



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato

23. september 2021

Vår referanse

2021/102

Saksbehandler

Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 109/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 23. september 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer Sjøkk

Steffen G. Rogstad, nestleder

Vetle Wetlesen Rasmussen, YS

Marianne Pedersen, Virke

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 assistent i stilling på 66,90 prosent hos B kommune. Hennes faste arbeidssted var ved Z sykehjem. I desember 2020 byttet hun til det nye C sykehjem ettersom det var ledige stillinger der.

B kommune har omorganisert tjenesten. Det er tatt i bruk et nytt sykehjem og en avdeling ved X sykehjem er lagt ned. Nedleggelsen ble iverksatt fra 1. april 2021 og pasientene ble i hovedsak overført til andre sykehjem, og 10-15 ansatte ble overført til andre avdelinger, hovedsakelig til Z sykehjem. Merarbeidet er i hovedsak utført ved Z sykehjem.

Den 24. februar 2021 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Det ble avholdt drøftingsmøte den 26. mars 2021.06.29.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 6. april 2021. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var jevnlig.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 5. mai 2021.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 5. mai 2021
- brev datert 6. mai 2021
- brev datert 31. mai 2021
- brev datert 29. juni 2021
- brev datert 2. juli 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 14. juni 2021

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet er utført jevnlig. Hun anfører at det er en begrensning i hvor mye merarbeid hun kan påta seg i tillegg til sin faste stilling uten at det vil utløse overtid, noe de skal de unngå. Hun anfører å ha fravær som må hensyntas i jevnlighetsvurderingen da hun har avvirket ferie og hatt sykefravær på grunn av karantene bestemmelser i den pågående pandemien.

Videre anfører A at merarbeidet ikke er bortfalt og at bytte av arbeidssted ikke er en del av omorganiseringen. Hun byttet arbeidssted i desember 2020, før omorganiseringen ble gjennomført. Hun anfører at det meste av merarbeidet er utført ved Z og C, og at hun i beregningsperioden har jobbet 8 ekstravakter ved X sykehjem.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at det ikke er utført jevnlig merarbeid i perioden da det er flere uker uten merarbeid i perioder.

Arbeidsgiver anfører også at det etter avslaget er gjennomført organisatoriske endringer som gjør at behovet for merarbeid er bortfalt. Den avdelingen (X) som A jobbet i, ble nedlagt fra 1. april 2021. Behovet for merarbeid er med det redusert.

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 den 24. februar 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 24. februar 2020 til og med 23. februar 2021. Oversikt over timer som arbeidsgiver har forelagt nemnda viser at A har arbeidet 236 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. A har ført opp 131,25 timer merarbeid i tillegg. 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, samt hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

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 som 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».

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som inngår i beregningsgrunnlaget. Arbeidsgiver har levert inn en oversikt på 236 timer utført merarbeid i beregningsperioden. A er enig i at disse timene er merarbeid, men har i tillegg anført 131,25 timer merarbeid. Nemnda er forelagt timelister og lønns slipper som underbygger timeantallet.

Arbeidsgiver har ikke etterkommet nemndas anmodning om å kommentere denne uenigheten.

A og arbeidsgiver har levert inn timeoversikt med ulikt antall timer. Arbeidsgiver har unnlatt å kommentere denne uenigheten. Nemnda legger etter dette arbeidstakers opplysninger til grunn, at merarbeidet som er utført i beregningsperioden er 353,42 timer.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a 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.

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 kommer frem 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 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 i de fleste av årets måneder i beregningsperioden utenom et opphold på åtte uker i februar og mars, hvorav hun var sykemeldt i til sammen fire uker. I tillegg har hun et opphold på fem uker i juni, juli hvor hun var sykemeldt i tre uker. Noe av fraværet er relatert til den lave terskelen for sykefravær i forbindelse med pandemien.

Langvarig sykefravær kan medføre at nemnda ikke har tilstrekkelig grunnlag for å vurdere hvorvidt merarbeidet fremstår som etablert praksis. Jevnlighetskravet vi i så fall ikke anses oppfylt. Sykefraværets lengde må imidlertid vurderes sammen med omfang og stabilitet av merarbeidet i øvrige deler av perioden. Slik nemnda ser det har As merarbeid i det øvrige av opptjeningsperioden vært så stabilt at det er grunnlag for å konkludere med at ekstraarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Nemnda har kommet til at kravet til jevnlig merarbeid utover avtalt arbeidstid er oppfylt. Slik saken er opplyst, framstår det samlede merarbeidet etter nemndas syn som jevnt fordelt utover tolv månedsperioden og som utslag av en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har anført at behovet for arbeidstakers merarbeid ikke lenger foreligger. 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.»

Etter nemndas vedtak 129/16 og senere praksis i nemnda vil det være avgjørende om arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver tok stilling til arbeidstakers krav – under forutsetning av at dette skjedde innen rimelig tid. Arbeidsgiver skal ikke kunne trenere saken i påvente av endringer som kan frata arbeidstaker en opparbeidet rettighet. Nemndas syn er at utviklingen etter tidspunktet for arbeidsgivers avslag ikke er relevant. En vesentlig presisering må imidlertid gjøres. Selv om ordlyden tilsier at behovet for merarbeid allerede må være bortfalt for at arbeidstakers krav skal være avskåret, følger det ganske klart av forarbeidene at også en sannsynlig utvikling i nær fremtid vil kunne ha samme virkning. 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 sykdom, permisjonsopphold e.l.

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt eller kommer til å falle bort i nær fremtid. Nemnda legger til grunn at det er gjennomført omorganisering i kommunen ved at en avdeling er lagt ned og pasientene og de ansatte er overført til andre sykehjem. Nemnda ser ikke at det er mindre behov for merarbeid, all den tid det er opplyst at pasientene er overført til andre avdelinger ved Z sykehjem. Antall pasienter og personell er som tidligere, og det fremstår som at behovet for personell vil være som tidligere.

Nemnda finner ikke at A var omfattet av de anførte personellendringene, og merarbeidet er i all hovedsak utført ved to andre sykehjem enn ved avdeling X som ble nedlagt i april 2021.

Nemnda har kommet til at B kommune ikke har sannsynliggjort eller konkretisert at merarbeidet har bortfalt.

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 353,42 timer utover avtalt arbeidstid i

beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 21,18. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 91,08.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 21,18.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

23. september 2021

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.