



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
27. august 2021

Vår referanse
2021/52

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 97/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Møte i Tvisteløsningsnemnda torsdag 26. august 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
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 hjelpepleier i stilling på 62,44 prosent i B kommune.

Den 8. februar 2021 fremsatte Fagforbundet på vegne av A, krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 16. februar 2021. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i hele perioden.

Det ble gjennomført drøftingsmøte i saken den 23. februar 2021.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 9. mars 2021. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 9. mars 2021 med vedlegg
- brev datert 5. juli 2021 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 26. mars 2021
- brev datert 29. mars 2021
- brev datert 30. mars 2021
- brev datert 26. juni 2021
- e-post datert 8. juli 2021
- brev datert 22. juli 2021

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun jevnlig har utført merarbeid ut over sin faste stillingsandel, og mener at hun har rett til å øke sin faste stillingsandel tilsvarende utført faktisk merarbeid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Videre anfører hun at det må tas hensyn til at hun har en nattstilling, og at det ikke er mulig å jobbe så mange dager/netter ekstra fordi de som jobber nattevakter må hvile ut etter vakter. Hun anfører at arbeidsgiver må se at det er forskjell mellom turnusarbeid og nattarbeid.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke er utført jevnlig da det er flere opphold på en måned eller mer i beregningsperioden. Arbeidsgiver viser til at det i beregningsperioden har vært perioder uten merarbeid mellom 10. mars og 13. april 2020, mellom 18. april og 25. mai 2020, mellom 7. juli og 21. august 2020, mellom 5. november og 10. desember 2020 og mellom 12. desember 2020 og 16. februar 2021. I tillegg har arbeidsgiver anført at noen av timene skal tas ut av beregningsgrunnlaget.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver den 8. februar 2021. 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 8. februar 2020 til og med 7. februar 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 195,25 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder omfanget av timer som skal tas med i beregningsgrunnlaget, og om jevnlighetskravet er oppfylt.

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 avgrensner 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».

Arbeidsgiver har levert inn en oversikt hentet fra timelister og lønnsutbetalinger på 195,25 timer merarbeid i beregningsperioden. A er enig i at disse timene er merarbeid, men har i tillegg ført opp 81 timer merarbeid. Arbeidsgiver anfører at vekten den 14. oktober 2020 ble feilført på fastlønn og ble lagt til utbetaling den 2. desember 2020, slik at det ikke var utført merarbeid på noen av de dagene. Arbeidsgiver anfører videre at det ikke var utført lønnsutbetaling for de oppførte vaktene i 2021, men derimot i 2020 for datoene 2., 21., 24. og 27. januar 2021. Den 16. januar 2021 var det ikke foretatt lønnsutbetaling hverken i 2020 eller 2021.

Av de 81 timene som arbeidstaker har tatt med er arbeidsgiver enig i at 1,5 timer merarbeid den 29. september 2021 for et møte på ettermiddagen, og 9 timer merarbeid den 30. oktober 2021 skal tas med i beregningen. Etter en gjennomgang av partenes innsendte dokumentasjon finner nemnda det sannsynliggjort at det er utført 205,75 timer merarbeid i beregningsperioden. Nemnda legger vekt på at arbeidsgiver har redegjort for ulikhetene i timetallet og legger denne redegjørelsen til grunn for hvilke timetall som skal inngå i beregningen, siden arbeidstaker ikke har hatt innsigelser til dette.

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 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.

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall. Nemndas flertall, medlemmene Faret og Solberg, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlign og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter flertallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemndas flertall viser til at A har hatt ekstravakter stort sett hver måned i beregningsperioden. Flertallet tar i betraktning at As faste stillingsandel er på natt, og at det er et behov for å hvile ut etter faste vakter. Ekstraarbeidet har derved hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden, og merarbeidet fremstår som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Nemndas mindretall, medlemmet Due, har kommet til at As merarbeid ikke er utført jevnlign, og at hun derved ikke har rett til utvidet stilling. I vurderingen har mindretallet lagt vekt på at det er flere opphold i merarbeidet i beregningsperioden, med varierende lengde. Det er blant annet et opphold på over syv uker i perioden 20. desember 2020 og 7. februar 2021. Det er også andre perioder med opphold på cirka fem uker, uten at oppholdet skyldes lovpålagt ferie eller annet lovlig fravær. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Nemndas mindretall har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

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 stillings økning 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 205,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 12,33. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 74,77.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 12,33.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

27. august 2021

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.