



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
10.10.2018

Vår referanse
18/17737

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 88/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 20. september 2018.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
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 hjelpepleier i stilling på 50 prosent i B.

A har hatt et vikariat på 6,1 prosent i perioden 1. september 2017 til 31. desember 2017.

Den 5. februar 2018 fremsatte A krav om økt stilling, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev datert 2. mars 2018. Begrunnelsen for avslaget var at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 241,25 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 5. februar 2017 til og med 4. februar 2018. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 16. 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 16. mars 2018
- brev datert 31. mai 2018
- e-post av 4. juni 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 27. april 2018
- brev datert 15. juni 2018
- brev datert 4. september 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet er utført jevnlig og at hun har krav på utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Det er feil å ta bort vakter som hun har arbeidet for sykepleiere. Arbeidsmiljøloven § 14-4 a sier ingenting om kompetanse, men at arbeidet må være av en viss hyppighet og omfang og at merarbeidet ikke må ha falt bort. A har utført arbeidet i de vaktene og har fortsatt å utføre merarbeid, noe som viser at arbeidsgiver har vurdert at kompetansen er tilstrekkelig.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke er utført jevnlig. Vakter for sykepleiere skal ikke tas med i beregningen, ettersom det er vakter arbeidstaker ikke er kvalifisert for. Ledige sykepleiervakter skal så langt det er mulig dekkes av sykepleiere. Hvis det ikke er mulig å erstatte med tilsvarende kompetanse skal det fortrinnsvis hentes inn helsefagarbeidere. B

har ved flere anledninger lyst ut sykepleierstillinger for å dekke opp for fravær i beregningsperioden. I tillegg har B iverksatt flere tiltak for å rekruttere sykepleiere

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.

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 5. februar 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 5. februar 2017 til og med 4. februar 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 241,25 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene gjelder hvorvidt merarbeidet er utført jevnlig og hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda vil først ta stilling hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har dokumentert at 132,75 timer av As merarbeid gjelder vakter som krever sykepleierkompetanse. Arbeidsgiver anfører at dette merarbeidet ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, fordi det ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en hjelpepleiers 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. 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 hjelpepleier som vikar for sykepleiere, 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 hjelpepleier 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. Arbeidsgiver har opplyst at det

er iverksatt flere tiltak for å få rekruttert sykepleiere, og B har forsøkt å få sykepleiere til å ta de ledige vaktene som er forbeholdt sykepleiere. Det har imidlertid ikke vært tilgang på nok sykepleiere for å dekke Bs behov. 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 hjelpepleieren 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 beregningsgrunlaget 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 beregningsgrunlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemndas mindretall, medlemmet Engeland, har kommet til at merarbeidet i vakter som er forbeholdt sykepleiere ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en hjelpepleiers merarbeid. Ettersom sykepleierstillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner mindretallet at dette merarbeidet ikke kan inngå i grunlaget 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. Nemndas mindretall viser til at arbeidsgiver arbeider aktivt for å dekke behovet for sykepleiere. Det har vært utlyst en rekke sykepleierstillinger i beregningsperioden.

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 132,75 timer tas ikke med i beregningsgrunlaget.

Nemnda går så over på jevnlighetsvurderingen.

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.

I den konkrete vurderingen av om merarbeidet er utført jevnlign har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Engeland har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlign, selv om vakter forbeholdt sykepleiere tas med i beregningsgrunnlaget. Flertallet viser til at det har vært flere opphold i merarbeidet i beregningsperioden. Det har bl. a. vært to opphold på fire uker og ett opphold på fem uker. I tillegg kommer opphold av noe kortere varighet. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden til at nemndas flertall kan konkludere med at merarbeidet er uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver. Flertallet har dermed kommet til at merarbeidet ikke fremstår som en etablert praksis som oppfyller lovens krav, og har etter dette kommet til at A ikke oppfyller vilkårene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemndas mindretall, medlemmet Solberg, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlign. Merarbeidet i denne saken går utover det sporadiske. Ekstraarbeidet har vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover beregningsperioden. Mindretallet viser bl.a. til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden. Mindretallet mener derfor at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Siden flertallet har kommet til at A ikke oppfyller vilkårene i arbeidsmiljøloven § 14-4a, er det ikke nødvendig å ta stilling til omfanget av økningen av As stilling.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

10.10.2018

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).