



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato

5. desember 2022

Vår referanse

2022/142

Saksbehandler

Katarina Torrissen Revang

VEDTAK NR 120/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 1. desember 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder

Ingrid Tordis Enoksen, Unio

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 kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som helsefagarbeider i stilling på 84,86 prosent i B kommune.

Den 10. august 2022 fremsatte A krav om stillingsutvidelse til minimum 92,73 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 30. august 2022. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

A var helt eller delvis sykmeldt i perioden fra 14. oktober 2021 til 14. januar 2022 (uke 41 i 2021- uke 2 i 2022):

- uke 41-43: 100 prosent
- uke 44: 50 prosent
- uke 45-50: 100 prosent
- uke 51-2: 80 prosent

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 19. september 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 19. september 2022
- brev datert 30. september 2022
- brev datert 4. november 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 21. oktober 2022
- brev datert 4. november 2022

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 månedene og anfører i det vesentligste at merarbeidet er utført jevnlig. Det vises til at hun de siste 12 måneder har arbeidet utover avtalt arbeidstid tilsvarende et gjennomsnitt på 92,73 prosent stilling. Det vises til at hun har høy stillingsprosent i bunn, som i seg selv vanskeliggjør mulighet til å ta merarbeid. Arbeidstaker mener videre at behovet for merarbeidet som var knyttet til pandemien ikke har bortfalt.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune gjør gjeldende at A ikke har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 månedene og anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig.

Kommunen viser til at A i flere lengre perioder ikke har utført merarbeid, og det vises særlig til slik en periode på nesten fire måneder. Videre anfører kommunen at det i perioden fra 27. august 2021 til 28. januar 2022 kun er arbeidet 18,5 timer merarbeid.

I tillegg peker kommunen på ytterligere tre opphold i merarbeidet som strekker seg fra 18 til 33 dager og at A i seks av 12 måneder har jobbet enten ingen, eller bare én ekstravakt. Kommunen mener at praksis fra nemnda støtter at jevnlighetskravet med dette ikke er oppfylt, og viser blant annet til sak 52/22, 55/22, 71/22 og 83/22.

Dersom nemnda kommer til at merarbeidet er utført jevnlig, anfører kommunen at behovet for 28 av timene er falt bort. Dette er koronarelatert merarbeid utført i februar og mars 2022.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 10. august 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 10. august 2021 til og med 9. august 2022. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 166 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Arbeidsgiver har anført at det i perioden 27. august 2021 til 28. januar 2021 kun er arbeidet 18,5 timer merarbeid. Dette stemmer ikke med timelister som er sendt inn. Av disse fremgår det at A har arbeidet til sammen 28,5 timer merarbeid i perioden; henholdsvis 7 timer 28. og 29. august og 26. september 2021 og 7,5 timer 8. oktober 2021.

A har ikke utført merarbeid mellom uke 41 i 2021 og slutten av uke 4 i 2022. A var helt eller delvis sykmeldt i fra og med uke 41 i 2021 til uke 2 i 2022, som er 14 uker. Perioden med opphold er dermed litt lenger enn sykdomsperioden, da den strekker seg over nesten 16 uker. Perioden er plassert mot slutten av første halvdel av beregningsperioden. Før og etter denne er det to opphold i merarbeid, begge på omtrent fire uker. Utover dette er det med unntak av ett tilfelle hvor det er utført merarbeid to uker etter hverandre, et fast mønster med at A har utført merarbeid annenhver uke. De ukene A har utført merarbeid, varierer timeantallet mellom 4 og 14,5 timer.

Nemnda vil først ta stilling til hvorvidt merarbeidet er utført jevnlig.

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.

B kommune har vist til sak 83/22. I denne saken var det ett opphold på 19 uker/litt over 4 måneder samt to opphold på henholdsvis to og nesten tre uker som følge av sykdom. Nemnda uttalte derfor at beregningsgrunnlaget til å vurdere jevnligheten var mangelfullt. Utenfor sykdomsperiodene var det kun utført 75 timer merarbeid, disse var spredt, og det var også opphold på henholdsvis fire og tre uker som ikke skyldes ferie eller annet fravær. Nemnda vurderer at gjeldende sak skiller seg vesentlig fra sak 83/22. Nemnda viser til at det i gjeldende sak er én lengre sykdomsperiode i første halvdel av beregningsperioden, i tillegg til at omfanget utført merarbeid er over det dobbelte.

Kommunen har videre vist til sak 52/22 og 55/22. I begge sakene var det opphold på henholdsvis 11 og 13 uker, men uten at dette skyldtes sykdom. I tillegg hadde arbeidstakerne lavere stillingsprosent enn i denne saken. Nemndas syn er derfor at sakene i svært liten grad er veiledende for hva resultatet skal bli i denne saken.

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

Nemndas flertall, medlemmet Rogstad og medlemmet Enoksen, har etter en konkret helhetsvurdering 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. Flertallet viser til at A har en høy stilling i bunn og derved et tett program i sin ordinære stilling. Likevel har hun hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden, bortsett fra perioden hun var sykmeldt i november og desember. Flertallet har i vurderingen vektlagt at merarbeidet har vært stabilt gjennom beregningsperioden ved at det er utført merarbeid minst annenhver uke i beregningsperioden, bortsett fra to opphold i merarbeid på omtrent fire uker. A har avviklet én uke ferie i uke 29, og den er avviklet i en uke hvor det typisk ikke er utført merarbeid. Flertallet finner etter dette at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og

stabilitet i tolv månedersperioden og at merarbeidet fremstår som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Nemndas mindretall, medlemmet Nilsen, har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig. Det vises til at selv om A har en høy stilling i bunn, har ikke merarbeidet som faktisk er utført i beregningsperioden, tilstrekkelig omfang, hyppighet eller stabilitet til at jevnlighetskravet er oppfylt. Utover det lange oppholdet på 15 uker hvor 14 av disse skyldes sykmelding, er det i tillegg to opphold på omtrent fire uker. Videre er omfang merarbeid som er utført svært variabelt, da det strekker seg fra mellom alt fra fire til 14,5 timer. Mindretallet har etter dette kommet til at jevnlighetskravet i § 14-4 a ikke er oppfylt, og at A derfor ikke kan få medhold.

Flertallet går så videre til å vurdere om behovet for merarbeid er bortfalt. Arbeidsgiver har videre anført at 28 timer av merarbeidet har falt bort, da det er koronarelaterte vakter. 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 merarbeidet i tiden framover.»

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 eller liknende.

Slik denne saken er opplyst, har flertallet kommet til at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har dokumentert at 28 timer (fire vakter på 7 timer) av merarbeidet har falt bort. Disse er koronarelaterte, og flertallet mener det er sannsynlig at kommunen har hatt økt behov for merarbeid for helsefagarbeidere og annet helsepersonell som følge av pandemien, som utgjør en ekstraordinær situasjon. Flertallet legger derfor i utgangspunktet til grunn at det er sannsynlig at dette behovet for merarbeid vil falle bort nå som pandemien så å si er over. Dette er i samsvar med nemndas praksis, se blant annet sak 95/22 og 96/22.

Bestemmelsen oppstiller et dokumentasjonskrav. Flertallet har kommet til at det er tilstrekkelig dokumentert at vaktene som er markert som koronarelatert i timelistene har falt bort, og viser også til at arbeidstaker ikke har bestridt årsaken til vaktene.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden, fratrukket merarbeidet som har oppstått i forbindelse med Covid-19-pandemien. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar flertallet utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter flertallets oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto

årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. Når merarbeidet det ikke lenger er behov for trekkes fra, gjenstår 138 timer som A har arbeidet utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Dette tilsvarer en stillingsprosent på 8,45.

A har etter dette rett til økning av sin stilling med 8,45 prosent slik at samlet stillingsprosent blir 93,31.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 8,45 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

5. 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.