



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
17. mars 2022

Vår referanse
2021/222

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR 24/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 17. mars 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Marianne Pedersen, Virke

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 pleiemedarbeider i stilling på 85 prosent i B kommune, ved X sykehjem, avdeling 1.

Den 27. september 2021 fremsatte Delta B på vegne av A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i e-post av 17. oktober 2021. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 2. november 2021. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- to brev datert 2. november 2021 med vedlegg
- e-post av 1. februar 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 16. desember 2021 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste tolv månedene og anfører i det vesentligste at merarbeidet er utført jevnlig.

A viser til at hun enten har avviklet ferie eller har vært sykemeldt i de periodene det har gått fire uker eller mer mellom utført merarbeid. Hun viser dessuten til at hun har en høy fast stillingsprosent og at det begrenser hvor mye merarbeid hun har mulighet til å påta seg. Hun mener dette må tas i betraktning når man vurderer hvorvidt merarbeidet er utført jevnlig.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune gjør gjeldende at A ikke har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste tolv månedene og anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig.

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 27. september 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 27. september 2020 til og med 26. september 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 190,42 timer utover sin faste deltidstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt jevnlighetskravet er oppfylt.

Inngangskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a 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 kommer frem 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.

I vurderingen av om merarbeidet har vært utført jevnlig, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Pedersen, har forståelse av at kravet til jevnlighet ikke kan gi A krav på økt stilling. Dokumentasjonen i saken viser at det i beregningsperioden er flere opphold i merarbeidet, herunder to opphold på tre uker, ett opphold på fire uker og ett opphold på syv uker. Selv om deler av periodene uten merarbeid til en viss grad har sin årsak i at arbeidstaker har avviklet ferie eller har vært sykemeldt, kan ikke nemndas flertall se at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolvmånedersperioden. Nemndas flertall har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Nemndas mindretall, medlemmet Rasmussen, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Mindretallet viser til at A er ansatt i en høy stillingsprosent og derved har et tett arbeidsprogram i sin ordinære stilling. Videre viser mindretallet til at A enten har vært sykemeldt eller har avviklet ferie i de to periodene i beregningsperioden der oppholdet i merarbeid overstiger fire uker. Nemndas mindretall finner på denne bakgrunn at

ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Da flertallet har kommet til motsatt konklusjon, er det imidlertid ikke nødvendig for mindretallet å gå videre i vurderingen.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

17. mars 2022

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.