



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
16. desember 2022

Vår referanse
2022/123

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR 127/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 15. desember 2022.

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 helsefagarbeider i stilling på 16,67 prosent hos B, for tiden med arbeidssted ved X sykehjem.

Den 10. mai 2022 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

I e-post av 1. juli 2022 fikk A tilbud om en stilling på 25,63 prosent i helgene. Ytterligere utvidelse av stillingen ble avslått og begrunnet med at bortsett fra i helgene, var det for tiden ikke ledige stillinger for helsefagarbeidere.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 27. juli 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 27. juli 2022 med vedlegg
- e-post av 14. september 2022 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 26. august 2022 med vedlegg
- e-post av 1. september 2022 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 månedene og anfører i det vesentligste at hun jevnlig har utført merarbeid og at behovet for merarbeidet fremdeles foreligger.

A viser til at behovet for merarbeid i Sykehjemsetaten i Z kommune har vært omtrent det samme både før, under og etter Covid-19-pandemien. Dette gjelder også for B.

A anfører videre at grunnbemanningen er for lav. Hun peker på at B hadde 65 arbeidstakere med timelønnsavtaler ved X sykehjem før pandemien. Nettopp dette indikerer at behovet for merarbeid var der allerede før pandemien. A anfører uansett at arbeidsgiver ikke har dokumentert at behovet for merarbeidet har bortfalt.

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 utgjorde etter arbeidsgivers syn en ekstraordinær situasjon som lovgiver ikke har tatt høyde for. Dette tilsier at merarbeid utført

under pandemien ikke må ha blitt formalisert i avtale for at det skal kunne trekkes ut av beregningsgrunnlaget.

Primært anfører B at det er en kvalitativ forskjell i driftssituasjonen. B viser til at sykefraværet ved avdelingen der A i hovedsak har arbeidet er redusert. Videre er situasjonen etter pandemien normalisert per april 2022, både med hensyn til tilgangen på personell og som følge av at det ikke lenger er begrensninger i antall arbeidssteder. Arbeidsgiver opplyser at sykefraværet for vikarer er redusert fra 463 timer til 221 timer, noe som tilsvarer en reduksjon på 52 prosent. Det er dermed mulig å planlegge driften på en annen måte, som gjør at det ikke vil være behov for tilkallingsvikarer i en slik grad at jevnlighetskravet vil bli oppfylt.

Subsidiært anfører B at reduksjonen i sykefraværet bør legges til grunn som en indikasjon på reduksjonen behovet for A sin arbeidskraft. En eventuell utvidelse må derfor avkortes tilsvarende forskjellen mellom sykefraværet i den avdelingen A i hovedsak har arbeidet i januar og mai. Den økte stillingsbrøken vil da bli 30 prosent, slik hennes samlede stillingsbrøk vil bli 46,67 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 10. mai 2022. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 10. mai 2021 til og med 9. mai 2022. Nemnda har ikke fått forelagt noen vaktoversikt, men partene er enige om at A har arbeidet 1047 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Arbeidsgiver har uttalt klart overfor nemnda at det kun er vilkåret om at behovet for merarbeid fremdeles må foreligge som bestrides. Nemnda legger derfor til grunn at partene er enige om merarbeidets omfang og at det har vært utført jevnlig.

Arbeidsgiver har anført at behovet for As merarbeid ikke lenger foreligger fordi sykefraværet er redusert og situasjonen etter pandemien er normalisert per april 2022 med hensyn til tilgangen på personell og opphør av begrensninger i antall arbeidssteder. A har på sin side anført 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 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.

Nemnda er enig med arbeidsgiver i at Covid-19-pandemien utgjorde en ekstraordinær situasjon og mener det er sannsynlig at B på lik linje med mange andre helseinstitusjoner hadde økt behov for merarbeid som følge av pandemien. Nemnda legger derfor i utgangspunktet til grunn at det på avslagstidspunktet den 1. juli 2022 var sannsynlig at behovet for merarbeid var falt bort.

Bestemmelsen oppstiller imidlertid et dokumentasjonskrav, og nemnda kan ikke se at det i denne saken er tilstrekkelig dokumentert at behovet for merarbeid er bortfalt eller kommer til å falle bort i nær fremtid.

Nemnda viser til at statistikken arbeidsgiver har fremlagt gjelder «Sykefravær for pleie og sosial omsorg, barnehager mv.», på landsbasis årene 2019-2022. Dette er etter nemndas oppfatning ikke dokumentasjon som i tilstrekkelig grad sannsynliggjør den anførte endring i sykefraværet før, under og etter pandemien ved X sykehjem. Videre har nemnda ikke fått As timelister for beregningsperioden og arbeidsgiver har heller ikke på annen måte dokumentert eller identifisert hvilket av hennes merarbeid som skal ha falt bort. 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 og eventuelt i hvilket omfang behovet er bortfalt for As vedkommende. Samlet sett har nemnda derfor kommet til at arbeidsgiver ikke har dokumentert 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 1047 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 62,75. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 79,42.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 62,75.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

16. desember 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.