



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
19. mars 2021

Vår referanse
2020/222

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 29/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 18. mars 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Marianne Pedersen, Virke

Saken gjelder

Tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som helsefagarbeider i stilling på 50 prosent hos B, ved X bo- og rehabiliteringssenter.

Den 27. oktober 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 3. november 2020.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 23. november 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 23. november 2020
- e-post av 6. desember 2020
- e-post av 6. januar 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 30. november 2020
- e-post av 15. 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.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at arbeidstaker ikke har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Timer som arbeidstaker ikke har utført på grunn av sykdom skal ikke tas med i beregningsgrunnlaget. Arbeidstaker har i hovedsak utført merarbeid for å dekke opp for ferie, permisjon og sykefravær.

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 27. oktober 2020. 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 27. oktober 2019 til og med 26. oktober 2020. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 491,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Nemnda legger videre 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 derfor fra siden de faktisk ikke er utført. Dette utgjør 90 timer.

Arbeidsgiver har ikke anført noe konkret om merarbeidets jevnlighet, de har kun avslått kravet. Nemnda legger til grunn at arbeidsgiver ikke anser merarbeidet som utført jevnlig.

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 delt seg i et flertall og i et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Pedersen har etter flertallets forståelse av kravet til jevnlighet kommet til at A ikke har krav på økt stilling. Det har vært flere opphold uten merarbeid, blant annet på 4, 3 og 3 uker. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolvånedersperioden. Flertallet har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Nemndas mindretall, medlem Solberg har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Mindretallet viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden. Mindretallet finner at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i

tolvmånedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering 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 mindretallet utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter mindretallets 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 491,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 29,46. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 79,46.

Arbeidsgiver har ikke anført eller dokumentert at behovet for merarbeid har bortfalt og mindretallet legger derfor til grunn at behovet for As merarbeid ikke har bortfalt.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

19. mars 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).