



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
26. juni 2020

Vår referanse
2020/79

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 109/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 25. juni 2020.

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 assistent i stilling på 50 prosent i B kommune, for tiden med tjenestested X barnehager.

A har i tillegg hatt tre tilkallingsavtaler som gjelder henholdsvis periodene 1. januar – 31. juli 2019, 1. august – 31. desember 2019 og 1. januar – 30. juni 2020.

Den 4. mars 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 23. mars 2020. Avslaget ble begrunnet med at vakter i vikariater for navngitte personer ikke er å anse som merarbeid og kravet til jevnlig arbeid utover avtalt arbeidstid derfor ikke er oppfylt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 15. april 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 15. april 2020 med vedlegg
- brev datert 29. april 2020 med vedlegg
- brev datert 27. mai 2020
- brev datert 21. juni 2020 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 14. mai 2020 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til utvidet stilling fordi hun har jobbet vesentlig mer enn sin faste stillingsandel helt siden hun ble fast ansatt i 2016. Det foreligger ingen avtaler for vikariatene arbeidsgiver viser til. Hun har blitt fortalt at hun går i vikariat for en som er sykemeldt, men merarbeidet er ikke redusert selv om personene arbeidsgiver viser til er tilbake i jobb. Det er riktig at hun har fravær de dagene arbeidsgiver har opplyst, utenom den 31. januar 2020, da hun jobbet en vakt på 7,5 timer.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke kan få medhold i sitt krav. Alle vakter hun har arbeidet utover egen stillingsstørrelse er knyttet til på forhånd avtalte vikariater for navngitte personer. Vikariatene gjelder i periodene 4. mars 2019- 26. januar 2020 (50 %), 27. januar – 20. mars 2020 (40%) og 27. januar 2020 til 5. april 2020 (10%).

8 vakter på tilsammen 56,25 timer som var planlagt, men ikke utført på grunn av fravær skal ikke tas med i beregningsgrunnlaget.

Subsidiært anføres at behovet for merarbeidet er bortfalt. Det foregår omfattende nedbemannings- og overtallighetsprosesser i barnehager og skoler i B kommune.

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 4. mars 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 4. mars 2019 til og med 3. mars 2020. Timelister forelagt nemnda viser at A har arbeidet 545,75 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

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

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

Arbeidsgiver har opplyst at 8 vakter på tilsammen 56,25 timer, som A har lagt til grunn for kravet, ikke er utført fordi hun var fraværende ved egenmelding og en vakt på 7,5 timer den 31. januar 2020 da hun avspaserte. A har bekreftet at hun var fraværende de aktuelle dagene, bortsett fra den 31. januar 2020.

Nemnda viser til at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende «faktisk arbeidstid». Beregningen skal derfor foretas på grunnlag av de timer arbeidstaker faktisk har arbeidet utover avtalt arbeidstid. Planlagte merarbeidstimer hvor arbeidstaker har hatt ferie, vært syk eller hatt permisjon med lønn tas derfor ikke med i beregningsgrunnlaget. Dette er også lagt til grunn i nemndas tidligere praksis, se vedtak 138/19, 88/19 og 62/18.

Etter at vaktene partene er enige om at arbeidstaker hadde fravær er trukket fra, gjenstår 545,75 timer merarbeid i beregningsperioden.

Når det gjelder vaktene 31. januar 2020 viser nemnda til at det fremgår av timelistene A har fremlagt at hun arbeidet 7,5 timer denne dagen. Ettersom arbeidsgiver ikke har kunnet fremlagge andre timelister, legger nemnda til grunn at vaktene ble gjennomført og timene inngår i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har anført at kravet i sin helhet er basert på vakter som inngår i på forhånd avtale vikariater på henholdsvis 50, 40 og 10 prosent, og at timene derfor ikke er å anse som merarbeid.

Spørsmålet nemnda må ta stilling til er om vakter etter de midlertidige avtalene er å anse som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

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 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». På den annen side presiseres det i forarbeidene at det ikke er «meningen at retten skal kunne uthules av at typiske ekstravakter konstrueres som enkeltstående midlertidige ansettelser». Det sentrale i vurderingen er «arbeidets varighet og dets karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon»/om det fremstår som «ekstraarbeid».

Nemnda har fått seg forelagt tre «Avtale for vikar som møter opp etter tilkalling og/eller vikariat med varighet inntil to måneder» som dekker hele beregningsperioden 4. mars 2019-3. mars 2020. Det framgår av ordlyden i disse at:

«Avtalen gjelder kortvarige midlertidige arbeidsforhold og vikarbehov ved fravær pga. sykdom, ferie eller andre forhold, jf. arbeidsmiljøloven § 14-9. Avtalen gjelder fra (...) til (...). Denne rammeavtalen sammen med den enkelte avtale om arbeidstid utgjør arbeidsavtalen.»

Etter nemndas oppfatning er avtalene av en annen type enn de midlertidige ansettelsene forarbeidene viser til som midlertidige stillingsutvidelser. Nemnda viser til avtaletittelen der det fremgår at det er tilkallingsavtaler og at verken stillingsprosent, arbeidstid eller hvem det vikarieres for framgår av avtalene. Avtalene gir således ingen forutberegnelighet for arbeidstaker. I tillegg har den nyeste avtalen tilføyelsen «Tilkallingsvikar og tilfeldige vakter» under punktet spesielle opplysninger. Slik nemnda oppfatter opplysningene i saken tildeles vaktene etterhvert som behovet oppstår også etter de to andre avtalene. Nemnda viser også til hvordan timene registreres av arbeidstaker selv i skjema med tittel «Time- og overtidsliste». Etter nemndas oppfatning fremstår derfor alle de tre avtalene som rene rammeavtaler for tilkallingsvikarer og det foreligger ikke dokumentasjon som underbygger arbeidsgivers påstand om at det er inngått vikaravtaler for navngitte personer med dertil tilhørende stillingsprosent. Vaktene som omfattes av de midlertidige avtalene er etter nemndas oppfatning typiske ekstravakter og må derfor anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid» og inngå i beregningsgrunnlaget. Nemnda har kommet til samme resultat i flere saker, se for eksempel vedtak 131/19, 62/19, 69/16 og 29/16.

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

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 visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned utenom juli 2019, da hun avviklet 3 uker ferie og at det er utført over 40 timer merarbeid i 10 av månedene og 30 i den siste. 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 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:

«Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid. (...) 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.»

I sak 129/16 har nemndas flertall uttalt følgende om planlagte nedbemanninger på avslagstidspunktet:

«For at nedbemanningsplaner skal ha betydning i de konkrete sakene nemnda skal avgjøre, må de etter flertallets oppfatning ikke bare fremstå som målsetninger, men være konkrete og allerede under behandling på tidspunktet for arbeidsgivers avslag. Enn videre må den planlagte nedbemanningen redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der merarbeidet som har utløst kravet på økt stilling, er utført.»

Flertallet understreker videre at nedbemanningen, for å være relevant, må ha som virkning at behovet for merarbeid reduseres.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda 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. Arbeidsgiver har opplyst at «Det foregår omfattende nedbemannings- og overtallighetsprosess i barnehager og skoler i B kommune» uten at dette er nærmere konkretisert eller dokumentert. As opplysning om at merarbeidet ikke er redusert er forelagt arbeidsgiver uten at denne har kommentert dette.

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 1762,5 timer.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 545,75 utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 30,96. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 80,96.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 30,96.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

26. juni 2020

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).