



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato

9. desember 2021

Vår referanse

2021/182

Saksbehandler

Maria Schilvold

VEDTAK NR 161/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 9. desember 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder

Tore Trygve Dahlstrøm, Unio

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 assistent i stilling på 19,38 prosent i B kommune, for tiden i X med tjenestegjøring ved Z bosenter.

Den 20. mai 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 5. august 2021. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig, idet deler av merarbeidet hadde oppstått på grunn av Covid-19-pandemien og derfor måtte tas ut av beregningsgrunnlaget.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved digitalt brev datert 31. august 2021. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 31. august 2021 med vedlegg
- brev datert 28. september 2021 med vedlegg
- e-post av 5. oktober 2021 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 29. september 2021 med vedlegg
- brev datert 22. oktober 2021 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste tolv månedene og anfører i det vesentligste at merarbeidet er utført jevnlig og at behovet for merarbeidet fremdeles foreligger.

A mener at oppholdene hun har hatt i merarbeidet i beregningsperioden har vært uønsket, med unntak for perioden hun har hatt ferie. Hun mener uansett at oppholdene ikke medfører at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig.

Videre mener A at hun har dekket opp for et reelt behov for ekstra arbeidskraft ved Z bosenter og at arbeidsgiver ikke har dokumentert at behovet for merarbeid er bortfalt. Hun viser til at sykefraværet ved Z bosenter har gått ned etter utbruddet av koronaviruset sammenlignet med situasjonen før pandemien, og mener dette illustrerer at pandemien ikke har hatt så stor innvirkning på behovet for merarbeid. A mener videre at man ved vurderingen av om behovet for merarbeid fremdeles foreligger må se på det totale merarbeidet brukt i bydelen og helsesektoren fra 2018 til 2021, som viser at dette har vært stabilt.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune gjør gjeldende at A ikke har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid og anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig, i tillegg til at behovet for noe av merarbeidet uansett er bortfalt.

Kommunen viser til at A i beregningsperioden har hatt flere perioder med opphold i merarbeidet, herunder to perioder på syv uker. I tillegg er det en periode på elleve uker der hun kun har arbeidet én vakt. Kommunen viser videre til at A ikke har utført merarbeid i tre av månedene og 32 av ukene i beregningsperioden. Kommunen mener dermed at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig.

Kommunen mener at 245,59 av de 398,42 timene merarbeid A har utført skyldes Covid-19-pandemien. Kommunen viser til at As merarbeid året før beregningsperioden kun utgjorde 162,5 timer. Kommunen mener dette klart viser at pandemien medførte økt behov for merarbeid ved Z bosenter i beregningsperioden. Videre viser kommunen til at A etter beregningsperioden kun har utført 7,5 timer merarbeid i juli og august etter at Z bosenter gikk tilbake til normal bemanning fra 1. juli 2021.

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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 20. 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 20. mai 2020 til og med 19. mai 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 398,42 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder om jevnlighetskravet er oppfylt og hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til 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.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet kan ikke A ha krav på økt stilling. Nemnda viser til at det i løpet av beregningsperioden har vært flere perioder med opphold i merarbeidet, herunder to perioder på syv uker og én periode på seks uker og seks dager. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Nemnda har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

9. desember 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.