



Vedtaksdato
30. mai 2023

Vår referanse
2023/67

Saksbehandler
Ida Marie Wilhelmsen

VEDTAK NR 53/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 25. mai 2023.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Andreas Dag Nilsen, KS

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 sykepleier i nattevaktstilling på 75 prosent hos B.

Den 9. mars 2023 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B avslo kravet i brev av 20. mars 2023, og begrunnet avslaget med at merarbeidet ikke var utført jevnlig og at det ikke lengre var behov for deler av As merarbeid.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 12. mars 2023. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 12. mars 2023
- to brev av 9. april 2023

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 24. mars 2023

Arbeidsgivers anførsler

B gjør gjeldende at A ikke har rett til utvidet stilling fordi jevnlighetskravet ikke er oppfylt og at behovet for merarbeid som ble utført 5. juli 2022, er bortfalt. Merarbeidet er ikke er jevnlig, fordi A har fravær i forbindelse med ferieavvikling og egenmeldinger i beregningsperioden. Fraværet har medført mange og lange opphold i merarbeidet. Arbeidsgiver presiserer også at A kun har hatt to vakter med merarbeid i april, mai, juni og september, og én vakt i november.

Videre viser arbeidsgiver til at behovet for merarbeid som ble utført 5. juli 2022, en vakt på ni timer, er bortfalt fordi merarbeidet var knyttet til koronapandemien.

Avslutningsvis opplyser B at de har tilbudt alle arbeidstakere å sende inn søknad om sommervikariat som vil gi midlertidig økt stilling, men at A ikke har gjort dette.

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har rett til utvidet stilling på 14,31 prosent fordi merarbeidet er utført jevnlig. A viser til at nattarbeid gjør at hun noen ganger har behov for lengre friperioder, og at dette må tas hensyn til i jevnlighetsvurderingen. Arbeidstaker presiserer at hun til tross for dette har utført merarbeid hver kalendermåned i beregningsperioden.

Videre anfører A at vekten den 5. juli 2022 skal inngå i beregningsgrunnlaget og at behovet for den ikke er bortfalt. A viser til at ekstravakten var begrunnet i vanlig sykefravær, og at koronarestriksjonene på tidspunktet for vekten var fjernet. Hun opplyser at ansatte som hadde korona fikk beskjed om å komme på jobb med munnbind.

Når det gjelder sommervikariatet, så kan ikke A se at dette har betydning for hennes rett til å øke sin faste stilling.

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 den 9. mars 2023. 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 9. mars 2022 til og med 8. mars 2023. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 281,5 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer brutto per år.

Innledningsvis vil nemnda bemerke at arbeidstaker ikke mister sin rett til å fremme tvisten for nemnda ved å takke nei til arbeidsgivers tilbud om en midlertidig stillingsutvidelse i form av et vikariat. Et slikt tilbud vil ikke være en innfrielse av kravet om utvidet fast stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Uenigheten mellom partene i denne saken er om jevnlighetskravet er oppfylt og om behovet for deler av merarbeidet er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønnsmessig 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.

I vurderingen av om merarbeidet har vært utført jevnlig, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Nilsen har kommet til at jevnlighetsvilkåret ikke er oppfylt. I vurderingen har flertallet lagt vekt på at det er flere opphold i merarbeidet, herunder fem opphold på to uker, fire opphold på tre uker, og et opphold på seks uker. I 30 av de totalt 52 ukene i beregningsperioden har A ikke utført merarbeid. Selv om deler av oppholdene skyldes ferieavvikling og begrensede muligheter for merarbeid på grunn av turnus med nattarbeid, har nemndas flertall kommet til at merarbeidet ikke har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden.

Ettersom jevnlighetsvilkåret ikke er oppfylt, har A ikke krav på utvidelse av sin stilling. Det er etter dette ikke nødvendig for flertallet å vurdere hvorvidt behovet for deler av merarbeidet er bortfalt eller ikke.

Nemndas mindretall, medlemmet Solberg, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet går etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. A har en høy stillingsprosent i bunn og en turnus med nattarbeid. Dette gjør det vanskelig å ta på seg merarbeid i større omfang. Til tross for dette har hun utført merarbeid hver måned i beregningsperioden, med unntak av mars 2023 hvor beregningsperioden avsluttes og det bare er åtte dager med i beregningen.

Etter dette har mindretallet kommet til at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden, og merarbeidet fremstår dermed som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Nemndas mindretall går så videre til å vurdere om behovet for merarbeid er bortfalt. Arbeidsgiver har anført at behovet for deler av merarbeidet har falt bort. Helt konkret gjelder dette vakten som er utført 5. juli 2022.

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.»

Mindretallet har kommet til at behovet for ekstravakten som ble utført 5. juli 2022 på ni timer, ikke er bortfalt eller kommer til å falle bort i nær fremtid. Mindretallet viser til at koronarestriksjonene i stor grad var fjernet den 5. juli 2022, og at ansatte som var smittet fikk beskjed om å komme på jobb med munnbind.

Mindretallet har etter dette kommet til at A skal få medhold i sitt krav om å øke sin stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Konklusjon

A har ikke rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

30. mai 2023

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.