



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
21. juni 2019

Vår referanse
2019/12307

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 88/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 20. juni 2019.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Gry Brandshaug Dale, 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 hjelpepleier i stilling på 72 prosent i B kommune. A fikk utvidet sin stilling fra 67 til 72 prosent fra 4. februar 2019. Denne utvidelsen har skjedd uavhengig av krav etter § 14-4 a.

Den 10. januar 2019 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i vedtak av 22. januar 2019. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 18. februar 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 18. februar 2019
- brev datert 5. mars 2019
-

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 22. mars 2019
- brev datert 9. april 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Ekstravakter som er avtalt på forhånd skal også tas med i beregningsgrunnlaget. Selv om vaktene er avtalt i forkant medfører ikke dette at disse vaktene kan holdes utenfor ved beregning av arbeid utover fastsatt stilling. Det foreligger ingen avtale om en utvidelse av stilling/merarbeid. Arbeidstaker har utført merarbeid hver måned og anfører at dette er jevnlig og fremstår som en etablert praksis. Arbeidsgiver har fortsatt behov for ekstra arbeidskraft.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke er utført jevnlig og at arbeidstaker ikke har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. 94 timer av merarbeidet skal tas ut av beregningsgrunnlaget fordi det var avtalt på forhånd. Arbeidstaker har takket ja til ekstravakter i en hjelpeturnus. Turnusen er satt opp og godkjent av tillitsvalgte en måned før turnusoppstart. Videre anfører arbeidsgiver at ekstravakter som arbeidstaker har fått betalt for, men ikke utført, skal tas ut av beregningsgrunnlaget.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 10. januar 2019. 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 10. januar 2018 til og med 9. januar 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 312,5 timer utover fast stilling i beregningsperioden. 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.

Arbeidsgiver anfører at 94 timer av merarbeidet skal tas ut av beregningsgrunnlaget fordi det var avtalt på forhånd ved etablering av hjelpeturnuser som er godkjent av tillitsvalgte en måned før turnusoppstart.

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».

Det foreligger ikke en skriftlig avtale om merarbeid i beregningsperioden. Arbeidstaker mottok imidlertid en turnus hvor det aktuelle merarbeidet inngikk, en måned før merarbeidet skulle utføres. Arbeidstaker forholdt seg til denne turnusen. Etter nemndas oppfatning må derved merarbeidet som inngikk i «hjelpeturnusen» betraktes som midlertidig avtalt merarbeid som derfor ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Videre anfører arbeidsgiver at merarbeid i vakter det er betalt for, men ikke utført på grunn av sykdom, skal tas ut av beregningsgrunnlaget. Nemnda viser til at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende «faktisk arbeidstid». Nemnda legger således til grunn at beregningen skal foretas på grunnlag av de timer arbeidstaker faktisk har arbeidet utover fast stilling. Planlagte merarbeidstimer hvor arbeidstaker har vært syk tas derfor ikke med i beregningsgrunnlaget. Dette er også lagt til grunn i nemndas tidligere praksis, se vedtak 62/18.

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.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet kan ikke A ha krav på økt stilling. Det har vært flere lengre opphold på fem til syv uker uten merarbeid i beregningsperioden. Det er eksempelvis ikke utført merarbeid i mai og juli 2018. Merarbeidet har dermed ikke hatt et 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

21. juni 2019

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).