



Vedtaksdato
09. oktober 2020

Vår referanse
2020/104

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 134/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 8. oktober 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
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 pleiemedarbeider i stilling på 16,43 prosent i B kommune, enhet hjemmebasert tjeneste, gruppe X.

Den 23. august 2019 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Som følge av kravet fikk A tilbud om en passiv nattevakt stilling på 67,61 prosent. A takket nei til tilbudet.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 29. mai 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 av 29. mai 2020
- brev datert 26. august 2020
- e-post av 23. september 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 29. juni 2020
- brev datert 10. juli 2020
- e-post av 13. september 2020
- brev dater 11. september 2020

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Hun takket nei til arbeidsgivers tilbud fordi lønnsprosenten var lavere enn det hun har opparbeidet krav til. Videre bemerker arbeidstaker at hun aldri har jobbet passive nattevakter tidligere.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A er berettiget en 54 prosent fast stilling. De ga A tilbud om en passiv nattevaktstilling på 67,61 prosent med lønnsprosent 35,68 fordi det var den stillingen som var ledig. De er klar over at det ikke var ved passiv natt A opparbeidet seg kravet, men det var den ledige stillingen enheten hadde å tilby. Videre anfører de at behovet for merarbeid utført i vakter for ansatte som var i foreldrepermisjon og ulønnet permisjon er bortfalt fordi disse er tilbake i arbeid. I tillegg er det justert for ferietopp i juli 2019.

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 (1)

og § 14-4 a (2). 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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 23. august 2019. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 23. august 2018 til og med 22. august 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 942,85 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

B kommune har konkludert med at A er berettiget en 54 prosent fast stilling. De ga tilbud om en passiv nattevaktstilling på 67,61 prosent med lønnsprosent 35,68, noe arbeidstaker har takket nei til.

Partene er enige i at merarbeidet er utført jevnlig og nemnda legger også dette til grunn. Uenigheten mellom partene omfatter derfor kun hvilken type stilling arbeidstaker har krav på og hvorvidt deler av behovet for merarbeidet er bortfalt.

Departementet bemerker i prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.6 Hva innebærer det å få rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid:

«Deltidsansatte som oppfyller vilkårene etter bestemmelsen har rett til stilling i samsvar med det merarbeidet som er utført. Det innebærer en rett til stilling med samme omfang (stillingsstørrelse), arbeidssted og vakter tilsvarende merarbeidet vedkommende har utført i løpet av beregningsperioden.»

Departementet påpeker videre at:

«...deltidsansatte som oppfyller vilkårene etter bestemmelsen ikke fritt skal kunne velge hvilket sted eller avdeling hun eller han skal utføre arbeidet i den utvidede stillingen. Dersom merarbeidet som har lagt grunnlaget for utvidet stilling har vært utført på et eller flere andre steder/avdelinger enn der arbeidstaker har sitt hovedarbeidssted, må den deltidsansatte akseptere at arbeidsgiver fortsatt velger å bruke vedkommende på forskjellige steder/avdelinger i virksomheten.»

Etter dette kan ikke arbeidsgiver oppfylle et krav etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a ved å tilby en annen type stilling med et vesentlig lavere lønnsnivå enn det merarbeidet bygger på.

Arbeidsgiver anfører at behovet for merarbeid utført i vakter for ansatte som var i foreldrepermisjon og ulønnet permisjon er bortfalt fordi disse ansatte er nå tilbake i arbeid.

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.»

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 for ansatte i permisjon er bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid fordi de er tilbake i jobb. Arbeidstaker har heller ikke bestridt dette. 90 timer tas dermed ut av beregningen.

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 852,85 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 51,11. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 67,54.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 51,11.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

9. oktober 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).