



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
08.05.2024

Møtedato
07.05.2024

Vår referanse
2024/26

Saksbehandler
Helene Nødset Lang

SAK NR 55/24 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 37,04 prosent.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Jan Eikeland, Akademikerne, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som sykepleier i stilling på 16,9 prosent hos B. Hun jobber fast hver tredje helg, i tillegg har hun en avtale som tilkallingsvakt ved behov.

Den 18. desember 2023 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Hun fremmet krav om stillingsutvidelse på ca. 20-25 prosent, slik at hennes samlede stillingsstørrelse ville bli 40 prosent.

B avslo kravet i brev av 8. januar 2024 med følgende begrunnelse:

1. Arbeidsgiver har tidligere gitt anledning til alle faste ansatte å søke utvidelse av eksisterende stillingsprosent, samt å søke på ledige stillinger, noe A har valgt å ikke benytte seg av.
2. Virksomheten har gjennomgått en midlertidig turnover etter Covid-pandemien. I den forbindelse har det i perioder vært mer vakante vakter enn tidligere. Nå er alle stillinger besatt og ansatte som har vært i permisjon er tilbake. Arbeidsgivers behov for regelmessig ekstravakter er dermed endret.
3. A har ikke hatt faste vakter, men tatt ekstravakter etter eget valg når det har vært fravær ved ferie og sykdom.
4. Virksomheten har ikke anledning til å øke antall stillingshjempler/grunnbemanningen. Samtlige stillinger er besatt med unntak av helgestilling og natt.
5. I perioden virksomheten hadde utskifting og mange nyansatte med opplæringsbehov, var det behov for ekstravakter for å redusere sårbarhet. Dette behovet er ikke lengre til stede. Behovet for å dekke opp vakter ved fravær som sykdom og ferie vil fortsatt være til stede sporadisk fremover.

Grunnet fratredelse fra en annen ansatt fikk A tilbud om utvidet stilling til 31 prosent den 16. april 2024.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda 2. februar 2024. Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 2. februar 2024

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 19. februar 2024
- brev av 24. april 2024

Arbeidsgivers syn på saken

B hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi hun frivillig har arbeidet ekstravakter basert på arbeidsavtalen om ekstravakter, at det er lengre perioder uten merarbeid og at behovet for merarbeid har bortfalt.

Omfanget av merarbeid

A har to gjeldende arbeidsavtaler med arbeidsgiver, en om ekstravakter og en om fast helgestilling på 16,9 prosent. Hun har dermed vært fast deltidsansatt de siste 12 månedene før kravet ble fremsatt. Arbeidsgiver mener at forutsetningene har vært avklart da arbeidstaker har en løpende avtale om ekstravakter, og viser til punkt 3 i avslaget der det fremkommer at det har vært sporadiske vakter som ansatte selv har valgt å jobbe.

Merarbeidet er ikke jevnlig utført

A har hatt flere perioder hvor hun ikke har jobbet ekstra. Det har vært ledige vakter i disse periodene.

A har ved flere anledninger meldt om en årlig inntektsgrense som ikke skulle overstiges. Arbeidsgiver har forholdt seg til arbeidstakers behov og den ansatte har fått tildelt vakter etter eget ønske, i tråd med den ansattes arbeidsavtale om ekstravakter. Dette kommer frem av listen over merarbeid der man ser lengre perioder uten merarbeid i ferie- og høytidsperioder, samt ved slutten av året.

Behovet for merarbeid har bortfalt

I likhet med alle helsevirksomheter som driver døgnkontinuerlig drift har B behov for ekstravakter ved uforutsette hendelser og planlagt fravær. Virksomheten har ikke behov for planlagte og jevnlig vakter utover helg og natt, hvor de har og har hatt vakante stillinger over tid. Disse stillingene har den ansatte valgt ikke å søke på. Arbeidsgiver har for tiden kun ledige helgevakter i 2x 16-17 prosent stilling, samt 18,7 prosent ledig stilling på natt. A står fritt til å gå inn i en av disse stillingene, men i og med at det innebærer ytterligere arbeid med ubekvem arbeidstid ansees det ikke aktuelt. Utover dette vil arbeidsgiver alltid ha behov for ekstrapersonell i forbindelse med avvikling av ferie hos andre faste ansatte, samt ved sykefravær, både kortvarig egenmeldt fravær, samt ved lengre legemeldt sykefravær. Dette er hjemler som tilhører andre faste ansatte, og kan dermed ikke tildeles som en utvidet stilling til A.

Arbeidsgiver viser til punktene 1, 2, 4 og 5 i avslagsbrevet:

- arbeidstaker har ikke søkt på ledige stillinger
- ledige stillinger etter pandemien er besatt
- arbeidsgiver har ikke anledning til å øke grunnbemanningen og
- perioden med utskifting og opplæringsbehov er over

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Behovet for merarbeid har ikke bortfalt

A mener det fremdeles er mange ledige vakter i virksomheten, som også delvis tildeles ekstravakter.

A hevder stillinger har blitt lyst ut til eksterne fremfor å sørge for at hun får større stilling. Det er ekstra viktig for henne å ha forutsigbarhet i forhold til vakter/lønn pga. uføregrad.

Merarbeidet har vært jevnlig

A har vedlagt lønnslipp for desember 2022 som viser 309 timer ekstraarbeid i 2022 og lønnslipp for desember 2023 som viser 294 timer ekstraarbeid i 2023.

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 hvor mye merarbeid som er utført, om merarbeidet er utført jevnlig og om behovet har bortfalt.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at A har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

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 18. desember 2023. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 18. desember 2022 til og med 17. desember 2023.

Hvor mange timer har A arbeidet utover avtalt arbeidstid?

Nemnda har kommet til at A har arbeidet 336 timer utover avtalt arbeidstid i tolvånedersperioden, basert på timeoversikt fremlagt av arbeidsgiver.

Arbeidsgiver har anført at merarbeidet er utført «frivillig» og på grunnlag av avtale om ekstravakter, og hevder A derfor ikke har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Det er fast praksis i nemnda at årsaken til ekstraarbeidet er uten betydning, se for eksempel sak 85/20. Dette står i også i forarbeidene til bestemmelsen (Prop. 83 L for 2012-2013):

Årsaken til ekstraarbeidet er for så vidt uten betydning. Bestemmelsen skal derfor gjelde uavhengig av om det er økt arbeidsmengde, sykefravær eller andre forhold som begrunner behovet.

Nemnda har derfor kommet til at det ikke er noe av ekstraarbeidet som skal tas ut av beregningsgrunnlaget.

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 vurderingen lagt vekt på at selv om det er noen opphold i merarbeidet på mellom 2 og 5 uker, har A utført merarbeid hver måned i beregningsperioden. Ett av oppholdene i merarbeidet skyldes at A har hatt tre uker ferie. Vilåret om at merarbeidet skal være utført jevnlig er etter dette oppfylt.

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

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

Det er ikke fremlagt noen dokumentasjon på at behovet for merarbeid har bortfalt. Det følger av lovens ordlyd og forarbeidene at det er arbeidsgiver som må dokumentere at virksomheten ikke har behov for merarbeidet i tiden framover. Nemnda finner det ikke dokumentert at behovet for merarbeid har bortfalt. Arbeidsgivers argumentasjon peker også i retning av at det fortsatt vil være behov for merarbeid fremover.

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

Utrekning 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 1668,5 timer, når ferien A har rett til på (25 dager) er trukket fra. A sitt merarbeid er 336 timer. A har dermed utført merarbeid tilsvarende 20,14 prosent stilling og dette er utvidelsen A har rett til. Lagt sammen med hennes faste stillingsprosent på 16,9 prosent, blir dette en stilling på 37,04 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due

Leder

8. mai 2024