



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
29. mars 2023

Vår referanse
2023/30

Saksbehandler
Katarina Torrissen Revang

VEDTAK NR 34/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 23. mars 2023.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Ingrid Tordis Enoksen, UNIO
Marte Solberg, Virke

Saken gjelder

Tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som bioingeniør i stilling på 80 prosent hos B.

Den 14. november 2022 krevde A stillingsutvidelse med ca. 14 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev av 31. januar 2023 og begrunnet avslaget med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev av 5. februar 2023. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 5. februar 2023

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 21. februar 2023

A har tidligere fremmet sak om utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a for Tvisteløsningsnemnda, vedtak 103/22. Nemndas flertall kom til at merarbeidet ikke var utført jevnlig. Beregningsperioden i denne saken var 4. mai 2021 til 3. mai 2022.

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har rett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. A anfører at til tross for enkelte hull i merarbeidet, må en så høy andel merarbeid som hun har utført i tolv månedersperioden være tilstrekkelig for å oppfylle jevnlighetsvilkåret.

Arbeidstaker mener at merarbeidet verken er tilfeldig eller sporadisk. Hun viser til at arbeidsgiver forsetter å ha henne i merarbeid, og at behovet øker. Hun har også avtale med funksjonsleder om at hun skal fortsette å sette henne opp på ekstravakter til å utføre fagarbeid. A viser videre til at todelt turnus vanskeliggjør muligheter for merarbeid, på grunn av behov for, eller krav om, fri før og etter vakt. Arbeidstaker anfører at flere forhold fra arbeidsgivers side har vanskeliggjort mulighetene for merarbeid i tolv månedersperioden, uten at det er et uttrykk for at arbeidsgiver ikke har et varig og stabilt behov for merarbeid. Hun viser til at B ansatte en person på 0-avtale fra uke 17 og ut året 2022, sommervikarer i uke 23-33 og at funksjonsleder som tildeler ekstravakter avvirket ferie i uke 25-28. I tillegg avvirket hun selv ferie uke 30-32.

Arbeidstaker opplyser at det over tid har vært et problem for laboratoriet med behov for flere folk eller endring i turnusen. For 2023 ble ikke turnusen godkjent og signert av NITO før arbeidsgiver hadde tilført minst 80 prosent merarbeid fordi de anså behovet som så stort. A opplyser videre at framfor å gi fast deltidsansatte økt stilling, valgte arbeidsgiver å gi et 80 prosent vikariat til en sekretær for å avlaste på de faste ansatte sitt arbeid. Til tross for dette,

har hun likevel i perioden fra 15. november 2022 til 31. januar 2023 har hatt ni dager med merarbeid.

Arbeidsgivers anførsler

B gjør gjeldende at A ikke har rett til utvidet stilling tilsvarende den faktiske arbeidstiden de siste 12 månedene og anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig.

Arbeidsgiver viser til at det i perioden mellom 17. juni 2022 og 15. september 2022 kun har vært utført 2 timer og 9 minutter merarbeid, fordelt på fire vakter. Til tross for at det er avviklet ferie, er det en periode på 12 uker med lavt omfang merarbeid. I tillegg viser arbeidsgiver til følgende opphold i merarbeidet:

- 17.12.21-14.01.2022 (ca. 4 uker)
- 25.01.22-09.02.22 (2 uker)
- 09.02.22-01.03.22 (ca. 3 uker)
- 29.04.22-18.05.22 (2,5 uker)
- 17.10.22-07.11.22 (ca. 3 uker)

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 14. november 2022. 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 14. november 2021 til og med 13. november 2022. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 253,75 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Partene er enige i omfanget av og når den enkelte vakt er utført. Uenigheten mellom partene i denne saken er om jevnlighetsvilkåret er oppfylt.

Inngangskriteriet 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 jevnlig, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Solberg, forstår kravet til jevnlighet slik at A ikke har krav på økt stilling. Flertallet viser til at det er faktisk utførte vakter med merarbeid som er grunnlaget for jevnlighetsvurderingen og at dokumentasjonen i saken viser ett opphold på fire uker, ett opphold på to uker, ett opphold på 2,5 uker og to opphold på ca. tre uker i utført merarbeid. Av særlig betydning for flertallets vurdering er likevel perioden på 12 uker, i juni-september, hvor A kun har utført til sammen 2 timer og 9 minutter timer merarbeid, fordelt på fire vakter. Selv om deler av periodene uten eller med lite merarbeid har årsak i ferieavvikling, sykdom eller begrensede muligheter for merarbeid, finner flertallet etter en samlet vurdering at merarbeidet ikke har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Nemndas flertall har etter dette kommet til at jevnlighetskravet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke er oppfylt, og at A derfor ikke kan få medhold.

Nemndas mindretall, medlemmet Enoksen, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. Mindretallet viser til at arbeidstaker både har en høy stillingsprosent og jobber todelt turnus, noe som begrenser muligheten til merarbeid. Til tross for dette har A utført merarbeid tilnærmet hver måned i beregningsperioden.

Merarbeidet går etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, herunder enkelte opphold, vitner merarbeidet etter mindretallets syn om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Mindretallet ser det lave innslaget av merarbeid mellom 17. juni 2022 og 15. september 2022 i sammenheng med at det ble ansatt sommervikarer, noe som etter mindretallets syn åpenbart begrenset arbeidstakers mulighet til å utføre merarbeid. Nedgangen i merarbeidet er dermed etter mindretallets syn ikke et uttrykk for et redusert arbeidskraftsbehov hos arbeidsgiver. Mindretallet viser også til arbeidsgivers opplysning om at behovet for merarbeid i virksomheten ikke er bortfalt. Dokumentasjonen i saken viser at arbeidstaker i den aktuelle perioden har arbeidet 253,75 timer ut over avtalt arbeidstid, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 15,21. Sammenholdt med arbeidstakers 80 prosent-stilling, anser mindretallet at dette er merarbeid av et slikt omfang at jevnlighetsvilkåret er oppfylt.

Konklusjon

A gis ikke medhold i krav om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

29. mars 2023

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.