



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
25.06.2018

Vår referanse
2017/44799

Saksbehandler
Mads Backer-Owe

VEDTAK NR 56/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 21. juni 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 kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som pleiemedarbeider i stilling på 18,5 prosent i B kommune. Hun fikk autorisasjon som helsefagarbeider fra 15. juni 2017.

Den 6. september 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev av 26. september 2017.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 3. oktober 2017, mottatt av nemnda 17. oktober 2017. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken, herunder har arbeidsgiver fått mulighet til å kommentere en mulig omlegging av praksis fra nemndas side.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 3. oktober 2017
- e-post av 20. desember 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 10. november 2017
- e-post av 6. februar 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Hun har fått autorisasjon som helsefagarbeider, og dersom hun anses egnet til å utføre merarbeid i ekstravakter, bør hun også være kvalifisert til utvidet fast stilling.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

A har ikke rett til utvidet stilling. Merarbeidet utført i vakter der hun har vært innleid som ferievikar eller ved fravær i sykepleiervakter skal ikke inngå i beregningsgrunnlaget. Dersom det ved ledige sykepleiervakter ikke er mulig å få leid inn vikarer med sykepleierkompetanse, gjøres det i hvert tilfelle en konkret vurdering av om det er forsvarlig med vikarer uten slik kompetanse, eller om en sykepleier må beordres på vakt.

Selv om A i løpet av beregningsperioden har fått autorisasjon som helsefagarbeider, håndterer hun ikke alle de oppgaver det er forventet at en helsefagarbeider ved avdelingen skal kunne utføre. Derfor skal heller ikke merarbeid i slike vakter inngå i beregningen

Behovet er bortfalt for den delen av merarbeidet som ble utført i kortvakter i tilknytning til ekstraordinær aktivitet grunnet økt pleiebehov ved post 1. Dette behovet opphørte da virksomheten flyttet til nye lokaler og turnusen ble omfordelt.

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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 6. 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 6. september 2016 til og med 5. september 2017. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1160,96 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden.

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

Nemnda viser her 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 faste stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrensner 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»

I herværende sak er flere av vaktene i timelistene merket med «ferievikar», men det er ikke fremlagt noen skriftlig avtale om at dette er vakter under et vikariat. Videre fremstår disse vaktene i stor grad som enkeltstående vakter som er jevnt spredt utover tolv månedersperioden. Disse vaktene skal etter nemndas syn dermed inngå i beregningsgrunnlaget.

B kommune har fremlagt dokumentasjon og redegjort for at 482,49 timer av A sitt merarbeid har vært i vakter i stillinger for sykepleier, og har anført 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 innledningsvis 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 nemndas flertall holdepunkter for at A har utført arbeidsoppgaver som krever sykepleierutdannelse, og flertallet legger derfor til grunn at arbeidsgiver har organisert arbeidet på de aktuelle vaktene slik at sykepleierbemanningen 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 kommunen 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, 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 flertallet at kommunen ikke har sannsynliggjort dette, og har derfor kommet til at også den delen av As merarbeid som er utført i sykepleiervakter skal inngå i beregningsgrunlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Flertallets syn på hvilke vakter som skal inngå i jevnlighetsvurderingen avviker på dette punkt fra nemndas vurdering av lignende problemstillinger i tidligere vedtak, men er i tråd med flertallets vurderinger i senere praksis, se blant annet vedtak 33/18 og 34/18. Flertallets endrede standpunkt beror i hovedsak på dom LB-2017-80601 fra Borgarting lagmannsrett. På bakgrunn av nevnte rettspraksis legger nemnda 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 Almestrand, har kommet til et annet resultat. Merarbeidet A har utført i vakante vakter som er tillagt stillinger for sykepleier er etter mindretallets oppfatning ikke et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en helsefagarbeiders merarbeid. Ettersom de vakante stillingene krever en annen kompetanse og utdannelse enn det arbeidstaker innehar, finner nemndas mindretall 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. Som nevnt av nemndas flertall,

har Høyesterett også uttalt at domstolene i begrenset grad bør prøve arbeidsgivers vurdering av hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde for en stilling.

Mindretallets vurdering i denne saken er i tråd med nemndas tidligere praksis, og dommen LB-2017-80601 fra Borgarting lagmannsrett gir etter mindretallets syn ikke grunnlag for å endre denne praksisen. Mindretallet bemerker at dommen gjelder den ulovfestede grunnbemanningslæren, og ikke arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Til tross for overlappende virkeområde, er innfallsvinklene til vurderingene i de to regelsettene ulike.

Grunnbemanningslæren beror på en helhetsvurdering av den aktuelle virksomheten der to av vilkårene er om det foreligger et fast og stabilt behov for vikarer, og om det faste arbeidskraftbehovet uten vesentlig ulempe kan dekkes ved økningen av grunnbemanningen. Vurderingen er kompleks og krever et bredt bevisbilde.

I en vurdering av arbeidsmiljøloven § 14-4 a starter man med den aktuelle arbeidstakeren og ser kun på hva denne har arbeidet – ikke på fraværsprosenten på 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.

Nemndas mindretall har derfor kommet til at merarbeid utført i vakter arbeidstaker ikke er kvalifisert for, ikke skal tas med i beregningsgrunnet.

Kommunen har også anført at til tross for at A i løpet av beregningsperioden har fått autorisasjon som helsefagarbeider, anses hun fortsatt ikke egnet til å håndtere flere av ansvarsområdene som normalt er tillagt helsefagarbeiderne ved sykehjemmet. Dette skal blant annet være arbeidsoppgaver relatert til veiledningsansvar for ufaglærte, utforming av tiltaksplaner i journal samt pårørendekontakt. Det skal være manglende norsk språkforståelse som er hovedårsaken til dette.

Til dette bemerker nemnda at A har oppnådd autorisasjon som helsefagarbeider, og legger derfor til grunn at hun er formelt kvalifisert for å utføre de oppgaver som er tillagt helsefagarbeiderstillingen. Nemnda finner etter dette at merarbeidet A har utført i vakter tilhørende helsefagarbeiderstillinger skal inngå i jevnlighetsvurderingen.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlige» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønsmessig vurdering. 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.

En samlet nemnd har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i mengden merarbeid i beregningsperioden, har merarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser her til at selv om sykepleiervakter er trukket fra, har A hatt ekstravakter flere ganger i måneden gjennom hele beregningsperioden. Nemnda finner etter dette at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet og fremstår slik som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har subsidiært anført at deler av behovet for merarbeidet er bortfalt, nærmere bestemt merarbeidet som ble utført i kortvakter i tilknytning til ekstraordinær aktivitet grunnet økt pleiebehov ved post 1 (88,5 timer). Behovet skal ha opphørt i april 2017, da virksomheten flyttet til nye lokaler og det aktuelle arbeidet ble lagt inn i hele stillinger i turnusen. Anførselen er ikke imøtegått av arbeidstaker, og nemnda legger til grunn at disse vaktene nå er besatt og at behovet dermed er bortfalt.

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.

Flertallet har lagt til grunn at merarbeid i vakter som er forbeholdt sykepleiere skal tas med i beregningsgrunnlaget. Dokumentasjonen i saken viser da at A etter fratrekk for merarbeid det ikke lenger er behov for har arbeidet 1072,46 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 64,28. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 82,78.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 64,28.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

25.06.2018

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).