



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
18.02.2019

Vår referanse
2018/37348

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 20/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 14. februar 2019.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Silje Hassellund Solberg, LO
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 assistent i stilling på 38,5 prosent ved X sykehjem, fordelt på 20,19 prosent i vikarpool og 18,31 prosent tilknyttet en avdeling. Hun er i tillegg ansatt som timelønnet tilkallingsvikar.

Den 29. mai 2018 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Den 27. juni 2018 ble det avholdt drøftingsmøte der arbeidsgiver tilbød A økning i stilling med 13 prosent i vikarpool med virkning fra 1. juni 2018. Arbeidsgiver mente vakter knyttet til ferieavvikling og bemanning utover grunnbemanning skulle trekkes fra beregningsgrunnlaget. A fremholdt krav om økning i stilling tilsvarende alt merarbeid utført i perioden. Arbeidstaker mottok referatet fra møtet i e-post av 29. juli 2018.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 17. august 2018. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- 2 e-poster av 17. august 2018 med vedlegg
- e-post av 14. september 2018 med vedlegg
- 2 e-poster av 14. november 2018
- 2 e-poster av 16. november 2018
- e-post av 7. februar 2019 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 19. september 2018 med vedlegg
- e-post av 10. oktober 2018
- e-post av 8. februar 2019 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Alt merarbeid i beregningsperioden skal tas med i beregningen av kravet og hun har rett til utvidelse av sin stilling til 70 prosent.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Merarbeid i forbindelse med ferieavvikling i sommermånedene og vakter grunnet ekstraordinært behov grunnet uro og terminalomsorg for enkeltpasienter i en avgrenset periode skal trekkes fra beregningsgrunnlaget. Timer opparbeidet i ferieavvikling skal ikke

være tellende for kravet da dette er sesongavhengig, men vaktene skal være tellende for jevnlighetsvurderingen. Behovet for ekstraordinær bemanning knyttet til enkeltpasienter er bortfalt.

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 merarbeid ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 29. mai 2018. 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. mai 2017 til og med 28. mai 2018. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 482 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken omhandler hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, samt hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt som følge av endringer i enkeltbeboeres situasjon.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver anfører at 25 vakter på tilsammen 187,5 timer knyttet til ferieavvikling i sommermånedene og 3 vakter på tilsammen 17 timer med årsak i ekstraordinært behov ikke 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 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 finner imidlertid at arbeidsavtale som timelønnet tilkallingsvakt ikke medfører at vaktene knyttet til ferieavvikling må holdes utenfor ved beregningen av utført merarbeid. Nemnda viser blant annet til at avtalen hverken angir stillingsstørrelse eller arbeidstid og at A har hatt slik løpende avtale uten opphold siden 2016. Selv om de fleste av vaktene ble tildelt i forkant av ferieavviklingen bærer de preg av å være enkeltstående vakter over en

kortere tidsperiode. Således fremstår nevnte arbeidsavtale som en ren rammeavtale som ikke kan ha konsekvenser for arbeidstakers rett etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver har videre anført at merarbeid utført i forbindelse med ekstraordinært behov for tjenestemottakere skal holdes utenfor vurderingen. Da det ikke foreligger en midlertidig ansettelseskontrakt for dette merarbeidet anser nemnda det som «arbeid utover avtalt arbeidstid» som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser etter dette at A har arbeidet 482 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden.

Retten til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid er imidlertid betinget av at merarbeidet er jevnlig utført. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» 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. I en sammenhengende periode på henholdsvis fire uker fra 17. oktober 2017 og åtte uker fra 20. desember 2017 har hun ikke utført noe merarbeid. I fire av månedene er merarbeidet begrenset oppad til to vakter. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at arbeidstaker ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

18.02.2019

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).