



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
18. oktober 2022

Vår referanse
2022/71

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 95/22 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 i helgestilling på 14,73 prosent hos B, for tiden ved X avdeling 2.

Den 20. 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 26. april 2022. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet skyldes ekstraordinært behov under covid-19-pandemien og at behovet for merarbeidet ikke lenger var like stort.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 28. april 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 28. april 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 22. juli 2022
- brev datert 1. september 2022

Arbeidstakers anførsler

A anfører at han har rett til stillingsutvidelse til 51,81 prosent på bakgrunn av 684,6 timer utført merarbeid i beregningsperioden. A hevder ekstraarbeidet er jevnlig utført og at arbeidsgiver ikke har dokumentert at behovet for det har falt bort. Tilbudet om en stilling på 21,07 prosent og et eventuelt sommervikariat anses som et avslag på kravet. Arbeidsgivers argumenter taler for at A skal få utvidet fast stilling, det vises blant annet til hensynene til beboerne som fikk færre å forholde seg til da det var begrensninger i antall arbeidssteder.

Arbeidsgivers anførsler

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

B anfører primært at A ikke kan få medhold i sitt krav, og viser til han har takket nei til de tilbud han har fått om utvidet stilling, sommervikariat og mulig høyere stillingsbrøk i en annen avdeling ved B. Covid-19-pandemien utgjør en ekstraordinær situasjon som lovgiver ikke har tatt høyde for og som gjør at kravet må avvises. Dette mener B også medfører at merarbeidet ikke nødvendigvis må formaliseres gjennom en avtale for å trekkes ut av beregningsgrunnlaget.

B er uenige i timetallet A har lagt til grunn for kravet. Merarbeidet som går fram av timelistene er 657,47 og tilsvarer en stillingsutvidelse på 35,61 prosent.

B anfører at en eventuell stillingsutvidelse i så fall må avkortes med 30 prosent som tilsvarer den gjennomsnittlige forskjellen mellom sykefraværet under beregningsperioden og en normalperiode ved sykehjemmet. De viser også til at situasjonen har normalisert seg pr. april 2022 med hensyn til tilgangen på personell og opphør av begrensninger i antall arbeidssteder. B viser også til at til sammen 57 av 65 ansatte ble nødt til å ta permisjon eller avslutte å jobbe ved X på dagen den 29. mars 2020. På avdeling 2 gjaldt dette 14 av 15 ekstravakter/ansatte, inkludert 3 faste helgeansatte helsefagarbeidere/pleieassistenter og 4 av 4 sykepleiere inkludert 1 fast ansatt i deltidsstilling.

Når bortfalt behov på grunn av sykefraværsreduksjon hensyntas, tilsier dette at A har krav på maksimalt 25 prosent stillingsutvidelse til 39,73 prosent.

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 20. 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 20. april 2021 til og med 19. april 2022.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder om kravet kan avvises på grunn av tilbud arbeidsgiver har gitt, hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, hvilken stillingsprosent merarbeidet tilsvarer, om A kan pålegges arbeid ved andre avdelinger, samt om behovet for merarbeidet har falt bort.

B har anført at saken må avvises fordi A har avslått arbeidsgivers tilbud om utvidelse av stillingen. Til dette bemerker nemnda at den må ta stilling til As krav uavhengig av tilbudene, så lenge det foreligger en tvist mellom partene om hvilken stillingsutvidelse han eventuelt har rett til. Resultatet i nemndsbehandlingen vil vise om tidligere tilbud har vært i samsvar med hva A har rett til eller ikke. Arbeidstaker mister ikke sin rett til å fremme tvisten for nemnda ved å takke nei til stillingsutvidelser. En midlertidig stillingsutvidelse i form av et vikariat vil uansett ikke være en innfrielse av kravet om utvidet fast stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B har anført at merarbeidet skyldes covid-19-pandemien og at det ikke nødvendigvis må formaliseres i et vikariat eller lignende 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 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 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.

Når det gjelder omfanget av As merarbeid, viser nemnda til de innsendte arbeidslistene der det er dokumentert at han har arbeidet totalt 929,75 timer i beregningsperioden. 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 929,75 timer utgjør en stillingsprosent på 55,72.

Det går ikke fram av arbeidslistene hva som er merarbeid og hva som er faste vakter. Fratrukket 245 timer i den faste stillingen på 14,73 prosent gjenstår 684,75 timer som A har arbeidet utover sin avtalte arbeidstid i beregningsperioden.

Arbeidsgiver har anført at A ved en stillingsutvidelse vil bli brukt på andre avdelinger i B.

Nemnda viser til Prop. 83 L (2012-2013), punkt 4.4.4.6 der departementet forklarer hva retten til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid innebærer: «Deltidsansatte som oppfyller vilkårene etter bestemmelsen har rett til stilling i samsvar med det merarbeidet som er utført. Det innebærer en rett til stilling med samme omfang (stillingsstørrelse), arbeidssted og vakter tilsvarende merarbeidet vedkommende har utført i løpet av beregningsperioden.»

A er ansatt ved B, for tiden ved X sykehjem avdeling 2 og det er også der hans merarbeid er utført. Til tross for at A er ansatt i et selskap med flere ulike avdelinger og geografisk spredte lokasjoner, er hans arbeidssted fastsatt i arbeidskontrakten slik arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav b krever. Et tilbud om endret arbeidssted, vil slik nemnda ser det derved ikke oppfylle hans rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Nemnda påpeker imidlertid at den ved dette ikke har tatt stilling til om arbeidsgiver i kraft av styringsretten kan pålegge A endringer i arbeidssted etter at han har fått utvidet stillingsstørrelsen. Nemnda har heller ikke kompetanse til å ta stilling til dette spørsmålet. Nemnda viser også til vedtak 73/22, 92/21, 158/19 og 244/17 der nemnda kom til tilsvarende resultat på samme problemstillinger.

Arbeidsgiver har anført at behovet for As merarbeid ikke lenger er like stort fordi sykefraværet er redusert og situasjonen normalisert pr. april 2022, samt at de ansatte igjen

kan jobbe ved flere institusjoner. A hevder 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 merarbeidet 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.

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for deler av merarbeidet har bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid.

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. Til tross for at arbeidsgiver i saken har sannsynliggjort at deler av merarbeidet kan ha

bortfalt, gir imidlertid ikke den fremlagte dokumentasjonen grunnlag for at nemnda kan ta stilling til om behovet er bortfalt for As vedkommende. Samlet sett har nemnda derfor kommet til at arbeidsgiver ikke har dokumentert omfanget av det bortfalte behovet i tilstrekkelig grad.

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 684,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 41,04. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 55,77.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 41,04.

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.