



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
29.10.2018

Vår referanse
18/20885

Saksbehandler
Mads Backer-Owe

VEDTAK NR 98/18 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 18 prosent ved C i B. Frem til 7. juni 2017 var han ansatt som assistent med samme stillingsprosent og arbeidssted.

Fra og med 25. september 2017 har A vært ansatt i et vikariat på 66 prosent som helsefagarbeider ved sykehjemmet, mens han har hatt permisjon fra sin faste stilling på 18 prosent.

Den 24. januar 2018 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av B i brev datert 22. mars 2018.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 6. april 2018, poststemplett 11. april 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 6. april 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 11. juli 2018
- e-post av 23. august 2018
- e-post av 15. oktober 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Han har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Arbeidsmiljøloven § 14-4 a oppstiller ingen kvalifikasjonskrav, og merarbeid utført i vakter tilhørende helsefagarbeiderstillinger og sykepleierstillinger skal derfor inngå i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Den delen av merarbeidet som er utført i vakter for sykepleiere skal ikke inngå i jevnlighetsvurderingen, fordi disse stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det A har. Ettersom A ikke ble ansatt som helsefagarbeider før i juni 2017, skal heller ikke merarbeid i vakter for helsefagarbeidere frem til dette tidspunktet inngå i beregningsgrunnlaget. Når disse vaktene er trukket fra, er jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke oppfylt.

Det har i flere år vært store utfordringer knyttet til rekruttering av sykepleiere til sykehjemmet. Det lyses jevnlig ut ledige sykepleierstillinger, og flere av stillingene har man måtte utlyse flere ganger grunnet mangel på kvalifiserte søkere.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Twist 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 24. 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 24. januar 2017 til og med 23. januar 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 870,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Nemnda har da lagt til grunn at A frem til 25. september 2017 hadde en avtalt arbeidstid tilsvarende 18 prosent stilling, mens han den resterende del av beregningsperioden hadde en avtalt arbeidstid tilsvarende 66,2 prosent stilling (vikariat).

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at § 14-4 a tar sikte på å omfatte jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrenser imidlertid kriteriets anvendelsesområde mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt, og det understrekes at i slike tilfeller skal stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder i hovedsak hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget for faktisk arbeidstid, samt hvorvidt jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal inngå i grunnlaget for beregning av faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B har redegjort for at 253 timer av A sitt merarbeid har vært i vakter i stillinger for sykepleiere og at 312 timer av merarbeidet har vært i stillinger for helsefagarbeidere. B har anført at ingen av disse vaktene skal inngå i beregningsgrunnlaget fordi det ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile behov for A sin kompetanse.

Når det gjelder merarbeidet utført i stillinger tilhørende helsefagarbeidere, kan nemnda ikke se at Bs anførsel kan føre frem. Slik saken er opplyst legger nemnda til grunn at A i løpet av beregningsperioden fikk autorisasjon og ble ansatt som helsefagarbeider, og således må anses å besitte den nødvendige kompetansen for en slik stilling.

Når det gjelder merarbeidet som er utført i vakter for sykepleiere stiller det seg noe annerledes, ettersom A ikke har autorisasjon som sykepleier. I vurderingen av om også disse vaktene skal inngå i beregningsgrunnlaget, 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.

Sakens dokumenter viser imidlertid at arbeidsgiver i stor utstrekning og over en lengre periode har benyttet seg av A som vikar i vakter tilhørende sykepleierstillinger. Overfor nemnda har B begrunnet dette med at man til tross for jevnlig stillingsutlysninger over flere år har hatt vansker med å rekruttere sykepleiere til det aktuelle sykehjemmet.

Til dette bemerker flertallet at 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 helsefagarbeideren som rent faktisk utfører arbeidet. Slik saken er opplyst finner nemndas flertall at arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort dette.

Slik saken er opplyst finner flertallet heller ikke holdepunkter for at A har utført arbeidsoppgaver som krever en annen kompetanse enn den han 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 etter flertallets syn ikke noe som tilsier at dette ikke også vil være tilfellet i fremtiden. Flertallet 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.

På grunnlag av sakens dokumenter har nemndas flertall derfor kommet til at også den delen av As merarbeid som er utført i vakter tilhørende sykepleiere 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 beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemndas mindretall, medlemmet Almestrand, har kommet til et annet resultat. Merarbeidet som er utført i vakter tilhørende sykepleierstillinger er etter nemndas oppfatning ikke et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en helsefagarbeiders merarbeid. Ettersom sykepleierstillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner nemnda 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 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 253 timer av A sitt merarbeid i vakter som er tillagt sykepleiere ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt.

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.

Til tross for ulikt syn på hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget, har både nemndas flertall og nemndas mindretall kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske, og selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser her til at A har hatt ekstravakter flere ganger i måneden gjennom hele beregningsperioden. Nemnda 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.

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 fratrasket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer.

Nemndas flertall har kommet til at samtlige 870,5 timer av A sitt merarbeid skal tas med i beregningsgrunnlaget, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 52,17. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 70,17.

Nemndas mindretall har kommet til at 617,5 timer av A sitt merarbeid skal tas med ved beregningen, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 37,01. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 55,01.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 52,17.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

29.10.2018

Til orientering:

Twister 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).