

VEDTAK NR 228/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 31. oktober 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Sigrun Sagedahl, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne

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 15,26 prosent i B kommune.

I tillegg til sin faste stilling har A hatt et vikariat på 32,39 prosent med varighet fra 1. oktober 2016 til 31. mai 2017.

Den 23. mai 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse til 46 prosent stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 2. juni 2017.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 13. juni 2017, poststemplett 14. juni 2017.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 13. juni 2017
- e-post av 5. oktober 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 13. september 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet er jevnlig utført i beregningsperioden, og hun har rett på utvidet stilling i samsvar med dette. I vikaravtalen er det ikke angitt hvilken arbeidstaker hun har vikariert for.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Merarbeidet er ikke jevnlig utført i beregningsperioden. Fra 1. oktober 2016 til 31. mai 2017 gikk A i et vikariat på 32,39 prosent i tillegg til sin faste stilling. Vikariatet må regnes som avtalt arbeidstid, og skal dermed ikke i beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

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 nestleder 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 23. mai 2017. 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 23. mai 2016 til og med 22. mai 2017.

Uenigheten mellom partene i denne saken omhandler hva som skal inngå i grunnlaget for beregning av en eventuell utvidet stillingsprosent, samt hvorvidt merarbeidet er jevnlig utført i beregningsperioden.

Nemnda vil først ta stilling hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget. Nemnda viser her 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 faste stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrenser 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».

I herværende sak har arbeidstaker i løpet av beregningsperioden arbeidet i et skriftlig avtalt vikariat med fastsatt stillingsstørrelse. Slik saken er opplyst, finner nemnda ikke grunnlag for å overprøve vikaravtalens gyldighet. Nemnda har derfor, i tråd med synspunktet over, kommet til at arbeidet i vikariat ikke skal anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid» i lovens forstand.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser da at A har arbeidet 362,75 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Problemstillingen nemnda da må vurdere er hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet 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 jevnlighetskriteriet, har A ikke krav på utvidet stilling. Det er i vurderingen blant annet lagt vekt på at det i beregningsperioden er flere uker uten merarbeid, herunder ett opphold på opptil åtte uker. Det er dessuten store variasjoner i merarbeidet per måned. Selv om det er tatt hensyn til ferie og annet fravær, har merarbeidet etter nemndas oppfatning ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet til at nemnda kan konkludere med at merarbeidet er uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Nemnda finner etter en helhetsvurdering at merarbeidet ikke fremstår som en etablert praksis som oppfyller lovens krav, og har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
nestleder

03.11.2017

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).