



Vedtaksdato
13. september 2019

Vår referanse
2019/20948

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR 113/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 11. september 2019.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Sigrun Sagedahl, nestleder
Silje Hassellund Solberg, LO
Per H. Engeland, Virke

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 fagarbeider i stilling på 50 prosent ved X i B kommune.

Den 15. mars 2019 fremsatte 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 29. mars 2019. Avslaget ble begrunnet med at kravet til jevnlighet ikke var oppfylt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 2. april 2019, poststempelt 15. april 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 2. april 2019, med vedlegg
- SMS sendt 4. september 2019
- SMS sendt 5. september 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 14. mai 2019, med vedlegg
- e-post av 5. september 2019
- to e-poster av 6. september 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører at hun de siste 12 måneder jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, og dermed har krav på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører at merarbeidet ikke har vært jevnlig, og at hun derfor ikke har krav på utvidet stilling. B kommune anfører også at behovet for A merarbeid er bortfalt, da det meste av merarbeidet dekkes av ansatte som inngår i en vikarpool. I tillegg anføres at behovet er bortfalt som følge av at sykefraværet ved bofellesskapet er redusert.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 15. mars 2019. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 15. mars 2018 til og med 14. mars 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 301 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1 846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» utover avtalt arbeidstid. Dette byr på en konkret og skjønsmessig 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.

Ved vurderingen av om merarbeidet er utført jevnlign, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Etter mindretallets, medlemmet Engelandts, forståelse av kravet til jevnlighett, kan ikke A ha krav på økt stilling. Det vises til at hun ikke har hatt merarbeid i 26 av ukene i beregningsperioden, og at hun i tre av månedene kun har hatt én ekstravakt. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolvånedersperioden. Mindretallet finner etter dette at A ikke oppfyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Nemndas flertall, medlemmene Sagedahl og Solberg, har imidlertid kommet til at merarbeidet er utført jevnlign. Etter flertallets oppfatning går merarbeidet i denne saken utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Flertallet viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden, og at hun har avviklet ferie i begge periodene der det har vært tre ukers opphold i merarbeidet. Flertallet finner at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolvånedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har videre anført at behovet for arbeidstakers merarbeid ikke lenger foreligger. Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

«Departementet finner det ikke hensiktsmessig å fastsette konkrete krav til hvilken dokumentasjon som arbeidsgiver må legge fram. Arbeidsgiver vil i praksis måtte fremlegge informasjon som gjør det mulig for arbeidstaker og eventuelt Tvisteløsningsnemnda å etterprøve. Det avgjørende vil være hvorvidt og i hvilken grad arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har behov for merarbeidet i tiden framover.»

Slik denne saken er opplyst, har nemndas flertall kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Flertallet legger vekt at kommunens ordning med vikarpool har eksistert siden før beregningsperioden, og at A har hatt 301 timer merarbeid til tross for vikarpoolens eksistens. Flertallet mener derfor at det ikke er dokumentert at behovet er bortfalt som følge av at ansatte i vikarpoolen skal dekke opp ekstravakter. I tillegg finner flertallet å kunne legge liten vekt på sykefraværstatistikken, da avdelingen er liten og det dermed skal lite til av endringer for at det gir seg store utslag i statistikken.

A har etter dette rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar flertallet utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter flertallets oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1 668,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 301 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 18,04. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 68,04.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 18,04.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
Nestleder

13. september 2019

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).