



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
13. oktober 2022

Vår referanse
2022/91

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR 91/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 13. oktober 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Saken gjelder

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

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som pleiemedarbeider i stilling på 50 prosent i B kommune, for tiden ved avdeling X avlastning. Hun hadde i tillegg et vikariat på 40,08 prosent ved samme avdeling i perioden 21. februar til 15. mai 2022.

Den 26. april 2022 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i e-post av 5. mai 2022. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved digitalt brev av 31. mai 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 31. mai 2022, med vedlegg
- brev datert 27. juni 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 22. juni 2022, med vedlegg
- brev datert 1. juli 2022, med vedlegg
- brev datert 8. juli 2022

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har rett til stilling tilsvarende den faktiske arbeidstiden de siste 12 månedene og anfører i det vesentligste at merarbeidet er utført jevnlig. A viser til at hun arbeidet to vakter i juni 2021 i tillegg til at hun avviklet ferie. Videre viser hun til at hun hadde sykefravær i april 2022 på grunn av en skade som hun pådro seg på jobb.

A oppgir at bytte av vakter/forskjøvet arbeidstid har skjedd etter arbeidsgivers ønske og behov, og hun mener derfor at de overskytende timene må regnes som merarbeid. Hun oppgir videre at hun ved flere anledninger har jobbet doble vakter. Det er derfor ikke riktig at hun disse dagene hadde forskjøvet arbeidstid. I tillegg oppgir A at det var svært strenge regler under Covid-19 pandemien i kommunen. Arbeidstakerne fikk ikke gå på jobb dersom de hadde antydning til symptomer. Dette medførte at hun fikk færre vakter enn ellers, og det er derfor urimelig at vakter tilknyttet pandemien skal trekkes fra beregningsgrunnlaget.

I alle tilfeller anfører A at det fremdeles er behov for hennes merarbeid. Hun viser til at hun har hatt merarbeid hver uke i juli og august 2022.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune gjør gjeldende at A ikke har rett til stilling tilsvarende den faktiske arbeidstiden de siste 12 månedene og anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig.

B kommune viser til at A ikke har utført merarbeid i 18 av de 52 ukene i beregningsperioden, herunder utførte hun ikke merarbeid i perioden 1. til 25. april 2022 pga. eget sykefravær. Videre viser kommunen til at A var ansatt i et vikariat i perioden 21. februar til 15. mai 2022, og mener at vaktene arbeidet i vikariatet ikke skal regnes som merarbeid. Kommunen anfører at det er de faktiske vaktene som er utført som skal ligge til grunn for jevnlighetsvurderingen, og mener andre hensyn som eksempelvis ferie og fravær ikke får anvendelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Kommunen anfører følgelig at A kun arbeidet én vakt i juni 2021, da hun leverte egenmelding for den andre vakten hun skulle ha i juni. B kommune anfører også at arbeid ved for eksempel forskjøvet arbeidstid fra kvelds- til dagvakt, deltakelse på fellesmøter og annet ikke er å anse som merarbeid.

B kommune opplyser at det innenfor helse- og omsorgssektoren er et stort sykefravær som det aktivt jobbes med å redusere, men at det likevel er behov for tilkallingsvikarer og medarbeidere i vikariater. B kommune anfører imidlertid at behovet for ekstra personell i pandemiperioden var ekstraordinært, spesielt i perioden desember 2021 til og med april 2022, da det var høye smittetall og tilsvarende høyt sykefravær. Kommunen hevder derfor at det omfanget av merarbeid som er knyttet til pandemien ikke speiler et reelt bilde av deres behov for merarbeid.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-4 a annet ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer.

Arbeidsmiljøloven § 14-4 a fastsetter at 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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 26. april 2022. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 26. april 2021 til og med 25. april 2022. Ut ifra de timelistene nemnda har fått forelagt og informasjon fra partene, legger nemnda til grunn at A har arbeidet 513,75 timer utover avtalt arbeidstid i tolvånedersperioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget. B kommune har anført at vakter arbeidet i vikariat, vakter der arbeidstiden er forskjøvet og ekstratimer ved deltakelse på møter ikke skal regnes som merarbeid.

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at § 14-4 a tar sikte på å omfatte jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Når det gjelder årsaken til merarbeidet, viser nemnda til lovens ordlyd og anser de timer som overstiger opprinnelig vaktlengde ved forskjøvet arbeidstid og ekstratimer ved deltakelse på møter som «arbeid utover avtalt arbeidstid», så lenge det, som i denne saken, ikke foreligger en avtale om midlertidig stillingsutvidelse. Vurderingen er i samsvar med nemndas faste praksis, se blant annet vedtak 23/22, 13/22, 158/21, 140/21, 134/21, 119/21, 160/20, 110/20, 80/19. Når det gjelder kommunens anførsel om at vakter arbeidet i vikariat ikke skal regnes med, bemerker nemnda at ingen av de nevnte 513,75 timene inngår i vikariatet, da dette er merarbeid utover avtalt arbeidstid, slik at denne anførselen ikke er relevant i foreliggende sak. Dermed inngår 513,75 timer i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlige» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til Tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige.

Nemnda viser til at det fremkommer av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) at merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet vil være sentrale momenter i vurderingen av jevnlighetskriteriet. Slik nemnda ser det, vil disse tre momentene i noen grad gripe inn i hverandre. Uten en viss hyppighet, vil f.eks. merarbeidet heller ikke få nevneverdig omfang eller stabilitet. Med unntak for perioder der forhold på arbeidstakers side gjør det umulig, må det være utført et visst merarbeid gjennom hele beregningsperioden, men det kan ikke stilles bestemte krav til at arbeidet er utført ukentlig e.l. For at «merarbeidet i det store og hele fremstår som en etablert praksis», er det tilstrekkelig at det har forekommet slikt merarbeid gjennom hele beregningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A i utgangspunktet må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A ikke har hatt mer enn to ukers opphold i merarbeidet, foruten perioder der hun har avviklet ferie eller vært sykemeldt. Nemnda finner etter dette at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

B kommune har videre anført at behovet for merarbeidet A utførte som følge av Covid-19-pandemien ikke lenger foreligger. Det fremgår av timelistene nemnda har fått forelagt at dette utgjør 52,5 timer totalt.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. Ordlyden krever imidlertid at arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger, og kravene til dokumentasjonen er i noen grad kommentert i forarbeidene, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5:

«Departementet finner det ikke hensiktsmessig å fastsette konkrete krav til hvilken dokumentasjon som arbeidsgiver må legge fram. Arbeidsgiver vil i praksis måtte fremlegge informasjon som gjør det mulig for arbeidstaker og eventuelt Tvisteløsningsnemnda å etterprøve. Det avgjørende vil være hvorvidt og i hvilken grad arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har behov for merarbeidet i tiden framover.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at B kommune har dokumentert at behovet for As merarbeid knyttet til Covid-19-pandemien var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Nemnda har i vurderingen lagt vekt på at Covid-19-pandemien utgjorde en ekstraordinær situasjon og mener det er sannsynlig at avlastning på lik linje med mange andre helseinstitusjoner hadde økt behov for merarbeid som følge av pandemien. Nemnda legger derfor til grunn at det er sannsynlig at behovet for dette merarbeidet har falt bort nå som samfunnet så å si er tilbake til normalen etter pandemien.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar nemnda utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned, men fratrukket merarbeid som skyldtes Covid-19-pandemien. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A etter fratrukk for merarbeid som skyldtes Covid-19-pandemien har arbeidet 461,25 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 27,64 prosent. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 77,64.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 27,64 prosent etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

13. oktober 2022

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for domstolene etter at Tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 annet ledd. Nemndas konklusjon står ved lag mens saken er til behandling ved domstolene. Dersom dette vil virke urimelig, kan retten etter krav fra en av partene fastsette en annen midlertidig ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolene er åtte uker fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 fjerde ledd.