



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
06.09.2023

Vår referanse
2023/94

Saksbehandler
Katarina Torrissen Revang

VEDTAK NR 85/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Twist om deltidsansattes rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a mellom A og B kommune

Vedtak

A har rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. A har rett til ytterligere 8,48 prosent stilling.

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 hjelpepleier i stilling på 63,50 prosent i B kommune, for tiden ved.

A krevde ny stillingsprosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a den 16. mars 2023. Hun spesifiserte ikke hvor stor stillingsprosent hun fremmet krav om, men skrev at hun hadde utført 210 timer merarbeid i beregningsperioden.

B kommune avslo kravet i brev av 3. mai 2023 og begrunnet avslaget med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i beregningsperioden.

Sakens dokumenter

A fremmet saken for nemnda ved brev av 8. mai 2023.

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

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 8. mai 2023

B kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 31. mai 2023
- brev av 5. juni 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B kommune gjør gjeldende at A ikke kan få medhold i sitt krav om utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid og anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke er utført jevnlig.

Når det gjelder beregningsgrunnlaget, anfører B kommune at to vakter som inngår i en midlertidig avtale om sommervikariat, skal tas ut. Det samme gjelder sykepleiervakter, da A ikke er kvalifisert til disse. Kommunen viser til at de aktivt har søkt etter kvalifisert personell i denne perioden. I tillegg opplyser kommunen at A har dekt opp for noe korttidsfravær blant sykepleierne, som i tråd med vanlig praksis fortløpende søkes løst innenfor virksomheten.

Når ovennevnte vakter tas ut, har A utført 21 vakter merarbeid tilsvarende 141,5 timer i løpet av beregningsperioden. Etter kommunens syn er det ved flere anledninger lengre opphold i merarbeidet, og merarbeidet fremstår dermed ikke som en etablert praksis. De viser til at det ikke er utført merarbeid i uke 16 til 18, uke 21 til 23, uke 26 til 32, uke 34 til 37, uke 42 til 47, uke 50 til uke 1, og uke 5 og 6.

Kommunen opplyser at A har en turnus som går over tolv uker, før den repeterer seg. Turnusen har ulikt totalt antall timeantall i de ulike ukene. Ukene med det tetteste arbeidsprogrammet innebærer vakter som til sammen utgjør 27 eller 28 timer i uken. Arbeidsgiver hevder at det ikke er travle perioder i egen turnus som hindrer A fra å ta ytterligere merarbeid, og arbeidsgiver har heller ikke lagt til grunn at tett arbeidsprogram i egen stilling bryter jevnligheten.

Arbeidsgiver opplyser at de for jevnlighetsvurderingen har lagt vekt på hva som er faktisk utført merarbeid, og om dette er av et slikt omfang, og med en slik hyppighet og stabilitet at det er jevnlig. Kommunen presiserer at de i vurderingen har tatt hensyn til As turnus og muligheter for merarbeid. Etter en helhetsvurdering mener kommunen at omfanget er relativt lite, og hyppigheten er lav, med totalt 21 vakter. Dette viser at arbeidsgiver ikke har et varig og stabilt behov for merarbeid.

Arbeidstakers syn på saken

A gjør gjeldende at hun har rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a på bakgrunn av utført merarbeid de siste 12 månedene.

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 inngå i beregningsgrunnlaget og om merarbeidet har vært utført jevnlig.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at A skal få medhold i sitt krav.

Tolvmånedersperioden

Etter bestemmelsens ordlyd og fast praksis i nemnda, er siste dag i tolvmånedersperioden dagen før arbeidstaker fremmet kravet. A fremmet kravet 16. mars 2023. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 16. mars 2022 til og med 15. mars 2023.

Hvor mange timer har A arbeidet utover avtalt arbeidstid?

Arbeidsgiver har i saken sendt inn timeoversikt av utført merarbeid i beregningsperioden. Det er her oppført 215,75 timer merarbeid. A har fått mulighet til å komme med tilbakemelding om hun er uenig i arbeidsgivers skjema over utført merarbeid, og ble i så fall bedt om å sende inn dokumentasjon på dette. Arbeidstaker har ikke besvart dette brevet.

Både arbeid etter fast deltidsstilling og etter midlertidige arbeidsavtaler, for eksempel vikariater, regnes som avtalt arbeidstid. Dette inngår derfor ikke i beregningsgrunnlaget. Dette står i forarbeidene til bestemmelsen (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2).

A har hatt en midlertidig arbeidsavtale om å være ferievikar i perioden 20. juni 2022 til og med 14. august 2022. To vakter på 7 og 6,5 timer er utført i denne perioden, henholdsvis

den 9. og 10. juli 2022. Disse er derfor ikke «arbeid utover avtalt arbeidstid» og tas ikke med i beregningen.

Nemnda har etter dette kommet til at A har arbeidet 202,25 timer utover avtalt arbeidstid i løpet av tolv månedersperioden.

Skal merarbeidet som krever sykepleierkompetanse tas med i beregningen?

Nemnda har kommet til at As merarbeid som krever sykepleierkompetanse ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget fordi A ikke er kvalifisert for denne typen arbeid.

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 hjelpepleier 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.

Arbeidsgiver har opplyst at 61,25 timer av oppførte vakter er for sykepleiere og anført at dette skal tas ut av beregningsgrunnlaget før jevnligheten vurderes. Arbeidsgiver viser til at de aktivt har søkt etter kvalifisert personell i denne perioden. Det er også noen av vaktene som er for korttidsfravær blant sykepleiere, og arbeidsgiver opplyser at dette i tråd med vanlig praksis fortløpende søkes løst innenfor virksomheten.

Nemnda har kommet til at merarbeidet utført i vakter for sykepleiere ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget. Det vises til at arbeidsgiver har dokumentert at de flere ganger i beregningsperioden har utlyst flere stillinger for sykepleiere.

Når merarbeidet som er utført i vakter for sykepleiere er trukket fra, gjenstår 141,5 timer merarbeid som A har utført i tolv månedersperioden.

Er merarbeidet utført jevnlig?

Nemnda 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.

Nemnda har i sin vurdering lagt vekt på at A, med unntak av i juli, hvor hun avviklet tre uker ferie, har utført merarbeid hver måned i beregningsperioden. Videre legger nemnda vekt på

at oppholdene er av relativt kort varighet og fordelt jevnt over hele beregningsperioden. Det vises til at det er fire opphold på ca. fire uker, to opphold på ca. fem uker og ett opphold på seks uker. Enkelte av oppholdene skyldes også som nevnt ferie, i tillegg til sykdom.

Nemnda har etter dette kommet til at merarbeidet har vært av et slikt omfang, stabilitet og hyppighet at vilkåret om at merarbeidet skal være utført jevnlig er oppfylt.

Utregning av ny stillingsprosent

For å komme fram til riktig stillingsutvidelse må nemnda beregne hvor stor stillingsprosent merarbeidet utgjør i forhold til en full stilling. I en full stilling ville A arbeidet 1846 timer, når ferien hun har rett til på (25 dager) er trukket fra. A sitt merarbeid er, når sykepleiervaktene tas ut, på 141,5 timer. A har dermed utført merarbeid tilsvarende 8,48 prosent stilling og dette er utvidelsen A har rett til.

Konklusjon

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

A har rett til en stilling på 71,98 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

6. september 2023

Hva kan dere gjøre hvis dere er uenige i avgjørelsen?

Dere kan ikke klage på nemndas vedtak, men saken kan behandles på nytt av domstolene. Saken må bringes inn for tingretten før det har gått åtte uker fra dere fikk vedtaket. Fristen starter når dere, eller den som representerer dere, får tilgang til vedtaket.

Avgjørelsen til nemnda gjelder mens saken er til behandling i domstolene, hvis ikke retten bestemmer noe annet.

Hva skjer når fristen har gått ut?

Hvis ingen har brakt saken inn for tingretten før det har gått åtte uker, gjelder vedtaket som om det var en dom. Avgjørelsen til nemnda er da bindende og endelig.

Dette står i arbeidsmiljøloven § 17-2.

