



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
8. november 2021

Vår referanse
2021/112

Saksbehandler
Ingunn Lien Solberg

VEDTAK NR 141/21 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 88,73 prosent hos B kommune, for tiden i Bydel X avdeling for helse, aktivitet og mestring, hjemmetjenesten. Det fremgår av opplysningene i saken at arbeidstaker arbeider ved Z hjemmetjeneste.

Den 6. april 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 6. mai 2021. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig og at kravet var fremsatt i en krevende periode med Covid-19-pandemi.

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 18. mai 2021
- e-post av 20. mai 2021
- e-post av 25. august 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 16. juni 2021
- brev datert 27. juli 2021
- brev datert 21. oktober 2021

Arbeidstakers anførsler

A mener han har rett til høyre stillingsprosent, og anfører i det vesentligste 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 anfører at antall ekstravakter knyttet til Covid-19-pandemien har gått opp, men at antall ekstravakter tildelt i Z hjemmetjeneste var høyere i 2019 enn i 2020, og foreløpig i 2021. A forklarer at vakter registrert som «resurskrevende aktivitet» benyttes ved uforutsette hendelser som trenger ekstra bemanning, og anfører at Covid-19 relaterte vakter burde regnes som dette. A anfører at hjemmetjenesten fortsatt har behov for merarbeid.

A har en stor stillingsprosent, og anfører at dette påvirker hvor mye merarbeid han kan påta seg. A opplyser at han hadde permisjon i september 2020, og derfor ikke hadde noe merarbeid den måneden. Han anfører også at han har fått lite ekstravakter etter han fremmet krav om høyere stilling.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune mener at A ikke har rett til høyere stillingsprosent, og anfører i det vesentligste at vakter tilknyttet Covid-19-pandemien skal trekkes ut av beregningsgrunnlaget, samt at behovet for dette merarbeidet er bortfalt.

Kommunen anfører at vakter som har en direkte relevans til håndtering av Covid-19-pandemien ikke kan legges til grunn. Kommunen viser til at arbeidstaker arbeidet lite merarbeid i juli til og med september 2020, men mot desember 2020 kom bydelen i en situasjon som krevde ekstraordinære tiltak for å sikre forsvarlig drift. Kommunen anfører at denne perioden ikke gjenspeiler normal driftsituasjon, eller normalt behov for ekstra bemanning.

Kommunen anfører at merarbeidet må ses opp mot graden av sykefravær i samme periode, og nevner at den aktuelle tjenesten hadde et sykefravær på 37,6 prosent i april 2020 og 33 prosent i desember 2020. I januar og februar 2021 var sykefraværet på 20 og 10 prosent. Kommunen anfører at bydelen har vært hardt rammet av pandemien, og etter hvert som situasjonen har roet seg utover våren 2021 er også sykefraværet betraktelig redusert. Dette har også medført at behovet for tildeling av vakter er redusert tilsvarende.

Kommunen opplyser at 70 prosent av deres medarbeidere er vaksinert og at mange har gjennomgått et Covid-19 sykdomsløp. Det ble også iverksatt ekstra sterke smitteverntiltak fra 24. desember 2020, som vedvarte fram til 12. mai 2021. Arbeidsgiver anfører at behovet for dette merarbeidet derfor er bortfalt.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twist 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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 6. april 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 6. april 2020 til og med 5. april 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 219 timer og 30 minutter 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, 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. Kommunen anfører at vakter som knytter seg til Covid-19-pandemien skal trekkes ut av beregningsgrunnlaget.

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».

Nemnda har kommet til at alt merarbeid A har utført i beregningsperioden skal tas med i beregningsgrunnlaget. Nemnda viser til bestemmelsens ordlyd og mener at også 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.

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

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Solberg, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. A har 6 opphold i merarbeidet på 3 uker eller mer, dette inkluderer et opphold på over 8 uker. Flertallet legger likevel vekt på at flere av oppholdene kan forklares med uttak av ferie, sykefravær og permisjon. Flertallet legger også vekt på at A er ansatt i en høy

stillingsprosent, og dermed har mindre mulighet til å påta seg merarbeid. Når A faste stilling og merarbeidet tilsvarende mer enn en 100 prosent stilling, er det vanskelig for flertallet å stille krav om at merarbeidet skal være hyppigere. Flertallet vurderer at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden, selv om det har vært noe opphold i merarbeidet. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Nemndas mindretall, medlemmet Pedersen, forstår kravet til jevnlighet slik at A ikke har krav på økt stilling. A har 6 opphold i merarbeidet på 3 uker eller mer, dette inkluderer et opphold på over 8 uker, hvor omtrent 7 uker skyldes ferie og sykefravær. Mindretallet vurderer at selv om noe av oppholdet skyldes ferie og sykefravær er oppholdene i merarbeidet så hyppige og store at det ikke er av tilstrekkelig omfang og stabilitet i tolv månedersperioden. Mindretallet har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Arbeidsgiver har videre 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 vil bemerke at Covid-19-pandemien har utgjort og fremdeles utgjør en ekstraordinær situasjon, og mener det er sannsynlig at Z hjemmetjeneste i Bydel X på lik linje med mange andre helseinstitusjoner har hatt økt behov for merarbeid som følge av pandemien.

Nemnda finner at det på avslagstidspunktet 6. mai 2021 var sannsynlig at behovet for merarbeidet hadde bortfalt eller ville falle bort i nær fremtid. Nemnda legger vekt på at arbeidsgivers opplysninger om at bydelen kom i en ekstraordinær situasjon mot desember 2020, og at de hadde et høyt sykefravær denne perioden, stemmer med mottatt vaktoversikt som viser at A hadde et større og hyppigere merarbeid i denne perioden. Nemnda legger også vekt på at det er dokumentert at fraværet i Z hjemmetjeneste ble

reduisert utover våren 2021, samt arbeidsgivers opplysninger om at flere ansatte er vaksinerte, og at ekstra sterke smitteverntiltakene vedvarte frem til 12. mai 2021.

Nemnda finner dermed at behovet for dette merarbeidet er falt bort, og at de 129 timene og 30 minuttene merarbeid som arbeidsgiver har dokumentert har oppstått i forbindelse med Covid-19-pandemien, ikke får 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 timer og 30 minutter.

Fratrukket merarbeidet i forbindelse med Covid-19-pandemien gjenstår 90 timer merarbeid, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 5,39. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 94,12.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 5,39.

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.