



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
21.10.2024

Møtedato
17.10.2024

Vår referanse
2024/149

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

SAK NR 100/24 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 48,49 prosent.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Ingrid Tordis Enoksen, UNIO, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som pleiemedarbeider i stilling på 15,41 prosent i B, ved hjemmebaserte tjenester ved [avdeling 1].

Den 26. mars 2024 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 månedene, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B avslo kravet i brev av 27. mai 2024 og begrunnet avslaget med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i tolv månedersperioden.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda 17. juni 2024. Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 17. juni 2024
- brev av 9. august 2024
- brev av 25. september 2024

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 8. juli 2024
- brev av 12. september 2024
- brev av 1. oktober 2024

Arbeidsgivers syn på saken

B hevder at arbeidstaker ikke har rett til utvidet stilling.

Merarbeidet er ikke utført jevnlig

Merarbeidet har ikke vært stabilt og jevnlig fordi arbeidstaker har et langt sammenhengende fravær på elleve uker i beregningsperioden. Kun fire av ukene var avtalt ferie, og de tre ukene etter ferien var ulovlig fravær som skyldtes at arbeidstaker ikke hadde fornyet passet og dermed ikke kom seg tilbake til arbeidet som avtalt.

Behovet for merarbeidet er redusert eller har falt bort

Fra 10. september 2024 har [avdeling 1] flyttet med ansatte og beboere til [avdeling 2]. Flyttingen har medført at det er ti færre plasser og tolv færre korttidsplasser, altså en reduksjon med 22 heldøgns plasser. Etter flyttingen er det utarbeidet ny bemanningsplan og nye arbeidsplaner med innføring av langvakter i helgene. Dette vil medføre mindre behov for tilkallingsvikarer og ekstrahjelpere. Bemanningen er totalt redusert med fem årsverk og ny turnus starter 7. oktober 2024. Årsaken til at arbeidstaker har utført merarbeid i en periode etter flyttingen er at det ved innkjøringen av nytt [avdeling 2] har vært større behov for bemanning enn det kommer til å være ved normal drift fra 7. oktober 2024.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har rett på utvidet stilling fordi hun har utført 552,02 timer merarbeid.

Merarbeidet er utført jevnlig

Arbeidstaker viser til lovens forarbeider i Prop. 83L (2012-2013) punkt 4.4.4.4., og hevder at vilkåret om jevnlig utført merarbeid må vurderes skjønnsmessig, ut fra om merarbeidet fremstår som en etablert ordning i perioden. Fraværet etter ferien var uforutsett, og arbeidstaker tenkte at passfornyelsen ville være innvilget i løpet av ferien på fire uker.

Behovet for merarbeidet har ikke falt bort

Arbeidstaker viser til at arbeidsgiver ikke kan forutse at behovet for merarbeid vil falle bort selv ved en reduksjon av antall plasser og redusert bemanning med fem årsverk. Arbeidstaker viser til at utført eller planlagt merarbeid i tiden etter flyttingen i september er 97,8 timer i løpet av 17 dager. Arbeidstaker viser videre til at det er snakk om en stor virksomhet med pågående behov for ekstra personale og at det ikke er sannsynliggjort at merarbeidet kommer til å falle bort.

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 tolv 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 merarbeidet er utført jevnlig og om behovet for det har falt bort.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall. Flertallet, medlemmene Due og Enoksen, har kommet til at A har rett til utvidet stilling. Mindretallet, medlemmet Nilsen, har kommet til at arbeidstaker ikke har rett til utvidet stilling.

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 26. mars 2024. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 26. mars 2023 til og med 25. mars 2024.

Hvor mange timer har A arbeidet utover avtalt arbeidstid?

Partene er enige om at A har arbeidet 552,02 timer utover avtalt arbeidstid i tolv månedersperioden.

Er merarbeidet utført jevnlig?

Nemndas flertall har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og mindretallet har kommet til at merarbeidet ikke var 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 på grunn av ferie eller sykdom. Det er heller ikke nødvendig at merarbeidet er utført ukentlig e.l.

Nemndas flertall har kommet til at merarbeidet har vært hyppig og stabilt. Etter flertallets syn er det avgjørende om man ut fra det ekstraarbeidet som er utført, har grunnlag for å konkludere med at ekstraarbeidet er uttrykk for et jevnlig behov hos arbeidsgiver. Der arbeidstaker har lengre fravær vil nemnda ofte mangle det nødvendige grunnlaget. Det understrekes imidlertid at vurderingen alltid må være konkret. Der ekstraarbeidet er særlig hyppig og stabilt utenfor fraværperiodene, kan det oppveie for noe lengre fravær.

I vurderingen har flertallet lagt vekt på at selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemndas flertall viser til at arbeidstakers merarbeid er av et stort omfang, og det har blitt utført merarbeid i nesten hver kalendermåned i beregningsperioden, bortsett fra i juli og august. Flertallet har lagt vekt på at noe av oppholdet forklares med uttak av ferie i juli, og at ekstraarbeidet utover dette har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Nemndas mindretall har i vurderingen lagt vekt på at merarbeidet ikke har vært stabilt nok. Mindretallet viser til at det er et sammenhengende opphold i merarbeidet på elleve uker. Etter nemndas praksis legges det ikke vekt på opphold som skyldes lovbestemt ferie, kortere sykefravær eller lignende. Selv om deler av oppholdet skyldes fire uker ferie, er det fremdeles to opphold i for- og etterkant av ferien som ikke skyldes annet lovbestemt fravær. Nemndas mindretall kan derfor ikke se at merarbeidet har hatt tilstrekkelig hyppighet og kontinuitet til at jevnlighetskravet er oppfylt i denne saken.

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

Nemndas flertall 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. Det er i utgangspunktet situasjonen på kravtidspunktet eller sannsynlig utvikling i tiden rett etter kravtidspunktet som danner grunnlag for vurderingen av bortfalt behov. Dette følger av lovens ordlyd og forarbeidene.

Planer om endringer i bemanningen må være konkrete og aktuelle å gjennomføre. Endringene må også redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der det er utført. Dette følger av forarbeidene og nemndas praksis.

Nemndas flertall har kommet til at arbeidsgiver ikke har konkretisert en forventet nedgang i merarbeidet som følge av færre omsorgsplasser ved flyttingen av [avdeling 1]. Flyttingen av avdelingen skjer seks måneder etter kravet ble satt fram og fire måneder etter at avslaget ble gitt. Til tross for at [avdeling 1] nå er flyttet, så har arbeidstaker lagt fram dokumentasjon på utført og planlagt merarbeid med 97,8 timer på 17 dager mellom 10. september og 4. oktober 2024.

Selv om det skal innføres en ny turnus fra oktober som skal redusere behovet for planlagt ekstraarbeid i større grad enn tidligere, så kan nemndas flertall ikke se at denne tar høyde for å redusere tilfeldig og ikke planlagt fravær ved virksomheten. Med en tilsvarende reduksjon av fem årsverk i faste stillinger legger flertallet til grunn at behovet for merarbeid fortsatt er til stede selv med færre brukere. Nemndas flertall kan etter dette ikke se at arbeidsgiver har dokumentert at behovet for merarbeid har falt bort.

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

Utrekning av ny stillingsprosent

For å komme fram til riktig stillingsutvidelse må flertallet beregne hvor stor stillingsprosent merarbeidet utgjør i forhold til en full stilling. I en full stilling ville A arbeidet 1668,5 timer, når ferien hun har rett til på (25 dager) er trukket fra. A sitt merarbeid er 552,02 timer. A har dermed utført merarbeid tilsvarende 33,08 prosent stilling og dette er utvidelsen A har rett til.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

21. oktober 2024