



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
20. mai 2022

Vår referanse
2022/1

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 43/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 19. mai 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Marianne Pedersen, Virke

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 pleieassistent på dagtid i helgestilling på 20,79 prosent ved B, med arbeidssted X sykehjem.

Den 15. desember 2021 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 brev datert 22. desember 2021. Avslaget ble begrunnet med at § 14-4 a ikke kom til anvendelse fordi merarbeidet skyldtes begrensninger i antall arbeidssteder på grunn av covid-19-pandemien.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 3. januar 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 3. januar 2022
- e-post av 17. januar 2022
- e-post av 15. februar 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 7. februar 2022

Arbeidstakers anførsler

A gjør i det vesentligste gjeldende at hun har krav på stillingsutvidelse tilsvarende 759,75 timer merarbeid. Hun hevder i hovedsak at det er et løpende behov for merarbeid ved X. Hun viser til at arbeidsgiver selv opplyser at behovet tidligere ble dekket av ansatte ved andre sykehjem, at de er mange deltidsansatte og at det er utstrakt bruk av ekstravakter.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 og en kvalifikasjonsvurdering er ikke relevant. Det må uansett forutsettes at A er godt nok kvalifisert ettersom arbeidsgiver har tildelt henne ekstravakter.

Arbeidsgivers anførsler

B gjør i hovedsak gjeldende at A ikke kan få medhold i sitt krav. Arbeidsgiver hevder i det vesentligste at omfanget av merarbeidet er mindre enn angitt, at A ikke er kvalifisert for stillingsutvidelse og at behovet for merarbeid er redusert som følge av færre tiltak knyttet til covid-19-pandemien.

B hevder videre at A kun har utført 680,25 timer merarbeid og at 88,5 timer øvrig merarbeid skyldtes at hun vikarierte i en vakant stilling.

Fast stilling som går utover helgevakter krever kvalifikasjoner som blant annet fagbrev/godkjent norsk autorisasjon for å utføre selvstendige vakter. A har ikke fullført

utdanning som helsefagarbeider eller tilbudte yrkesrelevante kurs som for eksempel legemiddelhåndtering.

På grunn av smitterisiko var det begrenset mulighet til å utføre oppgaver ved andre sykehjem og flere måtte utføre merarbeid ved X for å dekke vakante vakter og tilby forsvarlige tjenester. I tillegg har arbeidsgiver forsøkt å bøte på at arbeidstakerne ikke har kunnet jobbe andre steder.

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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 15. desember 2021. 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 15. desember 2020 til og med 14. desember 2021.

Slik saken er opplyst lar det seg ikke gjøre å fastslå nøyaktig hvor mange timer merarbeid arbeidstaker har utført i beregningsperioden, eller på hvilke dager arbeidet er utført. Nemnda viser til at innsendte lønns slipper viser antall merarbeidstimer per måned og at A har arbeidet 759,75 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med desember 2020 til og med november 2021, noe som utgjør en forskyvning på to uker i forhold til beregningsperioden. Ettersom arbeidsgiver til tross for flere anmodninger har unnlatt å fremlegge en mer nøyaktig fremstilling eller dokumentasjon av merarbeidet, og ikke har kommentert arbeidstakers brev, har nemnda lagt til grunn dette timetallet. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder om A er kvalifisert for stillingsutvidelse, hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, samt hvorvidt behovet for hennes merarbeid er bortfalt.

B har anført at A ikke har den tilstrekkelige faglige kompetansen til å få utvidet stilling. Etter nemndas oppfatning gir slike forhold ikke adgang til å frata arbeidstaker rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, så lenge merarbeidet som har blitt utført oppfyller kravene i § 14-4 a, jf. blant annet nemndas vedtak 151/20.

Slik nemnda forstår opplysningene i saken hevder B at 88,5 timer av merarbeidet ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget ettersom dette var vakter i en vakant stilling. Arbeidsgiver

viser også til at årsaken til en del av merarbeidet skyldtes tiltak for å begrense smitte mellom sykehjem under covid-19-pandemien.

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 avgrensner 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 en 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.

De nevnte vaktene på til sammen 88,5 timer inngår dermed i beregningsgrunnlaget.

B har ikke svart på om de mener merarbeidet er jevnlig utført og dette er heller ikke kommentert i avslaget overfor arbeidstaker. Nemnda viser til at A har utført mellom 45 og 82 timer merarbeid hver måned i beregningsperioden og legger etter dette til grunn at jevnlighetsvilkåret er oppfylt.

B har anført at behovet for As merarbeid ikke lenger foreligger. Arbeidsgiver viser til at det var en ekstraordinær situasjon på grunn av covid-19-pandemien. Denne førte til at det var et redusert antall tilkallingsvakter, mangel på ansatte som kunne jobbe ved kollegaers fravær på grunn av karantene, syke eller hadde ferie.

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 merarbeid 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.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid har bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Det er ikke konkretisert eller dokumentert hvilke tiltak arbeidsgiver har iverksatt som eventuelt gjorde at behovet ikke lenger foreligger, det er kun anført at behovet for merarbeid ikke lenger er like stort på bakgrunn av utviklingen i pandemien. 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. Bestemmelsen oppstiller imidlertid et klart dokumentasjonskrav, og nemnda kan ikke se at det i foreliggende sak er tilstrekkelig dokumentert at behovet for merarbeid er bortfalt eller kommer til å falle bort i nær fremtid. Arbeidsgiver har ikke dokumentert eller identifisert hvilket merarbeid som skal ha falt bort.

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. 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 har arbeidet 759,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 45,53. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 66,32.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 45,53.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

20. mai 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.