevnlig merarbeid i beregningsperioden og at han har krav på utvidet stilling til 77,62 prosent.

Arbeidsgivers anførsler

B har etter en ny gjennomgang av det samlede merarbeid, trukket fra merarbeid i vakter forbeholdt sykepleiere og tilbudt A utvidet stilling til 66,77 prosent. Vakter der arbeidstaker har gått for en sykepleier er ikke tatt med i beregningen av merarbeidet, fordi arbeidstaker ikke anses å være kvalifisert for en sykepleierstilling. Alle avdelingene ved D etterstreber til enhver tid å dekke samtlige sykepleiervakter med sykepleiere. Ved fravær der de ikke får dekket vaktene med en sykepleier, vil sykepleierne bli trukket ut av pleiebemanningen for å ivareta et overordnet ansvar for at behandling blir fulgt opp av andre yrkesgrupper med utgangspunkt i den enkeltes kvalifikasjoner, samt at de håndterer oppgaver/ansvarsområder som ikke kan delegeres til andre.

Tvistløsningsnemndas 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.

Frist for å bringe saken inn for Tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet frem til arbeidstaker, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 4 (1).

Arbeidstaker mottok først skriftlig tilbud datert 25. januar 2018 fra arbeidsgiver. Deretter ble det avholdt oppfølgende samtale angående kravet den 19. februar 2018. I dette møte ble A informert om at kravet kun var behandlet på grunnlag av merarbeid utført ved D og at kravet også måtte rettes til C. I dialog mellom D og C, ble kravet behandlet på nytt samlet etter at saken kom inn til Tvisteløsningsnemnda og arbeidstaker fikk tilbud om utvidet stilling til 66,77 prosent. Nemnda finner etter dette at saken er rettidig fremsatt.

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 16. januar 2018. 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 16. januar 2017 til og med 15. januar 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1104,25 timer utover fast stilling 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 51,25 timer av As merarbeid har vært i vakter som er tillagt stillinger for sykepleiere. 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.

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 fagarbeider 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 fagarbeider som vikar i vakter forbeholdt sykepleiere. 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 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 fagarbeideren som rent faktisk utfører arbeidet. Slik saken er opplyst finner nemnda 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.

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.

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 fagarbeiders merarbeid. Ettersom en sykepleierstilling krever en annen kompetanse og utdannelse 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 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 på 51,25 timer tas ikke med i beregningsgrunnlaget. Nemndas mindretall går ikke nærmere inn på jevnlighetsvurderingen i saken.

Nemndas flertall 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.

Nemndas flertall 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 flertallet 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 og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter flertallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemndas flertall viser til at A har hatt ekstravakter 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 nemndas flertall utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter flertallets oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer.

Nemndas flertall har kommet til at 973,21 timer av As merarbeid skal tas med ved beregningen etter at det er trukket fra timer tilsvarende fast stilling på 15,71 prosent i perioden 4. juni til 4. desember 2017. Merarbeidet tilsvarer da en stillingsprosent på 57,41.

I beregningsperioden har arbeidstaker hatt fast 15,71 prosent stilling frem til han fikk utvidet stillingen til 24,41 prosent fra 4. desember 2017. Arbeidstaker har da gjennomsnittlig hatt fast 16,73 prosent stilling i beregningsperioden. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 74,14. A har allerede fått innvilget utvidet stilling til 66,77 prosent og har dermed rett til ytterligere utvidelse med 7,37 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 7,37.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

19.11.2018

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).