



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
11.12.2018

Vår referanse
2018/24743

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 115/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 6. desember 2018.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Tore Dahlstrøm, UNIO
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 assistent i stilling på 50 prosent i B, C.

Den 13. april 2018 fremsatte A krav om økt stilling, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo kravet i brev datert 19. april 2018. Arbeidstaker mottok avslaget 25. april 2018. I beregningsgrunnlaget har arbeidsgiver trukket ut merarbeid i vakter hvor det var krav om sykepleier- eller helsefagarbeider kompetanse. Arbeidstaker ble tilbudt utvidelse av stillingen med 8 prosent.

Vaktoversikt som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 425,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 13. april 2017 til og med 12. april 2018. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 22. mai 2018.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 22. mai 2018
- e-post av 12. juni 2018
- e-post av 10. juli 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 14. juni 2018
- brev datert 4. juli 2018
- brev datert 14. august 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har utført jevnlig merarbeid og at hun har krav på utvidet stilling med 28,01 prosent. Videre anfører arbeidstaker at hun er kvalifisert for alle vaktene hun har gått. Hun har gjennomført kurs i etterspurt kompetanse. Arbeidsgiver gjør vaktene tilgjengelig i Gat.

Den ansatte sender forespørsel om å få tildelt vekten, hvorpå avdelingsleder enten avslår eller godkjenner vekten. Ved godkjenning anses vekten som tildelt og derved må en legge til grunn at den ansatte er funnet god nok til å dekke avdelingens behov. Arbeidstaker har i sitt arbeide ikke dekket oppgaver som sykepleiefaglig ansvarlig, men dekket avdelingens behov for arbeidskraft. Arbeidstaker har med sitt merarbeid dekket sykepleiervakter som står vakante og jobbet for folk i permisjon. Behovet hun har dekket i disse vaktene har ikke vært akutt og det har vært fullt mulig å dekke vaktene med sykepleiere hvis avdelingen krevde det.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at merarbeid i vakter som arbeidstaker ikke er kvalifisert for, ikke skal tas med i vurderingen av utvidet stilling. Arbeidstaker har ikke formalkompetanse, men er sertifisert til å overvåke beboere som ligger på respirator. Arbeidstaker kan ikke være sykepleiefaglig ansvarlig. Ved sykdom hos sykepleier går dette ansvaret over til en annen sykepleier.

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 13. april 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 13. april 2017 til og med 12. april 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 425,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

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

Arbeidsgiver har dokumentert at 90,25 timer av As merarbeid har vært i vakter som er tillagt stillinger for sykepleiere og helsefagarbeidere. Arbeidsgiver anfører at dette merarbeidet ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, fordi det ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en assistents merarbeid.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Dahlstrøm 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 assistent som vikar for sykepleiere og helsefagarbeidere, 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 assistent som vikar i vakter forbeholdt sykepleiere og helsefagarbeidere. 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 og helsefagarbeidere, 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 og helsefagarbeidere 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 og helsefagarbeidere ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en assistents merarbeid. Ettersom en sykepleier og helsefagarbeiderstilling 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 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 og helsefagarbeidere på 90,25 timer tas ikke med i beregningsgrunnlaget.

Det er ikke gjort gjeldende at merarbeidet ikke er utført jevnlig. Nemnda må likevel prøve om lovens vilkår er oppfylt, og vil derfor vurdere om merarbeidet er utført jevnlig.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlige» 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 enstemmig kommet frem til at merarbeidet ikke er utført jevnlig, uavhengig om ukvalifiserte vakter tas med i beregningen eller ikke. Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet kan ikke A ha krav på økt stilling. Det er bl.a. to lengre opphold i merarbeidet på henholdsvis fem og syv uker. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Nemnda har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

11.12.2018

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).