



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato

29. november 2021

Vår referanse

2021/166

Saksbehandler

Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 151/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 25. november 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder

Vetle Wetlesen Rasmussen, YS

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, X

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som miljøterapeut i stilling på 63,62 prosent hos B kommune, for tiden X, Z bolig.

A har hatt en midlertidig stilling/omdisponeringsavtale i perioden 13. april 2020 til og med 30. april 2021 på 100 prosent. Denne avtalen ble inngått som et tiltak for å hindre smittespredning av covid-19 og erstatte arbeid på tvers av avdelinger. Med økte stillinger for de ansatte fikk arbeidsgiver dekket behovet for helsepersonell og ekstravakter.

Den 15. april 2021 fremsatte Fagforbundet på vegne av arbeidstaker krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 15. juli 2021. Avslaget ble begrunnet med at vakter etter omdisponeringsavtalen ble trukket ut av beregningsgrunnlaget og at det dermed ikke var grunnlag for å innvilge kravet.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 29. juli 2021. 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. juli 2021
- e-post av 1. august 2021
- e-post av 22. august 2021
- e-post av 27. august 2021
- e-post av 30. september 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 19. august 2021
- brev datert 22. september 2021

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at den midlertidige stillingen ikke skal trekkes fra beregningsgrunnlaget fordi det ikke er et vikariat for en navngitt person. Videre anfører arbeidstaker at merarbeidstimer på grunn av koronapandemien ikke skal trekkes fra beregningsgrunnlaget fordi dette er en vedvarende situasjon som har vart i over ett år. Arbeidstaker anfører at behovet for merarbeid ikke har økt på grunn av koronapandemien og at den holder seg stabilt jevnt over i helsesektoren. Merarbeidet er ikke av forbigående art og alle timene skal tas med i beregningen.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune X anfører i det vesentligste at timer arbeidet etter midlertidig avtale ikke skal tas med i beregningen av merarbeid. Arbeidsgiver anfører at koronapandemien er en ekstraordinær situasjon av midlertidig karakter. Det at pandemien har pågått i mer enn ett år kan ikke medføre at situasjonen ikke anses som ekstraordinær og midlertidig. Vaksinasjon og økt immunitet vil medføre at bydelens behov for ekstra bemanning og merarbeid vil falle bort i overskuelig fremtid. Arbeidsgiver mener derfor at timer på grunn av koronapandemien skal trekkes fra utregningen av merarbeid.

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 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 15. april 2021. 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 15. april 2020 til og med 14. april 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 558,25 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 og om jevnlighetskravet er oppfylt.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som 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 den deltidsansatte 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».

Det har i denne saken blitt inngått en omdisponeringsavtale på grunn av koronapandemien for perioden 13. april 2020 til og med 30. april 2021, hvor A fikk økt stillingsstørrelse til 100 prosent. Nemnda legger til grunn at arbeid etter omdisponeringsavtalen ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget da dette er «avtalt arbeidstid». 538 timer tas derfor ut av beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver anfører at det etter fratrett for timer arbeidet i midlertidig stilling ikke er grunnlag for å innvilge kravet. Nemnda forstår dette som at arbeidsgiver anfører at merarbeidet dermed ikke har vært utført jevnlig.

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 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.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet kan ikke A ha krav på økt stilling. Det har ikke vært utført merarbeid i ti av månedene i tolv månedersperioden. 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.

Konklusjon

A gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

29. november 2021

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.