



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
29. april 2022

Vår referanse
2021/224

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 39/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 28. april 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Silje Hassellund Solberg, LO
Mårten Brandsnes Faret, KS

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 hjelpepleier i stilling på 50 prosent i B kommune, ved X sykehjem og X Hjemmetjeneste.

Den 6. september 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 12. oktober 2021. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 4. november 2021. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 4. november 2021
- e-post av 18. november 2021
- e-post av 24. januar 2022
- brev datert 18. februar 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 6. januar 2022
- brev datert 10. februar 2022

Arbeidstakers anførsler

A hevder i det vesentligste at hun har rett til utvidet stilling tilsvarende 419 timer utført merarbeid i beregningsperioden.

Merarbeidet som er utført er dokumentert ved timelister. Oppholdene i merarbeidet skyldes sykemelding etter operasjon og at hun fikk få eller ingen vakter til tross for at arbeidsgiver hadde behov. Sykefraværet er omtrent det samme som før og det er fremdeles mange vakanser i turnusen, så behovet for merarbeidet har ikke falt bort.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune hevder i det vesentligste at A ikke kan få medhold i sitt krav.

Noen av timene A har ført opp er ikke utført, og merarbeidet har ikke vært jevnlig selv om man ser bort fra sykemeldingsperioden. For eksempel er det opphold i perioden 22. januar – 1. mars og 4. mars – 31. mars 2021.

I januar og februar 2021 var det ikke like stort behov for merarbeid og derfor ble A tilbudt færre vakter.

Behovet for merarbeidet har ikke falt helt bort, men sykefraværet har gått betraktelig ned.

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 nestleder 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 6. september 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 6. september 2020 til og med 5. september 2021. Vaktoversikt A har forelagt nemnda viser at hun har arbeidet 419 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget, og om jevnlighetskravet er oppfylt. Nemnda tolker også arbeidsgivers uttalelse om redusert sykefravær slik at kommunen mener noe av behovet for merarbeidet har bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget. Partene er uenige om enkelte vakter i perioden er utført eller ikke og i noen tilfeller lengden på vaktene. Arbeidsgiver anfører at merarbeidet utgjør 394,5 timer og at arbeidstaker har ført opp 4 vakter som ikke er utført/er faste vakter.

Det følger av arbeidsmiljøloven § 10-7 at arbeidsgiver har plikt til å ha oversikt over arbeidstiden til arbeidstakeren. Som oftest gjøres dette ved hjelp av timeregistreringssystemer, slik er det også i denne saken. Nemnda viser til de innsendte timelistene og finner det dokumentert at arbeidstaker også utførte merarbeid hhv. 8. april, 27. mai, 13. og 15. oktober 2021 som er dager arbeidsgiver anfører ikke skal tas med og at hun totalt har utført 419 timer merarbeid i beregningsperioden.

Nemnda går så over til vurderingen av 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 går fram 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 under noe tvil kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A 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 har hatt ekstravakter hver måned i perioden, bortsett fra i desember da hun var sykmeldt og februar måned. Nemnda finner 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.

Nemnda tolker arbeidsgivers opplysninger slik at de anfører at noe av behovet for As merarbeid har falt bort som følge av reduksjon i sykefraværet.

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 arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid, helt eller delvis, var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Nemnda viser til at arbeidsgiver opplyser at sykefraværet var høyt da A var leid inn på ekstra vakter uten å konkretisere eller dokumentere dette nærmere.

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 419 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 25,11. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 75,11.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 25,11.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

29. april 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.