

VEDTAK NR 186/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 23. november 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Ragnild Bø Raugland, Akademikerne (vara)
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 miljøterapeut i stilling på 93 prosent ved avdeling X, B kommune.

Den 30. april 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

I opptjeningsperioden har det vært følgende variasjoner i As tilsetningsforhold i kommunen:

- I perioden 30. april 2014 til 31. august 2014 hadde hun et vikariat i tillegg til sin faste stilling, slik at hun samlet sett hadde avtalt arbeidstid tilsvarende 97,9 prosent stilling.
- I perioden 1. september 2014 til 29. april 2015 hadde hun et vikariat i tillegg til sin faste stilling, slik at hun samlet sett hadde avtalt arbeidstid tilsvarende 100 prosent stilling.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev av 28. mai 2015.

Dokumentasjonen arbeidsgiver har fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 217 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 30. april 2014 til og med 29. april 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 11. juni 2015. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 11. juni 2015
- brev av 12. august 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 31. august 2015
- e-post av 31. oktober 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har utført merarbeid jevnlig i hele beregningsperioden, og har dermed rett til utvidet stilling tilsvarende dette.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Merarbeidet er ikke utført jevnlig i lovens forstand. Det er i opptjeningsperioden flere enkeltmåneder der det ikke er utført merarbeid. Det er videre store variasjoner i antall utførte merarbeidstimer per måned i den aktuelle beregningsperioden.

Tvistløsningsnemndas merknader

Twist 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).

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

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 30. april 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 30. april 2014 til 29. april 2015.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 217 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, idet det vil være den arbeidstiden som tilsvarer 100 prosent stilling. Brutto arbeidstid i arbeidstakers stilling er oppgitt å være 1846 timer per år med en ukentlig arbeidstid på 35,5 timer i snitt. Etter fradrag for fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer. As merarbeid på 217 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 13.

Uenigheten mellom partene i denne saken handler i hovedsak om hvorvidt merarbeidet har vært utført «jevnlig» i bestemmelsens forstand.

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 opptjeningsperioden, 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 etter nemndas oppfatning tilstrekkelig at det har forekommet slikt merarbeid gjennom hele opptjeningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver. For øvrig vises det til vedtak 20/16, hvor nemnda har gitt en utførlig beskrivelse av sitt syn på forståelsen av jevnlighetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

I vurderingen av saken har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Raugland, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig i lovens forstand. Dokumentasjonen i saken viser at A har utført merarbeid hver kalendermåned i beregningsperioden, med unntak av oktober og januar. Selv om det er enkelte lengre opphold uten merarbeid, må det i tråd med flertallets uttalelser i vedtak 20/16 ses hen til årsaken til at merarbeid ikke har blitt utført. A har en fast stilling på 93 prosent, og har gjennom hele opptjeningsperioden i tillegg gått i vikariater. Dette har den virkning at hun

i perioden har hatt en avtalt arbeidstid tilsvarende nær 100 prosent stilling, og muligheten til å påta seg merarbeid blir dermed begrenset. Etter en konkret helhetsvurdering er flertallet derfor av den oppfatning at A jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid i den aktuelle perioden, og at merarbeidet fremstår som en etablert praksis som oppfyller kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Det følger da av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedsperioden. Slik nemnda forstår lovens forarbeider, skal nemnda ved fastsettelsen av ny stillingsprosent i utgangspunktet komme frem til hvor stor stillingsprosent det samlede merarbeidet utgjør på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Det følger imidlertid også av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk.

Departementets opprinnelige forslag om at man skulle beregne den deltidsansattes gjennomsnittlige arbeidstid i tolv månedsperioden, ble forlatt etter høringsrunder, og det heter i forarbeidene at det «bør imidlertid være åpent for å benytte et visst skjønn i vurderingen». Nemnda ser det slik at det er arbeidsgivers *stabile og varige* behov for økt arbeidskraft som skal fylles, og at nemnda derfor skal fastsette en stillingsutvidelse i samsvar med det ekstraarbeidet som kan sies å være uttrykk for et slikt behov. Det må bl.a. bety at perioder med svært mye ekstraarbeid, f.eks. ved ferieavvikling eller i kortere perioder med typiske sesongsvingninger eller ekstraordinært sykefravær, ikke uten videre vil gi full uttelling ved fastsettelse av ny stillingsprosent.

Dokumentasjon i saken viser at A har arbeidet betydelig mer utover avtalt arbeidstid i juni og august enn i de andre månedene i beregningsperioden. Juni og august er måneder med betraktelig mer ferieavvikling enn ellers i året, og flertallet finner følgelig at merarbeidet A har utført disse månedene ikke kan gi full uttelling i beregningen. As merarbeid sammenlagt med hennes faste stilling utgjør likevel en stillingsprosent på mer enn 100. Arbeidstaker kan imidlertid ikke inneha mer enn 100 prosent stilling hos samme arbeidsgiver, og flertallet har derfor etter en konkret helhetsvurdering kommet til at A gis rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 7, slik at hun ender med full stilling.

Nemndas mindretall, medlemmet Almestrand, har kommet til et annet resultat. Etter mindretallets forståelse av jevnlighetskriteriet, har A ikke krav på utvidet stilling. Det er i opptjeningsperioden flere lengre opphold uten noe merarbeid, herunder opphold på bl.a. 8, 6 og 5 uker. Når en så stor del av opptjeningsperioden bortfaller, blir opptjeningsgrunnlaget etter mindretallets oppfatning for lite til at det anses som en etablert praksis i den aktuelle referanseperioden. Merarbeidet kan da ikke sies å være jevnlig. Mindretallet har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Konklusjon

Arbeidstaker har etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 7.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 28.11.2016

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).