



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
18. oktober 2022

Vår referanse
2022/80

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 96/22 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

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som helsefagarbeider/hjelpepleier i helgestilling på 17,01 prosent hos B, for tiden ved avdeling for Z X sykehjem.

Den 30. 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 og på nytt 6. mai 2022. Avslaget ble begrunnet med at A hadde fått utvidet stilling, sagt opp og deretter trukket oppsigelsen i løpet av de tre første månedene i 2021.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda 16. mai 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 16. mai 2022
- e-post av 12. september 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 26. juli 2022
- brev datert 1. september 2022

Arbeidstakers anførsler

A anfører at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, tilsvarende 903,75 timer merarbeid i beregningsperioden, som tilsvarer en stillingsprosent på 54,16, ikke 48,96 slik arbeidsgiver hevder.

A anfører at retten ikke kan avskjæres med at det ikke er vakante stillinger og ved tilbud om et vikariat, da dette ikke er en innfrielse av kravet. Tilbud om vikariat indikerer også at det er behov for merarbeidet.

A anfører til slutt at grunnbemanningen er for lav og at B ikke har dokumentert at behovet for merarbeidet har falt bort. At de mistet 57 av 65 ekstravakter en periode indikerer at det er et stort behov for merarbeid uavhengig av pandemien. En kartlegging av Sykehjemsetaten viser at ekstravaktbruken var omtrent den samme før, under og etter pandemien.

Arbeidsgivers anførsler

B er enige i at A har arbeidet jevnlig utover avtalt arbeidstid og at hun har vært fast deltidsansatt i hele beregningsperioden.

B anfører i det vesentligste at A ikke kan få medhold i sitt krav ettersom behovet for hennes merarbeid har falt bort. Covid-19-pandemien utgjør en ekstraordinær situasjon som lovgiver

ikke har tatt høyde for som gjør at merarbeid ikke nødvendigvis må formaliseres gjennom en avtale for å trekkes ut av beregningsgrunnlaget.

B viser til at en ansatt i 45 prosent stilling er tilbake og at dette tilsvarer As krav. I tillegg er sykefraværet redusert, og situasjonen etter pandemien er normalisert pr. april 2022 med hensyn til tilgangen på personell og opphør av begrensninger i antall arbeidssteder. På avdeling Z mistet B tilgangen til 7 av 8 ekstravakter/ansatte helsefagarbeidere/pleieassistenter inkludert den ansatte i 45 prosent stilling den 29. mars 2022.

B anfører at kravet også må avvises fordi A har akseptert en stillingsutvidelse i form av et sommervikariat, for senere å trekke aksepten tilbake og derved takket nei til en midlertidig utvidelse av stillingen.

B anfører at en eventuell stillingsutvidelse under enhver omstendighet må avkortes med 30 prosent som tilsvarende den gjennomsnittlige forskjellen mellom sykefraværet under beregningsperioden og en normalperiode ved sykehjemmet.

A kan i alle tilfeller ikke få utvidelse til mer enn 66 prosent stilling, da dette tilsvarer hva hun faktisk har arbeidet i beregningsperioden.

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 30. april 2022. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 30. april 2021 til og med 29. april 2022. Partene er enige om at A har arbeidet 903,75 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder om kravet kan avvises fordi en medarbeider er tilbake i 45 prosent stilling og A har avslått tilbudene arbeidsgiver har gitt, hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, hvilken stillingsprosent merarbeidet tilsvarer, og hvorvidt behovet for As merarbeid er bortfalt.

Til anførselen om at saken må avvises vil nemnda bemerke at den må ta stilling til As krav uavhengig av eventuelle tilbud fra arbeidsgiver, så lenge det foreligger en tvist mellom

partene om hvilken stillingsutvidelse hun eventuelt har rett til. Resultatet av nemndsbehandlingen vil vise om tidligere tilbud har vært i samsvar med hva A har rett til. Arbeidstaker mister ikke sin rett til å fremme tvisten for nemnda ved å takke nei til arbeidsgivers tilbud og en midlertidig stillingsutvidelse i form av et vikariat, og et slikt tilbud vil uansett ikke være en innfrielse av kravet om utvidet fast stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. At en medarbeider er tilbake i 45 prosent stilling, vil kunne være relevant i vurderingen av om behovet for merarbeidet har falt bort. Nemnda tar dermed saken til behandling.

B har anført at merarbeidet skyldes covid-19-pandemien og at det ikke nødvendigvis må formaliseres for at det skal tas ut av beregningsgrunnlaget.

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». Forarbeidene avgrenser imidlertid kriteriets anvendelsesområde mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt, og det understrekes at i slike tilfeller skal stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Når det gjelder årsaken til merarbeidet, viser nemnda til lovens ordlyd og anser merarbeid som har oppstått på grunn av covid-19-pandemien og vakant stilling 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.

Partene er uenige om hvilken stillingsprosent 903,75 timer utgjør. B har anført at A har arbeidet tilsvarende totalt 66 prosent stilling i beregningsperioden inkludert den faste stillingen på 17,01. Det følger av nemndas faste praksis at stillingsprosenten et timetall utgjør, beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. Denne beregningsmåten innebærer at 903,75 timer merarbeid utgjør en stillingsprosent på 54,17. A har dermed arbeidet tilsvarende 71,18 prosent stilling totalt i beregningsperioden.

Arbeidsgiver har anført at behovet for As merarbeid ikke lenger foreligger fordi sykefraværet er redusert og situasjonen etter pandemien er normalisert pr. april 2022 med hensyn til tilgangen på personell og opphør av begrensninger i antall arbeidssteder. B viser også til at en ansatt i 45 prosent stilling er tilbake og at dette tilsvarer As krav. A hevder at grunnbemanningen er for lav og at arbeidsgiver ikke har dokumentert at behovet for merarbeidet har bortfalt.

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 merarbeid i tiden framover.»

I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

«Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid. (...)

I sak 129/16 har nemndas flertall uttalt følgende om planlagte nedbemanninger på avslagstidspunktet:

«For at nedbemanningsplaner skal ha betydning i de konkrete sakene nemnda skal avgjøre, må de etter flertallets oppfatning ikke bare fremstå som målsetninger, men være konkrete og allerede under behandling på tidspunktet for arbeidsgivers avslag. Enn videre må den planlagte nedbemanningen redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der merarbeidet som har utløst kravet på økt stilling, er utført.

Flertallet understreker videre at nedbemanningen, for å være relevant, må ha som virkning at behovet for merarbeid reduseres.»

Tilsvarende må gjelde der behovet for merarbeid må forventes å bortfalle som følge av at arbeidsgiver har foretatt eller er i ferd med å foreta nyansettelser, eller kan legge til grunn at arbeidstakere snarlig vil vende tilbake til virksomheten etter syke- eller permisjonsopphold e.l.

Nemnda er enig med arbeidsgiver i at covid-19-pandemien utgjør en ekstraordinær situasjon og mener det er sannsynlig at B på lik linje med mange andre helseinstitusjoner har hatt økt behov for merarbeid som følge av pandemien. Nemnda legger derfor i utgangspunktet til grunn at det er sannsynlig at dette behovet for merarbeid vil falle bort når pandemien er over.

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver har dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid.

Nemnda har lagt vekt på arbeidsgivers opplysninger om normalisering av situasjonen etter pandemien pr. april 2022, deriblant redusert sykefravær, samt tabeller som underbygger at korttidssykefraværet ved X i januar og februar 2022 skiller seg vesentlig fra den etterfølgende perioden. Videre har nemnda lagt vekt på at en medarbeider ved den aktuelle avdelingen har kommet tilbake i 45 prosent stilling, i tillegg til at 6 av 7 ekstravakter kunne komme tilbake når restriksjoner i antall arbeidssteder opphørte.

Etter en skjønnsmessig vurdering har nemnda etter dette kommet til at behovet for ca. 5 prosent av As merarbeid på 54,17 prosent har falt bort slik arbeidsgiver har anført. A har dermed rett til økning av sin stilling med 48,99 prosent. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 66.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 48,99.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

18. 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.