



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
24.06.2024

Møtedato
18.06.2024

Vår referanse
2024/27

Saksbehandler
Maria Schilvold

SAK NR 59/24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

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

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B-kommune

Vedtak

A har ikke rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Ingrid Tordis Enoksen, UNIO, fast medlem arbeidstakersiden

Silje Stadheim Almestrand, NHO, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som helsefagarbeider/hjelpepleier i stilling på 66,20 prosent i B-kommune, for tiden ved [lokasjon].

Den 29. november 2023 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B-kommune avslo kravet i brev av 2. februar 2024 og begrunnet avslaget med at merarbeidet ikke hadde vært utført jevnlig.

A har i ettertid fått utvidet sin stilling til 75 prosent etter arbeidsmiljøloven § 14-3, da det ble en ledig stilling i virksomheten. Hun har også opplyst at hun ikke ønsker høyere stilling enn 80 prosent.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda 7. februar 2024. Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 7. februar 2024
- brev av 4. mars 2024

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- e-post av 12. mars 2024
- brev av 19. mars 2024

Av relevans for saken er også telefonsamtale mellom Sekretariatet for Tvisteløsningsnemnda og arbeidstakers prosessfullmektig 22. mai 2024.

Arbeidsgivers syn på saken

B-kommune hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi merarbeidet ikke er utført jevnlig, da merarbeid utført i sykepleiervakter skal ut av beregningsgrunnlaget.

Sykepleiervakter skal tas ut av beregningsgrunnlaget

B-kommune hevder at merarbeid som A har utført i sykepleiervakter skal tas ut av beregningsgrunnlaget, da dette er arbeid som krever en annen kompetanse enn den arbeidstaker innehar. Dette merarbeidet utgjør totalt 97,25 timer. Kommunen anfører at de i beregningsperioden aktivt har forsøkt å dekke merarbeidet med kvalifisert arbeidskraft, og viser til at de har søkt etter sykepleiere gjennom flere stillingsutlysninger.

Merarbeidet er ikke utført jevnlig

B-kommune hevder videre at det gjenværende merarbeidet ikke er utført jevnlig. Kommunen viser til at arbeidstaker har flere opphold i merarbeidet, herunder tre opphold på 2 uker, ett opphold på 3 uker, to opphold på 5 uker og ett opphold på 6 uker. Det er ikke

utført merarbeid i 25 av 52 uker. Dersom man tar med fire uker sykefravær, blir det 29 uker uten merarbeid.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har rett til stillingsutvidelse fordi hun jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid. Hun viser til at arbeidsperioder hvor hun har et tett arbeidsprogram i sin faste stilling ikke bør bryte jevnligheten i merarbeidet og at man må se på totalen gjennom beregningsperioden og gjøre en skjønnsmessig vurdering.

A ønsker å utvide sin stilling til 80 prosent.

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

I denne saken er partene uenige om hvilke vakter som skal med i beregningsgrunnlaget og om merarbeidet er utført jevnlig.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at A ikke kan få medhold i sitt krav om utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Tolvmånedersperioden

Etter bestemmelsens ordlyd og fast praksis i nemnda, er siste dag i tolvånedersperioden dagen før arbeidstaker fremmet kravet. A fremmet kravet 29. november 2023. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 29. november 2022 til og med 28. november 2023.

Hvor mange timer har A arbeidet utover avtalt arbeidstid?

Nemnda har kommet til at A har arbeidet 312 timer utover avtalt arbeidstid i tolvånedersperioden. Arbeidsgiver har imidlertid anført at 97,25 timer av merarbeidet er utført i vakter som krever sykepleierkompetanse og at disse timene skal tas ut av beregningsgrunnlaget.

Skal merarbeidet som krever sykepleierkompetanse tas med i beregningen?

Nemnda har kommet til at As merarbeid som krever sykepleierkompetanse ikke 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 sykepleier 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 sykepleierkompetanse, 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.

Arbeidsgiver har opplyst at 97,25 timer av merarbeidet er utført i vakter som krever sykepleierkompetanse. Videre har arbeidsgiver anført at de aktivt har søkt å dekke dette merarbeidet med kvalifisert arbeidskraft, blant annet ved flere stillingsutlysninger etter sykepleiere.

Nemnda har i vurderingen lagt vekt på at kommunen gjennom hele beregningsperioden aktivt har jobbet for å dekke behovet for sykepleierkompetanse i virksomheten. Nemnda viser til at kommunen har dokumentert at de fortløpende gjennom perioden seks ganger har lyst ut flere sykepleierstillinger ved [lokasjon].

Når merarbeidet som krever sykepleierkompetanse er trukket fra gjenstår 214,75 timer merarbeid som A har utført i tolv månedersperioden.

Er merarbeidet utført jevnlig?

Nemnda har kommet til at merarbeidet ikke 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.

Nemnda har i vurderingen lagt vekt på at merarbeidet ikke har vært hyppig og stabilt. Nemnda viser til at det er flere lengre opphold i merarbeidet, herunder ett opphold på 5,5 uker, to opphold på 6 uker og ett opphold på 7,5 uker. Selv om oppholdene på 5,5 og 7,5 uker delvis skyldes en lengre sykemelding og ferieavvikling, er det fremdeles to lange opphold i beregningsperioden som ikke skyldes ferie eller sykefravær. I tillegg er det opphold i merarbeidet på tre uker og to uker i perioden. Nemnda kan derfor ikke se at merarbeidet har hatt tilstrekkelig hyppighet og kontinuitet til at jevnlighetskravet er oppfylt i denne saken.

Vilkåret om at merarbeidet skal være utført jevnlig er ikke oppfylt, og A har derfor ikke rett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

24. juni 2024