



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
25. juni 2021

Vår referanse
2021/84

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR 85/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 24. juni 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Silje Stadheim Almestrand, NHO

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 stilling på 16,71 prosent i B kommune, for tiden med tjenestested ved Enhet hjemmetjenester avdeling Hjemmetjenesten Nord. Han har i tillegg hatt midlertidige stillingsutvidelser på 85 prosent i form av vikariater fra 13. januar 2020 til 31. mars 2020 og fra 1. april 2020 til 31. desember 2020. Det er videre oppgitt fra arbeidsgivers side at A har fått tilbud om en midlertidig stillingsutvidelse på 49,26 prosent fra 11. januar 2021 til 9. januar 2022, men at arbeidsgiver ikke har mottatt denne avtalen i retur. Arbeidstaker mener han aldri har fått denne arbeidsavtalen.

Den 26. februar 2021 fremsatte A krav om stillingsutvidelse til 95 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble delvis avslått av arbeidsgiver i brev datert 9. april 2021. Han fikk tilbud om utvidet stilling til 23 prosent, men avslag på ytterligere utvidet stilling med den begrunnelse at han hadde hatt en midlertidig stillingsutvidelse på 85 prosent.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post den 14. april 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 14. april 2021 med vedlegg
- brev datert 20. april 2021
- brev datert 3. juni 2021
- e-post av 11. juni 2021 med vedlegg
- brev datert 18. juni 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 1. juni 2021 med vedlegg
- to brev datert 15. juni 2021 med vedlegg
- brev datert 17. juni 2021

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at han har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 månedene, og anfører i det vesentligste at det ikke foreligger noe lovlig grunnlag for midlertidig tilsetning og at de midlertidige stillingsutvidelsene har vært i strid med arbeidsmiljøloven § 14-9. Han anfører derfor at alt arbeid utover sin faste stillingsprosent skal tas med i beregningen. A viser også til at sykefraværet i B kommune er høyt og at behovet for merarbeid er stort.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune gjør gjeldende at A ikke har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 måneder utover det han allerede har fått tilbud om, og anfører i det vesentligste at det

meste av arbeidet har vært avtalt merarbeid. Kommunen viser til at A har hatt midlertidige stillingsutvidelser på hhv. 85 prosent og 49,26 prosent i form av vikariater for en annen ansatt som har permisjon for å jobbe i en annen avdeling i kommunen.

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 26. februar 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 26. februar 2020 til og med 25. februar 2021.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt vakter utført i avtalte vikariater skal inngå i beregningsgrunnlaget. Nemnda viser i denne forbindelse 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 avgrensar 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».

I foreliggende sak er partene enige om at arbeidstaker har hatt midlertidige stillingsutvidelser i avtalte vikariater. Arbeidstaker har imidlertid anført at stillingshjemmelen til stillingen han har vikariert i har vært ledig siden 30. september 2019. Han mener derfor at det ikke foreligger noe lovlig grunnlag for midlertidig tilsetting og at de midlertidige stillingsutvidelsene har vært i strid med arbeidsmiljøloven § 14-9.

Etter arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) kan tvist som nevnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a bringes inn for en tvisteløsningsnemnd for avgjørelse. Videre skal tingretten etter arbeidsmiljøloven § 14-11 (1) etter påstand fra arbeidstaker «avsi dom for at det foreligger et fast ansettelsesforhold» dersom det foreligger brudd på bestemmelsene i §§ 14-9 eller 14-10. Det ligger dermed utenfor Tvisteløsningsnemndas kompetanse å ta stilling til hvorvidt de midlertidige stillingsutvidelsene er i strid med arbeidsmiljøloven § 14-9. Ved nemndas vurdering av hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig, tas derfor vakter utført i de midlertidige stillingsutvidelsene ut av beregningen.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 120,02 timer utover sin faste deltidsstilling og de midlertidige stillingsutvidelsene i beregningsperioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønsmessig 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. Nemnda legger i vurderingen vekt på at det er flere opphold i merarbeidet, herunder opphold på fire og fem uker, samt at han over en periode på ti uker kun har hatt 0,58 timer merarbeid. 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

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

25. juni 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.