



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato

26. november 2021

Vår referanse

2021/174

Saksbehandler

Ingunn Solberg

VEDTAK NR 148/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 25. november 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder

Vetle Wetlesen Rasmussen, YS

Mårten Brandsnes Faret, KS

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 hjelpepleier i stilling på 53,60 prosent hos B. Ifølge opplysningene i saken arbeider hun ved X bo – og rehabiliteringssenter.

Den 6. juli 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 B i brev datert 27. juli 2021. Avslaget ble begrunnet med at behovet for oppdekking av ferie, sykefravær, samt Covid-19-relatert fravær siden mars 2020, var midlertidig. Arbeidsgiver tilbød A fast ansettelse i ekstra helgestilling.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 5. august 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 5. august 2021
- e-post av 11. august 2021
- e-poster av 24. september 2021
- e-post av 25. oktober 2021
- e-post av 17. november 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 27. august 2021
- brev datert 27. oktober 2021

Arbeidstakers anførsler

A mener hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid fordi merarbeidet er utført jevnlig og behovet ikke har falt bort.

A anfører at det lengste oppholdet i merarbeidet skyldes egenmelding, sykmelding og ferie.

Hun er enig i at Covid-19-pandemien har vært ekstraordinær på mange måter, men at behovet for merarbeid i helsesektoren er stabilt og vedvarende uavhengig av Covid-19-pandemien, og at dette bekreftes av statistikk fra helseinstitusjoner i Z kommune.

A anfører at man må se på det totale forbruket av ekstravakter og viser til Tvisteløsningsnemndas vedtak 84/21. Nemnda kom der til at behovet for merarbeidet var uavhengig av pandemien, fordi arbeidstakeren hadde omtrent like mye merarbeid før og etter perioden med pandemirelaterte vakter. A anfører at hun også har arbeidet jevnt både før og etter de pandemirelaterte vaktene.

A anfører at bruk av permisjoner på grunn av begrensninger i antall arbeidssteder, vil gå opp i opp da dette også gjelder for ansatte hos X som har andre steder som biarbeidsgiver.

A opplyser at hun ikke har snakket med arbeidsgiver om tilbudet om fast ansettelse i en ekstra helgestilling, og anfører at en ekstra helg utgjør omtrent 10 prosent stilling, og at dette er mindre enn hennes krav.

Arbeidsgivers anførsler

B mener at A ikke har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid og anfører at merarbeidet i hovedsak har vært å dekke opp midlertidig ferie og sykefravær hos ulike ansatte.

B anfører at de har hatt et høyt Covid-19-realtert fravær siden mars 2020, og begrenset mulighet til å arbeide på tvers av virksomheter, som har ført til at noen ansatte har fått permisjon for å arbeide ett sted. I brev datert 16. august 2021 opplyser de at alle beboere og personal er vaksinert, og at det pandemirelaterte fraværet derfor har gått ned. Restriksjonene på å arbeide på tvers av virksomhetene er også opphevet. Behovet for merarbeid foreligger dermed ikke slik det gjorde for noen måneder siden.

B anfører også at de ikke har noen ledige stillinger, med unntak av små helgestillinger. Dette er tilbudt A, men de har ikke mottatt noen tilbakemelding på tilbudet.

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 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 6. juli 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. juli 2020 til og med 5. juli 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 401 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Nemnda tolker arbeidsgivers anførsler slik at de mener at ekstravakter som er relatert til Covid-19-pandemien og ekstravakter i forbindelse med ferieavvikling og sykefravær ikke skal tas med i beregningen av merarbeid, og at dette merarbeidet er bortfalt.

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

B anfører at ekstravakter som er relatert til Covid-19-pandemien og ekstravakter i forbindelse med ferieavvikling og sykefravær 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». 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, ferieavvikling og sykefravær 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 «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. A har 1 opphold i merarbeidet på over 3 uker, og 1 opphold på over 5 uker. Nemnda legger likevel vekt på at flere av oppholdene kan forklares med uttak av ferie, sykefravær og permisjon, og 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.

B 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, ferie og sykefravær. 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 B på lik linje med mange andre helseinstitusjoner har hatt økt behov for merarbeid som følge av pandemien.

Nemnda finner det dokumentert at det på avslagstidspunktet 27. juli 2021 var sannsynlig at behovet for merarbeidet hadde bortfalt eller ville falle bort i nær fremtid. Nemnda legger vekt på B sine opplysninger om at de fra mars 2020 hadde et høyt sykefravær, men at dette fraværet er redusert fordi beboere og ansatte er vaksinert. Nemnda legger også vekt på at de ansatte hadde begrensinger på å arbeide på tvers av virksomheter, og at denne restriksjonen er opphevet. Nemnda har derfor kommet til at behovet for dette merarbeidet er falt bort, og at de 102 timene merarbeid som har oppstått i forbindelse med Covid-19-pandemien, ikke får uttelling ved fastsettelse av ny stillingsprosent.

Nemnda kan ikke se at det er dokumentert at behovet for merarbeid på grunn av ferie eller sykefravær, som ikke er knyttet til Covid-19-pandemien, er bortfalt. Arbeidsgiver har ikke lagt ved noen opplysninger eller på annen måte sannsynliggjort hvorfor disse vaktene er bortfalt, annet enn anførsel om dette genererer et midlertidig behov for merarbeid.

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 299 timer merarbeid, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 17,92. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 71,52.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 17,92.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

26. 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.