



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
18. september 2020

Vår referanse
2020/103

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 129/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 17. september 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Mårten Brandsnes Faret, KS

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 assistent i stilling på 57 prosent i B kommune, for tiden med tjenestested ved Enhet institusjonstjenester X. Stillingen ble utvidet fra 50 til 57 prosent den 13. januar 2020.

Den 30. mars 2020 fremsatte A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 15. mai 2020. Avslaget ble begrunnet med at arbeidstaker ikke hadde utført merarbeid tilsvarende kravets størrelse, og at hun etter økning av stillingen med 7 prosent har hatt en vesentlig økning i fravær.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 27. mai 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 27. mai 2020 med vedlegg
- e-post av 11. juni 2020 med vedlegg
- brev datert 3. august 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 21. juli 2020 med vedlegg
- brev datert 24. august 2020

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til 85 prosent stilling på bakgrunn av merarbeidet hun har utført i beregningsperioden.

Fraværet skyldes helseutfordringer som følges opp av fastlegen og spesialisthelsetjenesten og går bedre nå. Egenmelding er brukt for å unngå sykmelding.

A har en annen oppfatning enn arbeidsgiver når det gjelder hendelsene som er knyttet til avviksmeldingene.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke kan få medhold i sitt krav. Arbeidsgiver har allerede utvidet stillingen i forbindelse med ny årsturnus 2020 til tross for høyt fravær og helseutfordringer.

Merarbeidet er ikke av det omfang arbeidstaker anfører. Høsten 2019 fikk arbeidstaker mulighet til å arbeid inn faste vakter for å dekke inn egenmeldt fravær uten å tape lønn.

Ekstravakter utført nær dager med egenmeldingsfravær i faste vakter er ikke å anse som merarbeid.

Arbeidsgiver er ikke trygg på å bruke A i vikariat eller gi henne høyere stilling. Hun har et høyt fravær og ivaretar ikke arbeidstiden, og arbeidsgiver har i 2020 håndtert flere avviksmeldinger knyttet til oppførsel og arbeidsutførelse. Det er et mønster at hun tar på seg ekstravakter i helgene og melder seg syk til avdelingen rett før vekten. På bakgrunn av flere meldte avvik tilknyttet hennes oppførsel og arbeidsutførelse ble det gjennomført samtaler 28. august 2019, 3. mars 2020, 16. mars 2020.

Tvistløsningsnemndas 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 30. mars 2020. 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 30. mars 2019 til og med 29. mars 2020. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 504,77 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, og om fravær og avvik er til hinder for stillingsutvidelse.

Arbeidsgiver har anført at 6 vakter av til sammen 42,6 timer som arbeidstaker har ført opp som merarbeid ikke er utført fordi arbeidstaker har vært fraværende ved egenmelding. Merarbeidet skal derfor ikke inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda legger til grunn opplysningene i de innsendte timelistene som viser at arbeidstaker var fraværende ved egenmelding ved fire av vaktene arbeidsgiver peker på og at hun arbeidet to av vaktene med til sammen 14,42 timer. Nemnda har derfor holdt fire av de seks nevnte vaktene utenfor beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har videre anført at mange av vaktene ikke er å anse som merarbeid i lovens forstand, fordi arbeidstaker høsten 2019 fikk mulighet til å jobbe ekstravakter for å unngå å bli trukket i lønn og at arbeidstaker ved flere anledninger har vært fraværende ved egenmelding i dager rett før og/eller mellom flere av ekstravaktene.

Nemnda har ikke fått seg forelagt noen avtale eller annen skriftlig dokumentasjon som underbygger arbeidsgivers påstand om at nevnte vakter er å anse som avtalt arbeidstid. Uavhengig av om det skulle foreligge en slik avtale kan ikke nemnda se at det skulle ha betydning for hvorvidt vaktene anses som merarbeid og dermed inngår i beregningsgrunnlaget.

Dokumentasjonen i saken viser at A har utført 504,77 timer merarbeid i beregningsperioden.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» 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 går fram 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.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlign og at A har krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden, bortsett fra i juli da hun avviklet 3 uker ferie. Nemnda finner 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.

Arbeidsgiver har anført at As høye fravær og flere avviksmeldinger knyttet til oppførsel og arbeidsutførelse inneværende år gjør at hennes faste stilling ikke bør utvides. Etter nemndas oppfatning gir ikke slike forhold grunnlag for å frata arbeidstaker rett til utvidet stilling så lenge det merarbeidet som er utført oppfyller kravet til jevnlighett.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar nemnda utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 504,77 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 30,25. Med utgangspunkt i en gjennomsnittlig stillingsprosent i beregningsperioden på 51,46 utgjør dette samlet en stillingsprosent på 81,71.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling til en stillingsprosent på 81,71.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

18. september 2020

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).