



Vedtaksdato
19.03.2024

Vår referanse
2023/247

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

SAK NR 29/24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om deltidsansattes rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Vedtak

A har rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a, og har rett til en stilling på 91,66 prosent.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Ingrid Tordis Enoksen, UNIO, fast medlem arbeidstakersiden

Mona Mjøen McKiernan, Spekter, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som helsefagarbeider i stilling på 57,33 prosent i B, [bydel], for tiden ved W hjemmetjeneste. Etter at kravet om stillingsutvidelse ble satt fram, innvilget B 15 prosent økt stilling ved avdelingen for praktisk bistand.

Den 25. august 2023 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B avslo delvis kravet i brev av 17. november 2023, og begrunnet avslaget med at det ved behov for merarbeid var etterspurt sykepleiere, og at det ikke kunne erstattes permanent av helsefagarbeider. A ble samtidig innvilget 15 prosent økning i stillingen, som skal utføres i en annen avdeling.

A takket ja til økning i stillingen med 15 prosent ved avdelingen for praktisk bistand, men krevde ytterligere 21 prosent økning i stillingen sin på bakgrunn av utført merarbeid.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda den 8. desember 2023.

Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 8. desember 2023
- brev av 9. februar 2024

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 5. januar 2024
- brev av 2. februar 2024
- brev av 5. mars 2024

Arbeidsgivers syn på saken

B hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi vilkårene i loven ikke er oppfylt.

Vakter som krever annen kompetanse skal ikke tas med i beregningsgrunnlaget

Det er utført merarbeid i vakter som krever annen kompetanse. I 127,5 av de utførte merarbeidstimer kreves det sykepleierkompetanse som må tas ut av beregningsgrunnlaget.

Hver ledig vakt tildeles i [vaktplans ordning] av leder eller medarbeider med delegert myndighet. Den ledige vaken blir forsøkt dekket med samme kompetanse som den fraværende medarbeider. Når det ikke er mulig å få dekket sykepleiervakter med samme kompetanse, så dekkes disse med to helsefagarbeidere og en sykepleier der alle sykepleieroppgavene tillegges. For hver vakt som ikke kan erstattes med sykepleierkompetanse vil leder gjøre en vurdering av vaktens totale kompetanse. Av og til må det også innleies sykepleiere eller sykepleierkompetansen lånes fra andre avdelinger.

Alle ledige vakter står i [vaktplans ordning] oppført med opprinnelig medarbeiders arbeidstittel, slik at sykepleiervakter er merket når de er ledige. Formålet med de utlyste stillingene har vært å tilsette sykepleiere i vakante stillinger. Det er tilsatt i noen av de utlyste stillingene, men det har også kommet flere oppsigelser.

Det er ført opp timer som er utført i den faste turnusen

I tillegg er det 11,67 timer som er ført opp der arbeidstaker har vakter etter sin faste turnus som må tas ut av beregningsgrunnlaget.

Jevnlighet

Når disse vaktene tas ut, er ikke kravet til jevnlighet oppfylt.

Bortfalt behov

B hevder at behovet for merarbeid har falt bort fordi de har tilsatt flere sykepleiere i bydelen. Bydelen har lyst ut sju ledige stillinger for sykepleiere ved hjemmetjenesten i 2023. De utlyste stillingene hadde søknadsfrist i januar, mars, april, mai, juni (ferievikarer), september og desember. I en ledig stillingshjemmel som ikke er besatt i ett år, vil det være behov for 223 ledige vakter merarbeid. Når det er tilsatt i stillingene vil dette merarbeidet falle bort.

B hevder videre at de har innfridd kravet med det resterende på 15 prosent økning i stillingen.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har jobbet 572,74 timer merarbeid og har rett til stillingsutvidelse fordi hun fyller alle vilkårene etter arbeidsmiljøloven § 14-4a.

Vakter som krever annen kompetanse skal ikke tas med i beregningsgrunnlaget.

Alt merarbeide skal inngå i beregningsgrunnlaget fordi det ikke gikk fram om det var sykepleiervakter når hun meldte seg på merarbeid. Hun har spesifikt søkt seg til ledige vakter som ikke krevde sykepleiere, og har takket nei dersom hun fikk tilbud om sykepleiervakter. I bydelen er det ikke stillingsbeskrivelser, så de ansatte vet ikke hva som forventes av en sykepleier eller helsefagarbeider i løpet av vaktene. Videre har arbeidsgiver satt henne opp på ledige vakter som krevde sykepleiere, og hun mener at de da har godtatt at hennes kompetanse var god nok. A viser til at bydelen praktiserer kompetanseutvikling og oppgavegliding for å avlaste sykepleiernes arbeidstrykk, og mener derfor at sykepleiervakter skal medregnes da det ikke lenger er mulig å si når hun utfører en sykepleiervakt.

Det er ført opp timer som er utført i den faste turnusen

De vaktene som er utført på dager i sin faste turnus er utført som overtid i tillegg til de faste vaktene, og skal derfor inngå i beregningsgrunnlaget.

A krever på bakgrunn av utført merarbeid økning i sin faste stilling med de resterende 21 prosentene.

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Etter arbeidsmiljøloven § 17-2 har Tvisteløsningsnemnda myndighet til å avgjøre tvister etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a:

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.

I denne saken er partene uenige om hva som inngår i beregningsgrunnlaget for merarbeid, om merarbeidet krever en annen kompetanse, om merarbeidet er utført jevnlig og om behovet for merarbeid har falt bort.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har delt seg i ett flertall og ett mindretall, hvor flertallet har kommet til at arbeidstaker får medhold i sitt krav.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Tolv månedersperioden

Etter bestemmelsens ordlyd og fast praksis i nemnda, er siste dag i tolv månedersperioden dagen før arbeidstaker fremmet kravet. A fremmet kravet 25 august 2023. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 25. august 2022 til og med 24. august 2023.

Hvor mange timer har A arbeidet utover avtalt arbeidstid?

Nemnda har kommet til at A har arbeidet 572,74 timer utover avtalt arbeidstid i tolv månedersperioden.

B hevder at 139,17 timer skal trekkes ut av beregningsgrunnlaget, fordi det i 127,5 timer er utført i vakter der det krevdes sykepleierkompetanse og 11,67 timer er oppført på dager hun hadde vakter i sin faste stilling.

Etter å ha gjennomgått dokumentasjon i saken har nemnda kommet til at 11,67 timer er utført med overtidsbetaling i tillegg til de faste vaktene på de dagene de står oppført, og skal følgelig tas med i beregningsgrunnlaget.

Skal merarbeidet som krever sykepleierkompetanse tas med i beregningen?

Nemndas flertall, medlemmene Enoksen og Mjøen McKiernan har kommet til at As merarbeid som krever sykepleierkompetanse skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Det er i utgangspunktet arbeidsgiver som vurderer og bestemmer hvilken kompetanse virksomheten trenger, og nemnda er forsiktig med å overprøve dette. Derfor bør man ikke kunne opparbeide seg rett til utvidet stilling basert på merarbeid som krever en annen kompetanse enn den man har. Men hvis arbeidsgiver bruker en helsefagarbeider til å utføre

merarbeid for sykepleiere over lengre tid, tar nemnda utgangspunkt i at arbeidsgiver anser dette som forsvarlig. Hvis arbeidsgiver samtidig ikke har gjort aktive forsøk på å dekke behovet for sykepleiere, har nemnda i tidligere saker kommet til at dette merarbeidet likevel kan gi arbeidstakeren rett til utvidet stilling. Nemnda må derfor vurdere om arbeidsgiver har forsøkt å dekke behovet for merarbeid med kvalifisert arbeidskraft. Dette har vært fast praksis i nemnda etter vedtak 33/18. Se også vedtak 110/18 og 23/19.

Det er lyst ut flere stillinger i 2023, og i beregningsperioden er det lyst ut fem faste sykepleierstillinger, to svangerskapsvikariater og tre sommervikarstillinger. Det er disse utlysningene som vil bli vurdert videre i saken:

- Sykepleier/vernepleier til hjemmetjenesten i [bydel], en fast stilling med søknadsfrist 6. januar 2023.
- Sykepleier/vernepleier, en fast stilling og et svangerskapsvikariat til hjemmetjenesten i [bydel], med søknadsfrist 5. mars 2023.
- To sykepleiere, en fast stilling og et svangerskapsvikariat til W hjemmetjeneste, med søknadsfrist 2. april 2023.
- Fagsykepleier til W hjemmetjeneste, en fast stilling med søknadsfrist 7. mai 2023.
- Sykepleier til W hjemmetjeneste, en fast stilling med søknadsfrist 21. mai 2023.
- Tre sommervikariat som sykepleier eller vernepleier, med søknadsfrist 15. juni 2023.

Etter beregningsperioden har de lyst ut følgende stillinger:

- To sykepleiere til W hjemmetjeneste med søknadsfrist 18. september.
- Sykepleier til W hjemmetjeneste med søknadsfrist 15. desember 2023.

I vurderingen av om sykepleiervaktene skulle tas ut av beregningsgrunnlaget har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Enoksen og McKiernan har i sin vurdering lagt vekt på at arbeidsgiver i hele tolv månedersperioden har benyttet As helsefagarbeider-kompetanse til å utføre disse vaktene. Flertallet vektlegger at det er utført et betydelig merarbeid over tid, som fremstår som at kommunen har kommet til at arbeidstakers kompetanse var forsvarlig i de vaktene hun hadde påtatt seg. I tillegg vektlegger nemnda opplysningene om at bydelen praktiserer kompetanseutvikling og oppgavegliding for å avlaste sykepleiernes arbeidstrykk, der oppgavene til en helsefagarbeider og sykepleier virker å ha gått over i hverandre, slik at det ikke har vært mulig for arbeidstaker å kunne vurdere når det er en sykepleiervakt hun skal utføre.

Flertallet ser at kommunen har forsøkt å rekruttere sykepleiere, men ut ifra sakens dokumenter fremstår det uklart om kommunen har ansatt sykepleiere i de utlyste stillingene eller fra hvilket tidspunkt de eventuelt har tiltrådt.

Flertallet har av den grunn kommet til at alt merarbeid skal medregnes. Når vakter som sykepleier tas med, har A utført 574,74 timer merarbeid i tolv månedersperioden.

Nemndas mindretall, medlemmet Due, har lagt vekt på at B, [bydel] har jobbet aktivt for å få tak i sykepleierkompetanse. B har dokumentert at de aktivt har forsøkt å dekke opp for sykepleiermangelen foran hver vakt og ved at det er lyst ut flere vakante sykepleierstillinger i 2023. Selv om kommunen ikke har opplyst om det er foretatt ansettelse i disse stillingene, legger mindretallet til grunn at de aktivt har forsøkt å få tak i kvalifisert personell, og at dagens sammensetning ikke er forsvarlig i et lengre perspektiv. Nemndas mindretall har ut fra dette kommet til at merarbeidet som er utført i sykepleiervakter skal trekkes ut av beregningsgrunnlaget.

Er merarbeidet utført jevnlig?

En samlet nemnd har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig.

Det er et vilkår at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid. I forarbeidene (Prop. 83 L for 2012-2013) står det at man må vurdere merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet. Det må være utført et visst merarbeid gjennom hele beregningsperioden, men det kan være opphold i merarbeidet, for eksempel ved fravær som ferie eller sykefravær. Det er heller ikke nødvendig at merarbeidet er utført ukentlig e.l.

Merarbeidet er utført nærmest ukentlig, bare avbrutt av lovbestemt fravær som ferie eller sykefravær. Det er stabilt gjennom hele beregningsperioden uten store endringer eller svingninger.

Nemndas mindretall bemerker at selv om merarbeid i vakter forbeholdt sykepleiere trekkes ut av beregningsgrunnlaget er merarbeidet likevel jevnlig. Omfanget er imidlertid noe lavere.

En samlet nemnd har kommet til at merarbeidet har vært hyppig og stabilt. Vilåret om at merarbeidet skal være utført jevnlig er oppfylt.

Har B dokumentert at behovet for deler av A sitt merarbeid har falt bort?

Nemnda har kommet til at B ikke har dokumentert at behovet for deler av A sitt merarbeid har falt bort.

Arbeidsgiver må dokumentere at virksomheten ikke har behov for merarbeidet i tiden framover. Dette følger av lovens ordlyd og forarbeidene.

Ut fra timeoversikten kan ikke nemnda se at merarbeidet i beregningsperioden er redusert i betydelig grad, til tross for at det i hele 2023 har vært lyst ut sykepleierstillinger. Det er heller ikke opplyst fra kommunen sin side om det er tilsatt kvalifisert personell i stillingene. Selv om sykepleiervaktene ble tatt ut vises det bare en liten nedgang i merarbeidet. Merarbeidet som er utført er stabilt i hele perioden og nemnda finner at B ikke har dokumentert at det ikke lenger er behov for A sitt merarbeid.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedersperioden.

Utrekning av ny stillingsprosent

For å komme fram til riktig stillingsutvidelse må nemndas flertall beregne hvor stor stillingsprosent merarbeidet utgjør i forhold til en full stilling ut fra alt utført merarbeid. I en full stilling ville A arbeidet 1668,50 timer, når ferien A har rett til på (25 dager) er trukket fra. A sitt totale merarbeid er 572,74 timer. A har dermed utført merarbeid tilsvarende 34,33 prosent stilling. A har allerede fått innvilget utvidelse av stillingen med 15 prosent, og har dermed rett til ytterligere utvidelse av stillingen med 19,33 prosent.

Nemndas mindretall har beregnet hvor stor stillingsprosent merarbeidet fratrukket sykepleiervaktene utgjør i forhold til en full stilling. I en full stilling ville A arbeidet 1668,50 timer, når ferien A har rett til på (25 dager) er trukket fra. A sitt merarbeid fratrukket sykepleiervakter er 444,74 timer. A har dermed utført merarbeid tilsvarende 26,66 prosent stilling dersom sykepleiervaktene ble tatt ut. A har allerede fått innvilget utvidelse av stillingen med 15 prosent, og ville hatt rett til ytterligere utvidelse av stillingen med 11,66 prosent.

A har rett til ytterligere stillingsutvidelse med 19,33 prosent, totalt 91,66 prosent stilling.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

19. mars 2024