



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato

05.02.2019

Vår referanse

2018/31297

Saksbehandler

Mona Ekelund

VEDTAK NR 15/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 24. januar 2019

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder

Gry Brandshaug Dale, KS

Tore Trygve Dahlstrøm, Unio

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 12,79 prosent i B kommune.

Hun hadde i tillegg en midlertidig stilling på 22,61 prosent i perioden 1. september 2016 - 31. desember 2016. I perioden 1. mai 2017- 31. juli 2017 hadde hun en midlertidig stilling på 18,35 prosent som fagarbeider. Hun har i tillegg tatt vakter som tilkallingsvikar.

Den 26. mai 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

I tilsetningskontrakten datert 22. mai 2018 tilbød B kommune A fast stilling som assistent i stilling på 70,57 prosent på bakgrunn av kravet. A er uenig i kommunens beregning av stillingsprosenten og mener hun har utført et høyere antall timer merarbeid enn arbeidsgiver har lagt til grunn.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 19. juni 2018, poststemplett 20. juni 2018. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 19. juni 2018 med vedlegg
- brev poststemplett 5. september 2018 med vedlegg
- e-post av 26. oktober 2018
- e-post av 31. oktober 2018 med vedlegg
- e-post av 3. januar 2019 med vedlegg
- e-post av 4. januar 2019
- to e-poster av 25. januar 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 2. juli 2018
- brev datert 13. august 2018 med vedlegg
- brev datert 13. september 2018
- e-post av 4. oktober 2018
- e-post av 28. november 2018 med vedlegg
- e-post av 3. desember 2018
- e-post av 4. desember 2018
- e-post av 28. januar 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker krever en høyere stillingsprosent enn 70,57. Hun signerte avtalen av lønnsmessige grunner. Ettersom hun har to arbeidsplasser, flere elektroniske timelister og i tillegg manuelle, har arbeidsgiver ikke klart å få med seg alt merarbeidet i sin beregning. Hun anfører at hun har 1159,5 timer utført merarbeid i perioden.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver har gitt A fast ansettelse med økning i stillingsprosent noe høyere enn hva merarbeidet som arbeidstaker har utført i beregningsperioden ville gitt. Det nøyaktige timetallet for kravperioden er 945,5.

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 leder og to faste medlemmer.

Sak må reises for Tvisteløsningsnemnda senest fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet fram til arbeidstaker. Fristen beregnes og avbrytes etter reglene i domstolloven kapittel 8, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 4 (1).

Slik saken er opplyst legger nemnda til grunn at kontrakten om stillingsutvidelse datert 22. mai 2018 er å anse som endelig skriftlig avslag på kravet. Arbeidsgiver har opplyst at kontrakten sannsynligvis ble sendt per post og at arbeidstaker må ha mottatt den kort tid etter 22. mai 2018. Arbeidstaker opplyser at hun fant kontrakten liggende på kontoret på jobb den 25. mai 2018.

Etter dette legger nemnda til grunn at arbeidstaker i alle tilfeller mottok kontrakten tidligst 23. mai 2018 og senest 25. mai 2018. Fristen for å fremme saken for Tvisteløsningsnemnda utløp dermed tidligst 20. juni 2018 og senest 22. juni 2018.

Saken ble brakt inn til nemnda ved brev datert 19. juni 2018, poststemplet 20. juni 2018 og anses derfor som rettidig innbrakt.

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 26. 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 26. mai 2016 til og med 25. mai 2017.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvor mange timer merarbeid arbeidstaker har utført i perioden.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget: 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 avgrensar 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».

Det følger av dette at det kun er merarbeid utover den faste stillingen på 12,79 prosent og de to midlertidige stillingene på 18,35 prosent og 22,31 prosent som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda er forelagt et stort antall timelister og ulike skjematiske oversikter over merarbeidet. Det forekommer avvik mellom timelister fra henholdsvis arbeidstaker og arbeidsgiver uten at arbeidsgiver har kunnet forklare hva ulikhetene skyldes. Nemnda legger til grunn timelistene som er hentet fra timeregistreringssystemet Notus i januar 2019. Denne dokumentasjonen viser at A har arbeidet 1066 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden.

Retten til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid er imidlertid betinget av at merarbeidet er jevnlig utført. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlige» 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. Etter forarbeidene (prop. 83 L for 2012-2013) er hyppighet, omfang og stabilitet sentrale momenter i vurderingen.

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 flere ganger hver måned i beregningsperioden. Nemnda finner dermed at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår således 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 hensyn 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 1066 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 63,89. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 76,68. A har allerede fått utvidet sin faste stilling til 70,57 prosent på grunnlag av merarbeidet i perioden. Hun har derfor krav på ytterligere økning av sin stilling med 6,11 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling til en stillingsprosent på 76,68.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

05.02.2019

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).