



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
15. oktober 2021

Vår referanse
2021/120

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 122/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 14. oktober 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
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 helsefagarbeider i stilling på 37,34 prosent ved X og Z hjemmebaserte tjenester, avdeling C Bofellesskap hos B kommune. B kommune har delvis innvilget kravet ved å øke stillingsprosenten med 9,76 prosent fra 27,58 til 37,34 prosent fast stilling fra mai 2021.

Den 25. mars 2021 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Den 21. april 2021 ba A om ny vurdering av kravet da ikke alle vaktene var tatt med i arbeidsgivers vurdering.

Kravet ble delvis avslått av arbeidsgiver i brev datert 9. mai 2021. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig og at behovet for merarbeid delvis var bortfalt.

A har utført merarbeid i beregningsperioden ved flere institusjoner i B kommune.

- Ved X og Z hjemmebaserte tjenester, C bofellesskap avdeling eldre.
- I tillegg har hun ved samme plass jobbet ekstra som nattevakt.
- Ved Bo- og aktivitet Nord, C bofellesskap, avdeling for eldre.

Det er ikke inngått særskilte forhåndsavtalte vikariater eller midlertidige avtaler om ferieturnus.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 25. 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 25. mai 2021
- e-post datert 16. september 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 16. juni 2021
- brev datert 24. juni 2021
- brev datert 17. september 2021
- brev datert 20. september 2021

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun jevnlig har utført merarbeid tilsvarende 80 prosent fast stilling de siste 12 måneder, og at behovet for merarbeid ikke har bortfalt.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke er utført jevnlig, og at det delvis er bortfalt.

B kommune har vurdert merarbeidet på de ulike avdelinger hver for seg og har foretatt tre separate jevnlighetsvurderinger. Ved X og Z hjemmebaserte tjenester og ved C bofellesskap anføres det at merarbeidet ikke er utført jevnlig da det i en periode mellom 7. november 2020 og 24. mars 2021 ikke er utført merarbeid. Det anføres at behovet er bortfalt fordi merarbeidet er relatert til langtidssykefravær der de ansatte er tilbake i jobb.

Ved Bo og aktivitet Nord, C bofellesskap avdeling for eldre anføres det at merarbeidet ikke er utført jevnlig, fordi hun har en sykemeldingsperiode på seks uker hvor det ikke er utført merarbeid. I tillegg anføres det at behovet for merarbeid er bortfalt da en beboer med økt pleiebehov er flyttet til en annen avdeling og tre ansatte som var langtidssykemeldte er tilbake i sine stillinger.

Videre anfører arbeidsgiver at avdelingen er overbemannet og skal reduseres med 0,20 årsverk i løpet av 2021.

Arbeidsgiver anfører også at de ikke har tatt med ekstraarbeid som er relatert til typiske arbeidstopper i forbindelse med ferieavvikling og sesongtopper, og det er ikke tatt med timer relatert til overtidsarbeid, og at de finner støtte for dette i forarbeidene til arbeidsmiljøloven.

Tvistløsningsnemndas 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 25. mars 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 25. mars 2020 til og med 24. mars 2021. Dokumentasjon som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 827,72 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden.

Innledningsvis vil nemnda bemerke at det er B kommune som er arbeidsgiver i saken slik arbeidsgiverbegrepet er definert i arbeidsmiljøloven § 1-8. Det går frem av arbeidsavtalen at den er inngått mellom A og B kommune. Nemnda finner at det utførte merarbeidet i hele beregningsperioden må vurderes samlet i forhold til vilkårene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a, og at vurderingen ikke kan deles opp og vurderes separat for hver enkelt enhet/institusjon, slik kommunen har gjort i denne saken.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, herunder om de ekstra arbeidede vaktene er å anse som «merarbeid» etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Ot. 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 faste stillingsandelen den deltidsansatte 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».

I denne saken har arbeidsgiver anført at de ikke har tatt med ekstraarbeid som er relatert til typiske arbeidstopper i forbindelse med ferieavvikling og sesongtopper, og at vakter merket «ferieavvikling» skal tas ut av beregningsgrunnlaget. Det fremgår av saksdokumentene at det ikke er inngått en midlertidig arbeidsavtale for disse vaktene og at de i hovedsak er tildelt enkeltvis ettersom behovet har oppstått.

Nemnda vil bemerke at det er ekstravakter på grunn av uforutsett fravær som er ment å omfattes av bestemmelsen, og at ekstravakter ikke kan tas ut av beregningsgrunnlaget på bakgrunn av dette. Slike vakter er dermed å anse som «merarbeid» etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. I denne saken er det opplyst at det ikke er inngått særskilte avtaler om sommerturnus, vikaravtaler eller lignende. Nemnda kan heller ikke se av timeskjema som er lagt fram, at merarbeidet bærer preg av sesongtopper relatert til ferier.

På denne bakgrunn har nemnda funnet at alle arbeidede vakter utover A sin faste deltidsstilling på 27,78 prosent skal tas med i beregningsgrunnlaget. Etter nemndas praksis gjelder dette også merarbeid som utløser overtid. Derimot skal vakter som ikke har vært gjennomført og vakter fra den faste deltidsstillingen ikke tas med i beregningsgrunnlaget.

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

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

Nemndas flertall, medlemmene Due og Solberg har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året.

Langvarig fravær kan medføre at nemnda ikke har tilstrekkelig grunnlag for å vurdere hvorvidt merarbeidet fremstår som etablert praksis. Jevnlighetskravet vil i så fall ikke anses oppfylt. Fraværets lengde må imidlertid vurderes sammen med omfang og stabilitet av merarbeidet i øvrige deler av perioden. Dokumentasjon i saken viser at A har utført merarbeid hver måned i beregningsperioden bortsett fra januar 2021, der opphold i merarbeidet skyldes lovlig sykefravær. Ut over denne perioden har merarbeidet vært utført jevnlig.

Nemndas flertall finner at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Nemndas mindretall, medlemmet Almestrand har etter vurdering av kravet til jevnlighet kommet til at A ikke har krav på økt stilling. Dokumentasjonen i saken viser at det er perioder hvor det ikke er utført merarbeid. Det er særlig det sammenhengende oppholdet på cirka 8 uker mellom uke 52 i 2020 og uke 6 i 2021 som tilsier at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden.

Arbeidsgiver har videre 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.»

I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

«Det kan også 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 merarbeid var bortfalt eller kommer til å falle bort i nær fremtid. Arbeidsgiver har redegjort for at merarbeidet i beregningsperioden var større på grunn av en beboer med ekstra pleiebehov og langtidssykefravær. Etter at kravet er fremsatt for arbeidsgiver har A fått utvidet sin stilling med 9,76 prosent, noe nemnda oppfatter er et uttrykk for at behovet for merarbeid fortsatt er til stede.

Bestemmelsen oppstiller imidlertid et klart dokumentasjonskrav, og nemnda kan ikke se at det i foreliggende sak er dokumentert at behovet for merarbeid er bortfalt eller kommer til å falle bort i nær fremtid, etter at ansatte er tilbake fra sykefravær og pasienten med særlig stort pleiebehov er overført til en annen avdeling.

Nemnda finner heller ikke at arbeidsgiver har sannsynliggjort at behovet for nedbemanning på 0,20 prosent vil medføre at behovet for merarbeid reduseres. Det fremkommer ikke av sakens dokumenter en konkret nedbemanningsplan eller beskrivelse over hvordan nedbemanningen skal gjennomføres.

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 827,72 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 49,61 prosent. Fratrukket innvilget stillingsøkning på 9,76 prosent fra mai 2021 utgjør dette en stillingsøkning på 39,85 prosent. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 77,19

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 39,85 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

15. oktober 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.