

VEDTAK NR 21/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte mandag 19. mars 2018.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Gry Brandshaug Dale, KS

Saken gjelder

Twist 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 jordmor i stilling på 50 prosent hos B. Hun var i tillegg midlertidig ansatt i 25 prosent i perioden 1. september 2016 til 1. januar 2017.

Den 25. september 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble delvis innfridd 18. oktober 2017. A fikk økt stilling til 80 prosent. Partene er uenige om beregningsgrunnlaget for stillingsutvidelsen.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 619,83 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 25. september 2016 til og med 24. september 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 12. november 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 12. november 2017
- e-post av 5. desember 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 5. desember 2017
- e-post av 5. mars 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at måneder hvor hun har arbeidet over 100 prosent ikke skal strykes i beregningen av merarbeidstimer. A anfører at det er faktisk utført arbeid som skal legges til grunn. Videre anføres det at utvidelsen av stillingen skal gjelde fra fremsettelsen av kravet.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at timer arbeidet utover 100 prosent pr. måned må strykes fra beregningen av merarbeid. Arbeidsgiver tolker bestemmelsen slik at unormale arbeidstopper også kan strykes, da dette ikke er et uttrykk for et «jevnlige behov». Arbeidsgiver har likevel ikke gjort dette ved vurderingen av denne saken. Videre har arbeidsgiver ikke tatt med arbeid under den midlertidige ansettelsen i 25 prosent stilling, ettersom det var avtalt arbeid. Arbeidsgiver anfører også at det ikke er noen automatikk i at tidspunktet for fremsettelse av kravet også skal være tidspunktet for når utvidet stilling skal gjelde fra.

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 25. september 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 25. september 2016 til og med 24. september 2017. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 619,83 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Når det gjelder tidspunktet for når stillingsutvidelsen skal gjennomføres fra, vises det til at nemndas kompetanse er begrenset til å ta stilling til om arbeidstaker har rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Det uttales i bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) at nemnda skal ta stilling til hvorvidt vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. I brev fra departementet av 30. september 2015 uttaler departementet at nemnda også skal fastsette størrelsen på en eventuell stillingsutvidelse. Nemnda legger likevel til grunn at retten til å få utvidet stillingen senest må gjelde fra nemndas avgjørelse har kommet frem til partene. Med dette har ikke nemnda tatt stilling til om arbeidstaker har krav på erstatning for tapt lønnsinntekt på grunnlag av at stillingsutvidelsen eventuelt skulle blitt gjennomført på et tidligere tidspunkt, da nemndas kompetanse er begrenset til å ta stilling til om arbeidstaker har rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Nemnda har ikke kompetanse til å ta stilling til et eventuelt erstatningskrav. Det vises til nemndas vedtak 62/16.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder også beregningen av stillingsutvidelsen.

Nemnda viser 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 formelle 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».

Arbeidstaker har i tillegg til sin faste stilling vært midlertidig tilsatt i 25 prosent i perioden 1. september 2016 til 1. januar 2017. Arbeid etter denne avtalen anses ikke som «arbeid utover avtalt arbeidstid» og skal ikke være med i beregningsgrunnlaget for merarbeid.

Vilkåret 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.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har 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 og 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.

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. Det følger imidlertid av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, og det heter i forarbeidene at det «bør imidlertid være åpent for å benytte et visst skjønn i vurderingen». Arbeidsgiver har anført at timene arbeidstaker har arbeidet mer enn 100 prosent stilling i enkelte måneder skal trekkes ut av beregningen. Nemnda finner det imidlertid ikke naturlig å foreta slike kutt i denne saken. 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 vil alltid være noe variasjon i merarbeidet og det vil kunne gi tilfeldige utslag dersom man gjør slike kutt på månedlig basis uten å foreta en totalvurdering. Nemnda har derfor ikke funnet grunn til å fravike hovedregelen om at det må være den gjennomsnittlige stillingsstørrelsen for hele beregningsperioden som legges til grunn i denne saken.

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 619,83 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 37,15. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 87,15.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 37,15.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

09.04.2018

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).