



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
5. november 2021

Vår referanse
2021/131

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 138/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 4. november 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Silje Hassellund Solberg, LO
Marianne Pedersen, Virke

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 renholder i stilling på 40 prosent ved X Bo- og rehabiliteringssenter hos B.

Den 3. mai 2021 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble delvis avslått av arbeidsgiver i brev datert 12. mai 2021. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet har vært utført på grunn av behov for innleie for ferie og pandemirelatert sykefravær. Arbeidsgiver ga tilbud om økt stilling med 10 prosent.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 31. mai 2021. 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 31. mai 2021
- e-post av 8. juni 2021
- e-post av 21. juni 2021
- e-post av 29. juni 2021
- e-post av 30. juni 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 12. juni 2021
- brev datert 24. juni 2021

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har utført jevnlig merarbeid og har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Hun mener at koronavaktene skal medregnes i merarbeidet. Arbeidstaker anfører at fraværet ikke har vært noe særlig større under covid-19 enn årene før.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at ekstravakter som er pandemirelatert og ekstravakter i forbindelse med avvikling av ferie ikke skal tas med i beregningen av merarbeid. De har iverksatt flere tiltak for å forebygge smitte og et av tiltakene var å unngå bruk av ansatte som arbeidet på tvers av virksomheter. Flere ansatte ble innvilget permisjon fra sine stillinger og ledige vakter på grunn av permisjoner, ferieavvikling og sykdom ble gitt til gjenværende ansatte. Enkeltansatte har derfor arbeidet mer og i større omfang enn hva som er tilfellet i en normalsituasjon. Vaksinasjonsdekningen medfører at pandemirelatert fravær knyttet til karantene og sykdom går ned. Restriksjonen om arbeid på tvers av virksomheter er også opphevet. Behovet for merarbeid vil dermed ikke lenger foreligge slik det var.

Arbeidsgiver anfører også at merarbeidet ikke har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden.

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 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 3. mai 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 3. mai 2020 til og med 2. mai 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 785,75 timer avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

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 hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver anfører at ekstravakter som er pandemirelatert og ekstravakter i forbindelse med ferieavvikling og permisjoner ikke skal tas med i beregningen av merarbeid.

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 den deltidsansatte formelt har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Årsaken til ekstraarbeidet er for så vidt uten betydning. Bestemmelsen gjelder uavhengig om det er økt arbeidsmengde, sykefravær eller andre forhold som begrunner behovet. Nemnda finner derfor at alle vaktene skal med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda finner i denne sammenheng grunn til å bemerke at arbeidsgivers nåværende eller fremtidige behov for merarbeid ikke er relevant i vurderingen av hva som skal med i beregningsgrunnlaget, men at det foretas en egen vurdering av arbeidsgivers behov for merarbeid etter at nemnda eventuelt finner at arbeidstakers merarbeid i beregningsperioden har vært utført jevnlig.

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.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. 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 hver måned i beregningsperioden. Nemnda finner at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver anfører at behovet for merarbeidet ikke lenger er slik det var og viser til at vaksinasjonsdekningen medfører at pandemirelatert fravær knyttet til karantene og sykdom går ned. Restriksjonen om arbeid på tvers av virksomheter er også opphevet.

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. Det er det konkrete behovet for merarbeidet den enkelte arbeidstaker har utført i beregningsperioden som er gjenstand for vurdering.

Selv om departementet i sin uttalelse gir arbeidsgivere ansvaret for å sannsynliggjøre sitt fremtidige behov for merarbeid, må det etter nemndas syn også være anledning for nemnda til å legge vekt på offentlig tilgjengelig informasjon som kan belyse dette.

Nemnda vil bemerke at Covid-19-pandemien har utgjort og fremdeles utgjør en ekstraordinær situasjon, og mener det er sannsynlig at X Bo- og rehabiliteringssenter på lik linje med mange andre helseinstitusjoner har hatt økt behov for merarbeid som følge av pandemien. Nemnda legger derfor til grunn at det på avslagstidspunktet var sannsynlig at behovet for dette merarbeidet ville falle bort når pandemien er over og at offentlig tilgjengelig informasjon fra myndighetene på avslagstidspunktet antydte at dette ville skje i løpet av høsten 2021.

Det er dokumentert at 170,75 timer merarbeid er utført på grunn av ulike ekstrabehov som har oppstått i forbindelse med Covid-19 pandemien og disse trekkes dermed ut av beregningsgrunnlaget.

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 1762,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 617 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 35,01. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 75,01.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 35,01.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

5. november 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.