



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
20. mai 2020

Vår referanse
2020/12

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 83/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 12. mai 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
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 sosialkonsulent i stilling på 74,5 prosent i B kommune.

Den 11. november 2019 fremsatte Fagforbundet på vegne av A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

A har i perioden 11. november 2018 til og med 10. november 2019 arbeidet 222,25 timer utover avtalt arbeidstid. Ekstraarbeidet har vært utført ved at A jobber hver fjerde helg samt en torsdag i måneden. I tillegg har han to møtevakter med varighet på 1,5 timer. I sin 74,5 stilling har han også jobb hver fjerde helg, noe som vil ha medført at han har jobbet annenhver helg.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 11. desember 2019. Avslaget ble begrunnet med at behovet for merarbeid ikke lenger er tilstede.

Kommunen har dekket opp to stillinger på hhv 100 prosent og 25 prosent med deltidstillinger, og at A har dekket opp den på 25 prosent. Disse stillingene ble besatt i juni og desember 2019.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post datert 7. januar 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post med vedlegg av 7. januar 2020
- e-post av 8. januar 2020
- e-post med vedlegg av 17. januar 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 17. februar 2020

Arbeidstakers anførsler

A mener han har krav på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid basert på utført merarbeid i perioden fra og med 11. november 2018 til og med 10. november 2019. Han anfører i det vesentligste:

A anfører at han har jobbet 222,25 timer merarbeid ut over sin 74,5 prosent stilling i de siste 12 måneder. Dette tilsvarer cirka 13,32 prosent av full stilling. Han anfører videre at han ikke har hatt kontrakt på vikariater i perioden, og at det er et varig behov for ekstraarbeidet selv om det ikke lenger er vakante stillinger. Han viser i den forbindelse til at det ikke er noen vesentlig forskjell på jevnligheten i ekstraarbeidet før og etter juni da det ble foretatt fast ansettelse i 100 prosent stillingen, og mener derfor det er et jevnt behov for ekstravakter.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Behovet for A' merarbeid har bortfalt da de har hatt to vakante stillinger på hhv 100 og 25 prosent som har vært dekket opp med ekstravakter av blant annet A. Det er siden juni og desember 2019 ansatt noen i de vakante stillingene og behovet for ekstraarbeid er bortfalt. De har verken stillingshjemmel eller budsjett for kravet som fremmes.

Det anføres videre at de ekstravaktene som har vært gjennomført ikke har vært jevnlig.

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 den 11. november 2019. 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 11. november 2018 til og med 10. november 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at arbeidstaker har arbeidet 222,25 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1668,5 timer per år, fratrukket lovpålagt ferie.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvilke vakter som inngår i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet for merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget, deretter om jevnlighetskravet er oppfylt og til sist om behovet for merarbeid har bortfalt.

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».

Det forhold at en ansatt går inn i en ordning for å dekke opp for vakante stillinger uten at de går inn i en konkret kontrakt kan være relevant å ta med i beregningen. Nemnda har forstått det slik at A ikke hadde en midlertidig arbeidskontrakt som omfattet det aktuelle merarbeidet. Han har jobbet ekstra hver fjerde helg og en dag i uka samt noen møtevakter. Dette gjorde han i tillegg til sin 74,5 prosentstilling. Nemnda legger derfor til grunn at dette dreier seg om merarbeid som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» 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 under tvil kommet til at merarbeidet er utført jevnlign. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har merarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at det har vært gjennomført merarbeid hver måned i løpet av beregningsperioden. I tillegg har arbeidstaker en relativt høy fast stillingsprosent, noe som begrenser adgangen til å jobbe merarbeid. Han har hatt merarbeid på totalt 222,25 timer, noe som utgjør 13,32 prosent av full stilling. Nemnda har derfor kommet til at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har anført at 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.

I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at: *«Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid».*

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 var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Det vises til at merarbeidet i hovedsak har vært utført for å dekke opp vakante stillinger, og at det i desember 2019 er foretatt ansettelse i stillingen på 25 prosent som A dekket opp. Behovet for merarbeid er således bortfalt.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

20. mai 2020

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).