



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
26.10.2018

Vår referanse
2018/14208

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 94/18 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

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 helsefagarbeider i stilling på 26,06 prosent i B.

Den 5. september 2017 fremsatte Fagforbundet, på vegne av A, krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto deler av kravet i brev datert 19. februar 2018. Avslaget ble begrunnet med at merarbeid i vakter som krever utdanning som sykepleier ikke skal telle med ved beregning av ny stillingsprosent. Arbeidsgiver er enig i at øvrige vakter skal medføre høyere stillingsprosent.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 706,25 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 5. september 2016 til og med 4. september 2017. Av disse var 107 timer arbeidet i vakter gått for sykepleier. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 21. februar 2018, poststemplet 26. februar. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev med vedlegg datert 21. februar 2018
- brev med vedlegg datert 8. august 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev med vedlegg datert 16. juli 2018
- e-post av 3. oktober 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. Arbeidstaker er uenig i at vakter hun ikke er kvalifisert for skal trekkes ut av vurderingen. Hun har jevnlig blitt brukt som vikar uavhengig av om hun har den formalkompetansen vekten krever.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

A oppfyller kriteriene for å få økt sin stilling, men utført merarbeid der hun har dekket fravær i vakter med høyere kompetansekrav skal ikke inngå i beregningsgrunnlaget. Dersom det ved ledige sykepleiervakter ikke er mulig å få leid inn vikarer med ønsket kompetanse,

gjøres det i hvert tilfelle en konkret vurdering av om det er forsvarlig med vikarer uten slik kompetanse. I slike tilfeller omorganiserer arbeidsgiver sykepleieroppgaver til en annen vakt. Det er i tillegg sykepleiere ved andre avdelinger dersom det oppstår akutte behov.

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 5. 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 5. september 2016 til og med 4. september 2017. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 706,25 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

B har gjennom fremlagt dokumentasjon redegjort for at 107 timer av A sitt merarbeid har vært vakter i stillinger som krever høyskoleutdanning. Arbeidsgiver anfører at disse ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget fordi det ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile behov for en helsefagarbeiders kompetanse.

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, og at nemnda i begrenset grad bør 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 en sykepleier, 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 helsefagarbeider som vikar i vakter forbeholdt sykepleiere. Slik saken er opplyst finner ikke flertallet holdepunkter for at A har utført arbeidsoppgaver som krever en annen kompetanse enn hun innehar. Flertallet legger også vekt på at B selv opplyser at de har organisert arbeidet på alle de aktuelle vaktene slik at bemanningen samlet sett har vært forsvarlig. Ut fra sakens opplysning, er det ikke noe som tilsier at dette ikke også vil være tilfellet i fremtiden. Flertallet har også lagt vekt på at det ikke er arbeidet aktivt for å dekke behovet

for sykepleiere. Nemndas flertall kan etter dette ikke se at B 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 eller vernepleiere, må målsetningen etter nemndas syn også være et realistisk alternativ dersom den skal begrense stillingsvernet til helsefagarbeideren 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 arbeidstakers merarbeid som er utført i sykepleiervakter 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.

Nemndas mindretall, medlemmet Almestrand, har kommet til et annet resultat. Merarbeidet A har utført i vakante vakter som er tillagt stillinger for sykepleiere er etter mindretallets oppfatning ikke et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en helsefagarbeiders merarbeid. Ettersom disse stillingene krever en annen kompetanse og utdannelse enn det arbeidstaker innehar, finner mindretallet at dette merarbeidet ikke kan inngå i beregningsgrunnlaget for 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 Rt. 2014 s. 402 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. Videre er beregningsperioden begrenset til tolv måneder, noe som gjør det desto vanskeligere å fastslå hva som utgjør virksomhetenes stabile og varige behov for tilstrekkelig kvalifisert arbeidskraft. Det er dermed lagt opp til en mindre omfattende bevisvurdering enn etter den domstolskapte læren om fast ansettelse – som var tema i dommen flertallet viser til fra Borgarting lagmannsrett. 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 har derfor kommet til at 107 timer av As merarbeid i vakter som er tillagt sykepleiere ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Inngangskriteriet til arbeidsmiljøloven § 14-4 a er at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Det er i denne saken ingen uenighet mellom partene om at jevnlighetsvilkåret er oppfylt, og slik saken er opplyst legger også nemnda dette til grunn.

Nemnda har dermed kommet til at lovens vilkår er oppfylt og at A må ha krav på økt stilling. Hun 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.

Nemndas flertall har kommet til at samtlige 706,25 timer av As merarbeid skal tas med ved beregningen, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 42,33. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 68,39.

Nemndas mindretall har kommet til at 599,25 timer av merarbeidet skal tas med ved beregningen, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 35,92. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 61,98.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 42,33.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

26.10.2018

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).