



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
8. november 2021

Vår referanse
2021/104

Saksbehandler
Ingunn Lien Solberg

VEDTAK NR 140/21 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 kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som helsefagarbeider i stilling på 65 prosent hos B kommune, i bydel X, for tiden ved Z omsorgsbolig.

Den 23. mars 2021 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 28. april 2021. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig fordi vakter arbeidet for sykepleier og vernepleier, samt vakter arbeidet på grunn av Covid-19-pandemien, skulle holdes ut av beregningsgrunnlaget.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 7. 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 7. mai 2021
- e-post av 20. mai 2021
- e-post av 19. august 2021
- e-post av 15. oktober 2021
- e-post av 27. oktober 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 17. juni 2021
- e-post av 7. juli 2021
- e-post av 26. august 2021
- e-post av 21. oktober 2021

Arbeidstakers anførsler

A mener hun har rett til høyere stillingsprosent, og anfører i det vesentligste at alt merarbeidet skal tas med i beregningen, og at merarbeidet er utført jevnlig.

A anfører at vaktene som knytter seg til Covid-19-pandemien skal telles med fordi man ikke vet sikkert hvor lenge pandemien vil vare, og at en ekstravakt er en ekstravakt uansett situasjon. A begrunner dette også med at det ble utført mindre merarbeid i Z i 2020 enn i 2019, og at sykefraværet var høyere i 2019. Hun opplyser at denne statistikken er hentet fra rapportsenderet i deres interne vaktsystem.

A anfører også at vakter hun har utført som tilhører sykepleier eller vernepleier ikke skal ut av beregningsgrunnlaget. Hun burde ikke tildeles slike vakter dersom bydelen mener at hun ikke er kvalifisert, og viser til at det i praksis stilles strenge krav til arbeidsgivers begrunnelse ved ustrakt bruk av ukvalifiserte vakter.

A viser også til at oppholdet i hennes merarbeidet skyldes ferie og sykdom.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune mener at A ikke har rett til høyere stillingsprosent, og anfører i det vesentligste at koronarelatert merarbeid skal ut av beregningsgrunnlaget fordi pandemien utgjør en ekstraordinær situasjon. Kommunen viser til innsendt informasjon fra A om tildelte vakter ved Z, og anfører at de ikke vet hvor tallene er hentet ut fra, og at de ikke har mulighet til å gjennomgå informasjonen for å gi en tilbakemelding på om de er enig eller uenig.

Kommunen anfører også at vakter som tilhører sykepleier eller vernepleier ikke skal med i beregningsgrunnlaget fordi A ikke er kvalifisert for disse vaktene.

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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 23. 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 23. mars 2020 til og med 22. mars 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 475 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, og om jevnlighetskravet er oppfylt.

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». 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».

Kommunen har anført at vakter A har arbeidet som tilhører sykepleier eller vernepleier, skal holdes utenfor beregningsgrunnlaget fordi hun ikke er kvalifisert for disse vaktene.

Nemnda bemerker i den anledning 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.

Nemnda har også forståelse for at arbeidsgiver i enkelttilfeller kan vurdere det som faglig forsvarlig å tildele vakter til en helsefagarbeider som vikar for sykepleier eller vernepleier uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv.

I tilfeller som her, der arbeidsgiver over en lengre periode har satt en arbeidstaker til å utføre merarbeid i vakter tilhørende stillinger med krav om en annen formalkompetansene enn det vedkommende innehar, blir spørsmålet om arbeidsgiver rettmessig kan påberope at slike vakter ikke skal gi uttelling ved krav om utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Slik nemnda ser det, må dette bero på en konkret vurdering av flere forhold, deriblant hva arbeidsgiver har foretatt seg for å dekke det aktuelle merarbeidsbehovet med kvalifisert arbeidskraft.

Dersom arbeidsgiver ikke kan vise til at man ved stillingsutlysninger eller andre tiltak aktivt har forsøkt å rekruttere arbeidstakere med de ønskede kvalifikasjoner, skal det etter nemndas syn mye til for å sannsynliggjøre at merarbeidet arbeidstakeren har utført i slike stillinger ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for vedkommendes arbeidskraft. Dette er i tråd med nemndas senere praksis, se blant annet nemndas vedtak 23/19 og 146/19.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at vaktene tilhørende sykepleier og vernepleierstilling ikke skal tas ut av beregningsgrunnlaget. Nemnda legger vekt på at kommunen ikke har opplyst at det er foretatt noen stillingsutlysninger eller andre tiltak for å rekruttere arbeidstaker med ønsket kompetanse, eller på annen måte sannsynliggjort hvorfor disse vaktene skal tas ut av beregningsgrunnlaget, annet enn at vaktene stiller krav til annen kompetanse enn den A innehar.

Kommunen anfører videre at vakter som knytter seg til Covid-19-pandemien skal trekkes ut av beregningsgrunnlaget. Nemnda viser til bestemmelsens ordlyd og mener at merarbeid som har oppstått på grunn av Covid-19-pandemien er å anse som «arbeid utover avtalt arbeidstid», såfremt det ikke er avtalt en midlertidig utvidelse av stillingen.

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 «jevnlige» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønsmessig 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.

Forarbeidene inneholder liten eller ingen veiledning om hvilken betydning sykemeldinger skal ha for vurderingen etter § 14-4 a. Et utgangspunkt er at sykdom som hovedregel ikke bør redusere arbeidstakers rettigheter etter arbeidsmiljøloven, hvilket skulle tilsi at sykdomsperioder, på samme måte som ferieperioder, ikke kan tale i arbeidstakers disfavør. På den annen side krever lovteksten at den deltidsansatte jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, og den utvidede stillingen skal beregnes på grunnlag av den faktiske arbeidstiden. Dette tilsier at arbeidstaker i sykdomsperioder ikke kan opptjene rettigheter etter § 14-4 a. Nemnda er av den oppfatning at det avgjørende må være om man ut fra det ekstraarbeidet som er utført, har grunnlag for å konkludere med at ekstraarbeidet er uttrykk for et jevnlig behov hos arbeidsgiver. Der arbeidstaker har lengre sykmeldingsperioder vil nemnda ofte mangle det nødvendige grunnlaget. Det understrekes imidlertid at vurderingen alltid må være konkret. Der ekstraarbeidet er særlig hyppig og stabilt utenfor sykdomsperiodene, kan det oppveie for noe lengre sykdomsperioder.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. A har et opphold i merarbeidet på 11 uker og fem dager, hvor hun hadde ferie 3 av ukene og var sykmeldt i overkant av 6 uker. Nemnda legger vekt på at oppholdet i stor grad kan forklares med uttak av ferie og sykefravær. Nemnda finner at ekstraarbeidet utover dette 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 har anført at behovet for arbeidstakers merarbeid ikke lenger foreligger eller vil foreligge i nær fremtid, da det har oppstått på grunn av Covid-19-pandemien som er en ekstraordinær situasjon. 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.

Nemnda finner at det på avslagstidspunktet 28. april 2021 var sannsynlig at behovet for merarbeidet hadde bortfalt eller ville falle bort i nær fremtid. Nemnda legger vekt på at Covid-19-pandemien utgjør en ekstraordinær situasjon og mener det er sannsynlig at Z bolig på lik linje med mange andre helseinstitusjoner har hatt økt behov for merarbeid som følge av pandemien, og at det er sannsynlig at behovet for dette merarbeidet vil falle bort når pandemien er over. Nemnda finner dermed at det er sannsynliggjort at behovet for dette merarbeidet er falt bort, og at merarbeid som har oppstått i forbindelse med Covid-19-pandemien, ikke får uttelling ved fastsettelse av ny stillingsprosent.

De 131 timene av As merarbeid som er utført på grunn av ulike ekstrabehov som har oppstått i forbindelse med Covid-19-pandemien får dermed ikke uttelling ved fastsettelse av ny stillingsprosent.

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 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 344 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 20,62. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 85,62.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 20,62.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

8. 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.