



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
29. april 2022

Vår referanse
2022/28

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 38/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 28. april 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Silje Hassellund Solberg, LO
Mårten Brandsnes Faret, 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 helsefagarbeider i nattetilling på 66,66 prosent i B kommune, for tiden med tjenestested ved X omsorgssenter og Z behandlingssenter.

Den 29. november 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 19. januar 2022. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke oppfyller kravet til jevnlighet.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 14. februar 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 14. februar 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 3. mars 2022
- brev datert 11. mars 2022

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har rett til stillingsutvidelse til minst 85 prosent stilling og anfører i det vesentligste at hun har hatt merarbeid hver måned bortsett fra når hun har vært syk eller hatt ferie og at merarbeidet har derfor oppfyller kravet til jevnlighet.

Hun har også utført ekstravakter ved C omsorgssenter hvor behovet fortsatt er til stede.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune gjør gjeldende at A ikke kan få medhold i sitt krav og anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig.

Kommunen gjør gjeldende at vakter som senere er avspasert ikke skal tas med, jf. nemndas vedtak 02/19 og at vekten den 13. mai 2021 dermed skal tas ut av beregningsgrunnlaget.

Kommunen viser videre til at det er åtte opphold i merarbeidet, herunder to opphold på hhv. 8 og 11 uker. Det er til sammen 29 uker helt uten merarbeid i beregningsperioden. A har ikke utført noe merarbeid i februar og juni, og i fire andre måneder (januar, april mai og august) har hun kun hatt en ekstravakt.

Subsidiært gjør B kommune gjeldende at behovet for merarbeidet har bortfalt. Behovet for ekstravakter har vært større enn vanlig i beregningsperioden på grunn av at fraværet har

vært 1,49 prosent høyere under covid-19-pandemien. Det har også vært økt behov og 1-1 bemanning i 42 vakter ved Z behandlingssenter som skyldtes ressurskrevende pasienter.

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 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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 29. november 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 29. november 2020 til og med 28. november 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 373,75 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til om vekten 13. mai 2021 skal tas med i beregningsgrunnlaget.

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 arbeidstakeren formelt har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrenser 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».

Når det gjelder vakter registrert i timebank som senere er avspasert har nemnda lagt til grunn at disse ikke kan inngå i beregningen da dette ikke kan anses som arbeid utover avtalt arbeidstid. Dette samsvarer med nemndas tidligere praksis, se for eksempel vedtak 02/19, 157/17 og 19/17.

Etter fradrag av vekten gjenstår 363,75 timer merarbeid i beregningsperioden. Nemnda går så over til vurderingen av 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 flere opphold i merarbeidet når en ser bort fra sykefravær og ferieavvikling, herunder to lengre opphold hhv. 5,5 og 7 uker og fire øvrige opphold på 2–3 uker, slik at det er flere måneder der det kun er utført en enkelt merarbeidsvakt. 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.

Det er etter dette ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til arbeidsgivers subsidiære anførsel om at 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

29. april 2022

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.