



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
17. mars 2021

Vår referanse
2020/204

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 27/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte den torsdag 4. mars 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 var fast ansatt som pleiemedhjelper i B kommune i stilling på 18,31 prosent ved Z sykehjem fra den 3. september 2018 til den 23. august 2020.

Fra 20. august 2019 til 30. juni 2020 hadde hun også en avtale som tilkallingsvikar/ekstrahjelp med X.

Den 1. juli 2020 ble C sykehjem ved virksomhetsoverdragelse overdratt fra X til B kommune. A hadde ikke fast stilling ved X.

Fra 1. september 2020 tiltrådte hun stilling på 17,37 prosent ved C sykehjem, nå tilhørende B kommune. I tillegg har hun en avtale som tilkallingshjelp ved begge sykehjemmene, fra 24. august 2020 ved Z sykehjem og fra 13. august 2020 ved C sykehjem til 31.12.2021.

Den 24. september 2020 fremsatte A krav til B kommune om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 2. oktober 2020. Avslaget ble begrunnet med at A ikke hadde vært fast ansatt i B kommune i hele beregningsperioden, da hun hadde et opphold i sin faste ansettelse på 8 dager, mellom oppsigelsen av fast avtale ved Z sykehjem til ny kontrakt inngått den 21. august 2020 ved C sykehjem, hvor hun tiltrådte den 3. september 2020.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 28. oktober 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 28. oktober 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 26. november 2020
- brev datert 12. februar 2020

Arbeidstakers anførsler

A anfører at hun har utført merarbeid tilsvarende 43,60 prosent stilling ved Z og 53,19 prosent ved C i beregningsperioden. Hun mener å ha rett til 100 prosent fast stilling i B kommune.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke var fast ansatt i hele beregningsperioden siden det mangler 8 dager mellom to kontrakter.

Dersom nemnda skulle komme til at grunnvilkåret om fast ansettelse i hele perioden er oppfylt, anfører kommunen subsidiært at utført merarbeid ved C sykehjem ikke kan tas med i beregningsgrunnlaget, siden hun da var ansatt hos annen arbeidsgiver.

I tillegg mener kommunen at merarbeidet enten er sesongbetont eller kortvarig, og at behovet er bortfalt for følgende utført arbeid:

- utført merarbeid for vakante stillinger ved C sykehjem på 48,75 timer i perioden etter virksomhetsoverdragelsen, og 127 timer ved Z sykehjem
- merarbeid som er utført som følge av ferieavvikling som sommerferie, under høytider med videre tilsvarende 150,5 timer
- merarbeid knyttet til å innleie i form av midlertidig fastvakt tilsvarende 75,26 timer
- merarbeid tilknyttet foreldrepermisjon og sykdom tilsvarende 55 timer da dette er uttrykk for et midlertidig behov

Behovet for merarbeid anses bortfalt, først fordi det er sesongbetont, deretter fordi det i september ble utlyst stillinger ved C sykehjem, hvor det er foretatt ansettelser, og behovet for merarbeidet er dermed ikke til stede lenger. A søkte ikke på disse stillingene eller ga uttrykk for at hun var interessert i å øks sin stilling.

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

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder om grunnvilkåret om fast ansettelse de siste 12 måneder er oppfylt. Subsidiært er partene uenige om hvilket merarbeid som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt arbeidsgivers behov for merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til om arbeidstakeren har vært fast ansatt de siste 12 måneder.

Slik saken er fremlagt for nemnda har flertallet, medlem Due og Almestrand, kommet til at A ikke vært fast ansatt sammenhengende de siste 12 måneder i B kommune. Hun var fast ansatt i 18,31 prosent ved Z sykehjem fra den 3. september 2018. Denne stillingen sa hun opp den 30. april 2020, og siste arbeidsdag var 23. august 2020. Hun startet i ny stilling ved C sykehjem den 1. september 2020 i 17,37 prosent stilling. Hun signerte avtale som tilkallingsvikar med B kommune den 13. august 2020, for perioden 24. august 2020 til 31. desember 2021. I denne saken er det 8 dager uten fast ansettelse i perioden 24. august til 1. september 2020. Selv om det er utført merarbeid den 26. 28. og 30 august 2020 ifølge

timelistene, ble dette utført på grunnlag av en midlertidig ansettelse. A har således ikke vært fast ansatt i hele beregningsperioden, og oppfyller derved ikke vilkåret for rett til utvidet stilling. Flertallet viser til at nemnda i flere saker har behandlet spørsmålet om det er et krav om fast ansettelse i hele beregningsperioden, se blant annet sak 30/16, 56,17 og 51/19. I disse sakene er det lagt til grunn at arbeidstaker må ha vært fast deltidsansatt i hele beregningsperioden.

Mindretallet, medlemmet Rasmussen, mener derimot at kravet om tilknytning i opptjeningsperioden er oppfylt. Oppholdet på 8 dager uten fast ansettelse i denne sak, fratar ikke arbeidstaker i seg selv kravet om stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Innføringen av arbeidsmiljøloven § 14-4 a var en klargjøring av deltidsansattes rettigheter til fast ansettelse og vernet mot bruk av merarbeid til dekning av det faste arbeidskraftsbehovet. Bestemmelsen etablerte en enklere prosessform for å sikre arbeidsavtaler som reflekterer den faktiske arbeidstiden, jf. Prop. 83 L (2012-2013). Kravet om tilknytning må derfor sees i sammenheng med de tilknytningskrav som følger av arbeidsmiljølovens øvrige stillingsvernsbestemmelser.

I tilknytningskravet til treårsregelen i § 14-9 femte ledd, følger det at kravet om sammenhengende ansettelse i beregningsperioden ikke skal tolkes så strengt at et hvert opphold innebærer et bortfall rett til fast ansettelse. Her vil det bero på en totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for et eventuelt avbrudd om kravet er oppfylt. Mindretallet mener at de samme vurderinger også må legges til grunn i arbeidsmiljøloven § 14-4 a for å unngå omgåelser eller urimelige resultater der det kun er tale om få dagers opphold, og arbeidsforholdet samlet sett bærer preg av å være av å være løpende.

I denne sak er begge ansettelseskontraktene knyttet til samme arbeidsgiver, og stillingene er likeartede. I oppholdsperioden var det også klart for begge parter at arbeidstaker skulle fortsette sitt virke hos arbeidsgiver som fast ansatt deltidsarbeidende. A har dessuten også jobbet for arbeidsgiver i løpet av de 8 dagene uten fast ansettelse, riktignok i form av en midlertidig arbeidskontrakt.

Samlet sett mener mindretallet at A sitt arbeid i beregningsperioden anses å oppfylle tilknytningskravet etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Siden flertall har kommet til at A ikke har oppfylt tilknytningskravet, finner ikke mindretallet det nødvendig å ta stilling til om de øvrige vilkår for stillingsutvidelse er oppfylt.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

17. mars 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 (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).