



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato

19. april 2023

Vår referanse

2023/17

Saksbehandler

Katarina Torrissen Revang

VEDTAK NR 37/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 13. april 2023.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen Rogstad, nestleder
Jan Eikeland, Akademikerne
Andreas Dag Nilsen, KS

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 12,21 prosent i B kommune, for tiden med arbeidssted X.

Den 25. november 2021 ble det bestemt av X skal avvikles innen utgangen av 2023 fordi leiekontrakten går ut og huseier ikke ønsker ny leieavtale. Det er kun én avdeling som fremdeles er i drift. Tidspunktet for avvikling av den siste avdelingen avhenger av når de gjenværende 22 av opprinnelige 50 beboere får plass ved andre institusjoner.

Den 22. november 2022 krevde A stillingsutvidelse til 90 prosent på grunn av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Som bakgrunn for kravet viste A til at hun fra 19. april 2022 til 8. januar 2023 hatt en midlertidig stilling på 68,31 prosent og at hun utover denne har utført merarbeid tilsvarende 36 prosent stilling.

B kommune avslo kravet i e-post av 22. desember 2022. Partene hadde deretter drøftelsesmøte 11. januar 2023, og i brev av 17. januar 2023 fikk A tilbud om 28,17 prosent stilling. Arbeidsgiver viste til at annet merarbeid ville opphøre på grunn av avviklingen av X.

Arbeidsgiver opplyser i brev av 7. mars 2023 at arbeidstaker ikke har godtatt deres tilbud om fast stilling på 28,17 prosent, og at de mener tilbudet har falt bort.

Arbeidstaker sendte saken til Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 19. januar 2023.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 19. januar 2023
- brev datert 6. februar 2023

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev 20. februar 2023
- brev av 7. mars 2023

Arbeidstakers anførsler

A mener at hun har rett til 36 prosent utvidet stilling. Hun har i saksforberedelsen presisert at det kanskje var feil å inkludere den midlertidige stillingen på 68,31 prosent med i beregningsgrunlaget da hun fremla kravet på 90 prosent fast stilling.

Arbeidstaker mener at merarbeidet som ble utført og la grunnlag for kravet, ikke har falt bort i sammenheng med nedleggelsen av X. Hun viser til at de alle faste skal omplasseres til annet passende arbeid i kommunen uavhengig av stillingsprosent.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune mener at A ikke kan ha rett til utvidet stilling og anfører i det vesentligste at jevnlighetskravet ikke er oppfylt. Kommunen vurderer at merarbeidet var jevnlig fram til A startet i den midlertidige stillingen på 68,31 prosent stilling i april 2022. Etter dette tidspunktet mener kommunen at A kun har jobbet noen få sporadiske vakter i helger, ved sykdom og under ferieavvikling.

B kommune mener videre at behovet har falt bort. Kommunen viser til at avdelingen som merarbeidet er utført på, er avviklet i sin helhet og at den siste beboeren ble flyttet den 1. november 2022. Uansett vil alt behov for merarbeid i X falle bort i nær framtid på grunn av avviklingen av X. A har for tiden en 69,25 prosent midlertidig stilling som trolig faller bort i juli. Når det gjelder arbeidstakers opplysning om omplassering til annet passende arbeid, bekrefter kommunen at dette er noe de jobber med, men at det ikke er sikkert at alle arbeidstakere ved X blir omplassert. De opplyser om at det er derfor allerede gjennomført drøftelsesmøte med hovedtillitsvalgte i forbundene og at alle ansatte er oppfordret til å søke ny jobb.

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.

I utgangspunktet er alt arbeid utover den formelle stillingsandelen «arbeid utover avtalt arbeidstid», men at det i forarbeidene (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2) avgrenses 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».

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 22. november 2022. 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 22. november 2021 til og med 21. november 2022. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A utførte 651,5 timer merarbeid utover sin faste deltidsstilling på 12,21 prosent i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Partene er enige om omfang og tidspunkt av utført av merarbeid i tolv månedersperioden. Uenigheten mellom partene i denne saken er om kravet til jevnlighet er oppfylt og i så fall om behovet merarbeid kommer til å falle bort i nær framtid.

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 kommer frem 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 er en brå og tydelig nedgang i omfang og hyppighet av utført merarbeid etter at A tiltrådte den midlertidige stillingen på 68,13 prosent den 19. april 2022. Etter dette tidspunktet er det flere opphold i merarbeidet, herunder ett opphold på ca. to uker, tre opphold på ca. tre uker og to opphold på ca. fire uker. Selv om deler av oppholdene skyldes ferieavvikling, har nemnda etter en helhetsvurdering kommet til at merarbeidet ikke har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden.

Nemnda har etter dette kommet til at jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke er oppfylt, og at A ikke kan få medhold. Det er derfor ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om behovet for merarbeidet har falt bort.

Konklusjon

A gis ikke medhold i krav om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

19. april 2023

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.