



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
4. februar 2021

Vår referanse
2020/158

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 07/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 3. februar 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
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 pleiemedarbeider i stilling på 44,78 prosent ved X i B kommune. Hun fikk økt stilling fra 15,85 til 44,78 prosent fra 17. august 2020 som følge av kravet om utvidet stilling. I tillegg har hun hatt en 40 prosent stilling som sekretær ved tjeneseenheten kultur i B kommune frem til 31. oktober 2019.

Den 2. juni 2020 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver ga delvis medhold i kravet i brev datert 17. juli 2020. Arbeidsgiver anser en del av behovet for merarbeid som bortfalt som følge av at langtidssykemeldte er tilbake i jobb og arbeidsgiver gjorde også fratrukk for merarbeidstimer utført i vakante sykepleiestillinger som arbeidstaker ikke er kvalifisert for.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 6. august 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 6. august 2020
- brev datert 28. august 2020
- brev datert 29. september 2020
- e-post av 30. oktober 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 11. september 2020
- brev datert 19. oktober 2020

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til høyere stilling enn det arbeidsgiver ga medhold til. A er uenig i at arbeidsgiver har trukket fra ekstravakter der det er brukt egenmelding. Hun er også uenig i at timer gått i vakante stillinger for sykepleier og vernepleier ikke er tatt med i utregningen. Det er fortsatt langtidsfravær ved avdelingen slik at A fortsatt arbeider ekstra.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at deler av behovet for merarbeid har bortfalt som følge av at sykefravær har opphørt, en vakant helsefagarbeiderstilling er tilsatt og en vakant sykepleierstilling har vært utlyst. Den vakante sykepleierstillingen har vært utlyst tre ganger uten at de har lyktes i å ansette noen. Arbeidsgiver har også tatt ut merarbeidstimer utført for de som er satt i karantene som følge av koronapandemien. Arbeidsgiver mener dette er så ekstraordinært at det ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for merarbeid. Dette utgjør 21,25 timer. Det er heller ikke tatt med ekstravakter som har vært

avtalt, men som A ikke har arbeidet som følge av egenmelding/sykemelding. Dette utgjør 84,5 timer. Alle langtidssykemeldte er nå tilbake i jobb eller har gått av med pensjon og stillingene er besatt. Arbeidsgiver anfører derfor at behovet for merarbeid har bortfalt med 243,5 timer. Det samme gjelder for 27,25 timer som A har arbeidet i vakante helsefagarbeiderhjemler som nå er besatt.

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 (1) og § 14-4 a (2). 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 2. juni 2020. 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 2. juni 2019 til og med 1. juni 2020. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 952,83 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 hvorvidt deler av behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i 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».

Arbeidsgiver anfører at merarbeid i vakter det er betalt for, men ikke utført på grunn av sykdom, skal tas ut av beregningsgrunnlaget. Nemnda viser til at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende «faktisk arbeidstid». Nemnda legger således til grunn at beregningen skal foretas på grunnlag av de timer arbeidstaker faktisk har arbeidet utover fast stilling. Planlagte merarbeidstimer hvor arbeidstaker har vært syk tas derfor ikke med i beregningsgrunnlaget. Dette er også lagt til grunn i nemndas tidligere praksis.

Arbeidsgiver har anført at deler av 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 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 har dokumentert at behovet for merarbeid delvis har bortfalt som følge av at det er gjort tilsetning i en vakant stilling og langtidssykemeldte som er tilbake i jobb. Dette tilsvarer 282,5 timer som ikke tas med i utregningen.

Videre anfører arbeidsgiver at vakter som er gått for en vakant sykepleierstilling ikke skal tas med i utregningen. Arbeidsgiver har lyst ut stillingen tre ganger det siste året uten at de har lyktes i å få noen tilsatt. De jobber aktivt for å få tilsatt noen. Nemnda finner at disse timene også skal tas ut av utregningen og legger til grunn at arbeidsgiver ønsker noen med sykepleierkompetanse, som A ikke innehar. Dette tilsvarer 61 timer som ikke tas med i utregningen.

Arbeidsgiver har også tatt ut merarbeidstimer utført for de som er satt i karantene som følge av koronapandemien. Arbeidsgiver mener dette er så ekstraordinært at det ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for merarbeid. Nemnda finner at disse timene skal tas ut av utregningen og legger til grunn at merarbeidet har oppstått på grunn koronapandemien, som er ekstraordinær situasjon og kan ikke anses som et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for merarbeid. Dette tilsvarer 22,08 timer som ikke tas med i utregningen.

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 587,25 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden etter fratrukk for bortfalt behov, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 35,20. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 51,05. A har allerede fått innvilget utvidet stilling med 28,93 prosent av arbeidsgiver og har dermed rett til ytterligere utvidelse 6,27 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til ytterligere økning av sin stilling med en stillingsprosent på 6,27.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

4. februar 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 (2). 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 (3).

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 (4).