



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
4. februar 2021

Vår referanse
2020/199

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 06/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 3. februar 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
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 kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som fagarbeider i stilling på 78 prosent i B kommune.

Den 9. oktober 2020 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunn av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Hun har i perioden 9. oktober 2019 til 8. oktober 2020 jobbet på to avdelinger i hjemmesykepleien.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i e-post av 12. oktober 2020. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 23. oktober 2020 fra Fagforbundet på vegne av A. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev med vedlegg datert 23. oktober 2020
- brev datert 3. desember 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev med vedlegg datert 23. november 2020
- brev datert 3. desember 2020

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at det er utført jevnlig merarbeid tilsvarende 24,07 prosent stilling i beregningsperioden, og at hun har krav på utvidet stilling tilsvarende dette. Hun anfører videre at timer som det er betalt overtid for har vært ekstra arbeid for å toppe bemanningen og må inngå i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune mener at A ikke har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid og anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke er utført jevnlig. I tillegg anfører de at timer som det er betalt overtidsgodtgjøring for ikke skal inngå i 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 (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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver den 9. oktober 2020. 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 9. oktober 2019 til og med 8. oktober 2020. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 406,25 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget, og om jevnlighetsvilkåret 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 det 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». Overtidsarbeid er i likhet med merarbeid arbeid utover avtalt arbeidstid, og skal derfor tas med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a 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.

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 vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har utført merarbeid hver måned. Nemnda finner at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed 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. 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 406,25 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 24,25. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 102,35 prosent. Da ingen kan ha mer enn full stilling hos samme arbeidsgiver utgjør dette samlet sett en stillingsprosent på 100.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 22 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

4. februar 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 (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).