



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato

19. februar 2021

Vår referanse

2020/165

Saksbehandler

Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 17/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 18. februar 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder

Tore Trygve Dahlstrøm, Unio

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 80,05 prosent i B kommune, for tiden ved Helsehuset 2, avdeling intermediær.

Den 10. juni 2020 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 24. august 2020. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 9. september 2020. 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. september 2020
- brev datert 15. oktober 2020
- brev datert 23. november 2020
- brev datert 13. januar 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 25. september 2020
- brev datert 29. oktober 2020
- e-post av 30. oktober 2020
- e-post av 17. desember 2020

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet er utført jevnlig og at hun har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. I flere av ukene arbeidsgiver påpeker som opphold i merarbeidet har ikke arbeidstaker kunne utføre merarbeid da dette ville medføre overtid. Arbeidstaker mener man må ta hensyn til høy stillingsprosent når man vurderer jevnlighet. Jo større stilling, jo mer sporadisk vil vaktene være for å holde seg innenfor lov og avtaleverk.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid fordi merarbeidet ikke har vært utført jevnlig. Arbeidsgiver ser heller ikke at merarbeid i alle de ukene arbeidstaker peker på ville medført brudd på arbeidsmiljøloven. Arbeidsgiver anfører at vakter som er byttet og vakter som ikke er utført på grunn av egenmelding ikke skal tas med 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 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 10. juni 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 10. juni 2019 til og med 9. juni 2020. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 193 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Nemnda legger til grunn at beregningen skal foretas på grunnlag av de timer arbeidstaker faktisk har arbeidet utover fast stilling. Planlagte merarbeidstimer hvor arbeidstaker har vært syk tas derfor ikke med i beregningsgrunnlaget. Dette er også lagt til grunn i nemndas tidligere praksis, se vedtak 62/18, 88/19 og 138/19. Vakter med sykefravær trekkes fra siden de faktisk ikke er utført. Det samme gjelder vakter som er byttet eller senere avspasert. Disse vaktene tas ikke med i beregningen da dette ikke kan anses som arbeid utover den faste arbeidstiden.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder om jevnlighetskravet 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 en høy stilling i bunn og at

hun har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden bortsett fra juli 2019 hvor hun har avvirket ferie. Nemnda 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.

Arbeidsgiver har ikke anført eller dokumentert at behovet for merarbeid har bortfalt.

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 193 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 11,57. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 91,62.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 11,57.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

19. 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).