

**Vedtaksdato**

15. juni 2023

Vår referanse

2023/58

Saksbehandler

Anniken Sætran Hansen

VEDTAK NR 62/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 8. juni 2023.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen Rogstad, nestleder

Silje Hassellund Solberg, LO

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 kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som pleiemedarbeider i stilling på 18,08 prosent ved X omsorgssenter avdeling 2 i B kommune.

Den 18. januar 2023 fremsatte Fagforbundet på vegne av A, et krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. I kravet opplyste A at hun hadde arbeidet 691, 5 timer i merarbeid, noe som tilsvarer en fast stilling på totalt 59, 52 prosent. I ettertid, har kravet blitt nedjustert til 465 timer, som tilsvarer en fast stilling på totalt 45, 94 prosent.

Kravet ble avslått av B kommune i brev av 28. februar 2023. Avslaget ble begrunnet med at A har hatt et høyt sykefravær og har byttet mange vakter. Arbeidsgiver mener at hun derfor må vise at hun kan stå i stillingen før de eventuelt vil vurdere økt stilling.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 28. februar 2023. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 28. februar 2023
- brev datert 2. mars 2023
- brev datert 24. april 2023

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 16. mars 2023

Arbeidstakers anførsler

Arbeidstaker mener at hun har rett på økt stilling tilsvarende faktisk arbeidstid fordi merarbeidet har vært jevnlig. Hun er ikke enig i arbeidsgivers anførsel om at sykefravær/egenmeldinger og bytte av vakter, er grunnlag for å avslå hennes krav.

Fraværet skyldes at hun har fått en diagnose som hun har ventet på en operasjon for. Operasjonen ble gjennomført den 31. januar 2023. Det betyr at hun fremover vil være mer til stede på jobb. Hun viser til at hun til tross for at hun har vært syk, har hun tatt på seg ekstravakter og hele tiden vært åpen overfor arbeidsgiver om hennes situasjon.

Hun setter spørsmålstegn ved arbeidsgivers påstand om at fraværet ikke nødvendigvis vil bedre seg i fremtiden og at hun må «bevise» at hun klarer å stå i sin opprinnelige stilling. Hun viser til legeattest som dokumenterer at hun har fått behandling for de helseplagene hun hadde.

Årsaken til at hun har byttet vakter, skyldes hennes politiske engasjement som folkevalgt, hvor hun har deltatt på kurs og konferanser. Hun har derfor byttet vakter istedenfor å be om fri. I noen tilfeller har hun hatt rett på fri med lønn. Hun viser til at vaktene alltid har blitt

godkjent av leder. Vaktene som ble byttet på grunn av dette var følgende datoer: 27. januar til 29. januar 2022, 1. april til 4. april 2022 og 28. oktober til 31. oktober 2022.

Videre mener arbeidstaker at merarbeidet har vært jevnlig. Oppholdene i perioden kan delvis forklares med sykefravær og ferieuttak. Hun hadde et opphold på fem uker fra uke 4 til uke 8 i 2022. I denne perioden var hun sykemeldt for korona fra 3. februar til 13. februar. Det er derfor naturlig at hun ikke tok på seg ekstravakter i denne perioden, da korona kan sitte lenge i kroppen. Videre tok hun ut kun ni dager ferie i 2022. Ettersom hun hadde ferie i uke 31, er det derfor naturlig at hun ikke valgte å ta ekstravakter i uke 32 og 33, da hun ikke hadde ordinære vakter.

Arbeidsgivers anførsler

Arbeidsgiver viser til at A har hatt et høyt sykefravær på sin opprinnelige stilling på 18,08 prosent, ca. 3,22 prosent kun på helg. Hvis en tar med fravær på ekstravakter, så er fraværet på ca. 12 prosent. Arbeidsgiver mener det tilsier at hun ikke kan stå i en større stilling. De har forståelse for at hun har vært til utredning og har en diagnose, men at det ikke vil si at det blir mindre fravær fremover, da det ikke bare er det sist halve året hun har hatt fravær.

Videre viser arbeidsgiver til at A har byttet mange vakter. Det er kun 8 av 18 helger som er jobbet etter opprinnelig turnus.

Arbeidsgiver mener at A har jobbet sporadiske vakter, men at det ikke har vært jevnlig. Flere av vaktene har vært for sykepleier som har hatt fravær. Dette har vært vakter med relativ kort varsel på grunn av sykdom.

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 18. januar 2023. 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 18. januar 2022 til og med 17. januar 2023. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 464,5 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har opplyst at flere av vaktene arbeidstaker har utført, har vært vakter hvor det har vært sykepleier som har hatt fravær. I innsendt timeoversikt har arbeidsgiver kommentert hvilke vakter som har vært sykepleierturnus. Nemnda legger til grunn at arbeidsgiver anfører at disse vaktene skal tas ut av beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har markert i innsendt timeskjema at 57 timer (åtte vakter) av merarbeidet har vært vakter som er tillagt stillinger for sykepleiere. Nemnda bemerker at det i utgangspunktet er arbeidsgiver som fastsetter kompetansesammensetningen i virksomheten og hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde for den enkelte stilling. Nemnda bør i begrenset grad prøve arbeidsgivers vurdering av dette.

Slik saken er opplyst kan ikke nemnda se at vaktene som tilhørte sykepleier skal tas ut av beregningsgrunnlaget. Nemnda legger vekt på at kommunen ikke har dokumentert at de har forsøkt å dekke opp vaktene med kvalifisert personell før de valgte at A skulle ta vaktene. Etter en konkret vurdering har nemnda derfor kommet til at også den delen av merarbeidet som er utført i vakter tilhørende sykepleier skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret er oppfylt.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» 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.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlign 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 det har blitt utført merarbeid i nesten hver kalendermåned i beregningsperioden, utenom i februar hvor arbeidstaker var sykemeldet i to uker. Nemnda legger vekt på at noe av oppholdet kan forklares med uttak av ferie og sykefravær, og at ekstraarbeidet utover dette har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver viser til at A har et høyt sykefravær, og at hun dermed må vise at hun kan stå i en større stilling før hun eventuelt kan få utvidet stillingen sin. Etter nemnda sin oppfatning gir ikke slike forhold grunnlag for å frata arbeidstaker rett til utvidet stilling, så lenge merarbeidet som er utført, medfører at jevnlighetskriteriet er oppfylt.

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 464,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 27,84. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på totalt 45,92.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 27,84 etter arbeidsmiljøloven § 14- 4 a.

Twisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

15. juni 2023

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 Twisteløsningsnemndas 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.