



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato

11. november 2022

Vår referanse

2022/101

Saksbehandler

Katarina Torrissen Revang

VEDTAK NR 103/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 10. november 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
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

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

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

Den 4. mai 2022 fremsatte A krav om stillingsutvidelse til 100 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 2. juni 2022. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig gjennom beregningsperioden.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 13. juni 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 13.06.2022
- brev datert 05.09.2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 22.07.2022
- brev datert 13.09.2022

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har rett til utvidet stilling tilsvarende den faktiske arbeidstiden de siste 12 månedene og anfører i det vesentligste at merarbeidet er utført jevnlig. Det vises til at det i sommermånedene leies inn sommervikarer, og at avdelingsleder har ferie 28. juni 2021 – 25. juli 2021, og derfor ikke kaller inn til ekstravakter i den perioden. Ekstravakter blir ikke tildelt lang tid i forveien, og det er vanlig praksis at arbeid som kan vente blir utsatt til etter sommerferien. B har også ansatt en person på 0-kontrakt fra mai 2022 for å ta ekstravakter.

Det anføres i tillegg at todelt turnus gjør at det ikke er lovlig eller gunstig å ta på seg ekstravakter enkelte dager og uker, for eksempel før og etter tre langvakter i helgene.

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 i perioden mellom 10. mai 2021 og 16. august 2021 har A bare hatt merarbeid på 1 time og 35 minutter fordelt på tre vakter, henholdsvis den 27. mai, 23. juni og 6. juli. Arbeidsgiver vurderer derfor at jevnlighetskravet ikke er oppfylt, dette til tross for at A har avviklet ferie i denne perioden.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 4. mai 2022. 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 4. mai 2021 til og med 3. mai 2022. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 212,52 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Partene er enige i omfanget av og tidspunktet for utført merarbeid. 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 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.

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

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Almestrand, forstår kravet til jevnlighet slik at A ikke har krav på økt stilling. Dokumentasjon i saken viser at det er flere opphold i merarbeidet. Det er ett opphold på fem uker, tre opphold på tre uker og tre opphold på to uker. I tillegg er det en lang periode mellom 10. mai 2021 og 16. august 2021 med svært lavt omfang utført merarbeid, totalt 1 time og 35 minutter fordelt på tre vaker. Selv om deler av periodene uten eller med lite merarbeid har sin årsak i ferieavvikling, sykdom eller begrensede muligheter for merarbeid, finner nemndas flertall etter en samlet vurdering at merarbeidet ikke har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i

tolvmånedersperioden. Nemndas flertall har etter dette kommet til jevnlighetskravet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke er oppfylt, og at A 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 arbeidstaker både har høy stillingsprosent og en todelt turnus som vanskeliggjør mulighetene for merarbeid. Likevel har A utført merarbeid hver kalendermåned i beregningsperioden. Det lengste oppholdet er på fem uker, hvorav tre av disse er ferieavvikling. Ellers er det tre opphold på tre uker, hvorav én uke er forårsaket av ferie/sykdom samt tre opphold på to uker.

Når det gjelder perioden med lavt omfang av merarbeid mellom 10. mai 2021 og 16. august 2021, mener mindretallet bruken av midlertidig ansatte sommervikarer begrenset mulighetene til å utføre merarbeid. Nedgangen i merarbeidet er etter mindretallets syn derved ikke et uttrykk for et redusert arbeidskraftsbehov, men en følge av at arbeidsgiver dekket opp bemanningsbehovet på annen måte enn med merarbeid fra A. Reduksjonen i merarbeid denne perioden kan derfor ikke sies å være et uttrykk for arbeidsgivers løpende arbeidskraftsbehov gjennom året, som jevnlighetskravet skal fange opp, men derimot et tilfeldig avvik fra det løpende merarbeidsbehovet i driften ellers. Perioden kan etter mindretallets syn derfor ikke få avgjørende betydning for vurderingen, når beregningsgrunnlaget som nevnt ellers tilsier at jevnlighetskravet er oppfylt.

Etter en konkret helhetsvurdering finner nemndas mindretall at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolvånedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Det er i saken ikke anført at behovet for merarbeid har falt bort. Etersom flertallet har konkludert med at merarbeidet ikke er jevnlig er det ikke nødvendig for mindretallet å foreta utregning av ny fast stillingsprosent.

Konklusjon

A gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

11. november 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.