



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
20. mai 2020

Vår referanse
2020/38

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 84/20 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 konsulent i stilling på 39,44 prosent, knyttet til vakter ved et botilbud for vanskeligstilte ved X bolig i B kommune.

A har i tillegg til sin faste deltidsstilling, signert to rammeavtaler som tilkallingsvikar knyttet til bolig i Z og Y boliger i perioden 1. januar til 30. juni 2019, og fra 1. juli til 31. desember 2019. Kommunen har dekket opp to vakante stillinger på hhv 100 prosent og 25 prosent med rammeavtaler med deltidsansatte.

Den 1. januar 2020 fremsatte Fagforbundet på vegne av A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Hun har i perioden 1. januar 2019 til og med 31. desember 2019 arbeidet 593,39 timer utover avtalt arbeidstid. Det opprinnelige timetallet var 550, men under saksbehandling for nemnda har det fremkommet at timetallet er 593,39.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver brev datert 27. januar 2020. Avslaget ble begrunnet med at behovet for merarbeid ikke lenger er tilstede, da det fra 1. januar 2020 og 1. september 2020 er ansatt andre vikarer i to vakante stillinger.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 11. februar 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 11. februar 2020
- e-post av 14. februar 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 20. januar 2020

Arbeidstakers anførsler

A mener hun har krav på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid basert på utført merarbeid i perioden fra og med 1. januar 2019 til og med 31. desember 2019. Hun anfører i det vesentligste:

At hun har arbeidet 593,39 timer ut over sin 39,44 prosent stilling i de siste 12 måneder. Dette tilsvarer cirka 35,56 prosent av full stilling. Hun anfører at ekstraarbeid ved korttidsfravær, langtidssykefravær og ferieavvikling er merarbeid som må tas med i beregningen av faktisk arbeidstid, selv om hun har signert rammeavtaler. Hun mener det ikke er holdepunkter i lovens § 14-4 a for at slike vakter skal unntas i beregningen av merarbeid. Rammeavtalene regulerer ikke fast arbeidstid, kun at hun kan ta ekstravakter ved behov.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at behovet for As merarbeid er bortfalt da det er ansatt vikarer i 100 prosent og 25 prosent stilling for å dekke opp vakanser. Rammeavtalene fyller opp tre «sekkehjemler» som alle deltidsansatte og øvrige ekstravakter er tilknyttet i tidsregistreringssystemet for ledige vakter. De gjelder for vakante stillinger og ved sykefravær og ferie. Dersom alle ansatte er på jobb så er det ikke ledige vakter.

B kommune hevder at ekstraarbeid som følge av akutt fravær, langtidssykefravær eller ferieavvikling ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget for krav om utvidet stilling.

Kommunen anfører at arbeidstiden som følge av rammeavtaler ikke er merarbeid etter § 14-4 a.

Det anføres videre at kommunen ikke har stillingshjemmel eller budsjett for kravet som fremmes.

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 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 1. januar 2020. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 1. januar 2019 til og med 31. desember 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at arbeidstaker har arbeidet 593,39 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, og om 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».

Nemnda har forstått det slik at A i tillegg til deltidsstillingen hadde inngått to rammeavtaler om tilkallingsvikar, uten at stillingsprosent eller arbeidstid var angitt i kontraktene. I henhold til avtalene hadde arbeidstaker ikke plikt til å påta seg de vaktene hun fikk tilbud om i henhold til rammeavtalene, men kunne akseptere tilbudet om merarbeid dersom hun ønsket det. Etter nemndas oppfatning kan det derved ikke legges til grunn at det var inngått en avtale om midlertidig utvidelse av stillingen. Merarbeidet må således betraktes som arbeid utover avtalt arbeidstid, og 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 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 ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at det har vært gjennomført merarbeid hver måned i løpet av beregningsperioden. Hun har arbeidet 593,39 timer merarbeid, noe som utgjør 35,56 prosent av full stilling. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har videre 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 også 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 sannsynliggjort at behovet for merarbeid var bortfalt eller kommer til å falle bort i nær fremtid. Årsaken til merarbeidet var i hovedsak at en ansatt ved Z bolig flyttet til Y, noe som medførte at A utførte merarbeid ved Z. Det er nå foretatt ansettelse av vikar i den faste stillingen i Z bolig, og det er i tillegg ansatt en vikar i 50 prosent stilling fra 1 desember 2019. Nemnda har derfor kommet til at behovet for merarbeid har 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).