

VEDTAK NR 175/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 9. november 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Gry Brandshaug Dale, 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 ansatt som assistent i fast stilling på 31,69 prosent ved X bo- og aktivitetstilbud i B kommune. Hun var frem til 9. juni 2014 ansatt i 21,13 prosent fast stilling på samme sted. Stillingsøkningen skyldtes at hun overtok en allerede eksisterende fast stillingshjemmel fra en kollega som ønsket redusert stilling. A hadde i tillegg et vikariat på 32,77 prosent i perioden 8. desember 2014 til 7. juni 2015.

Ved X bo- og aktivitetstilbud planlegges turnusen for seks måneder av gangen i en såkalt «kalenderplan». Kalenderplanen settes først opp med vakter under de faste stillingene. Ansatte legger så inn kjent fravær i perioden, og deltidsansatte kan deretter velge å sette seg opp på de ledige vaktene opp til seks måneder frem i tid. I tillegg vil deltidsansatte i løpet av perioden normalt få tilbud om vakter som blir ledige på grunn av uventet fravær, slik som kortvarig sykdom m.v.

Den 4. februar 2015 fremsatte A med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 14-4 a krav om stillingsutvidelse med grunnlag i utført merarbeid de siste 12 måneder. Kravet la til grunn samtlige arbeidstimer utover hennes faste stilling, uten hensyn til om timene skrev seg fra den første eller den andre kategorien av vakter. Dokumentasjonen arbeidsgiver har fremlagt viser at A har arbeidet 1016 timer utover sin faste stilling i perioden 4. februar 2014 til 3. februar 2015. Summen inkluderer imidlertid vikartimer, og sakens dokumenter viser at det ble arbeidet 112,5 timer under vikariatet. Brutto arbeidstid i arbeidstakers stilling er oppgitt å være 1846 timer per år med en ukentlig arbeidstid på 35,5 timer i gjennomsnitt.

B kommune avsto søknaden i brev datert 24. mars 2015. A har opplyst at avslaget kom frem til henne 10. april 2015. Arbeidsgiver har opplyst at det var sykdom i administrasjonen på denne tiden, og at det ikke er sannsynlig at brevet ble sendt ut samme uke som det er datert. Palmesøndag falt på 29. mars i 2015, og postgangen er normalt noe tregere i påsken. Begrunnelsen for avslaget var at lovens vilkår om «jevnlige» utførelse av merarbeidet ikke var oppfylt. Under saksforberedelsen har arbeidsgiver anført at behovet er bortfalt som følge av overtallighet på enheten fra 1. oktober 2015. Til støtte for dette har arbeidsgiver fremlagt et møtereferat datert 24. juni 2015. Av referatet fremkommer det at kommunen var blitt oppmerksom på et overforbruk, og at det ville bli iverksett en nedbemanning av 7 årsverk innen 1. oktober 2015.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev fra Fagforbundet datert 24. april 2015. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 24. april 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 2. september 2015
- e-post av 1. april 2016
- e-post av 7. april 2016
- e-post av 6. juli 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir henne rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A i flere perioder ikke har utført merarbeid og at lovens vilkår om «jevnlige» utførelse av merarbeidet dermed ikke er oppfylt. Vakter avtalt ved fastsettingen av kalenderplanen må anses som «avtalt arbeidstid» og er ikke merarbeid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Behovet for merarbeidet bortfalt som følge av overtallighet på avdelingen. Uansett må en beregning av en eventuell stillingsutvidelse ta høyde for stillingsutvidelsen i opptjeningsperioden.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twist 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).

Etter 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder for det første hvorvidt de forhåndsavtalte vaktene i kalenderplanen skal anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid» og derved inngå i beregningsgrunnlaget for en eventuell stillingsutvidelse.

Nemnda vil først ta stilling til om de forhåndsavtalte vaktene i kalenderplanen er «arbeid utover avtalt arbeidstid» som skal inngå i beregningsgrunnlaget og derved ha betydning for jevnlighetsvurderingen.

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall når det gjelder forståelsen av kriteriet «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Nemndas flertall, medlemmene Due og Solberg, viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at bestemmelsen tar sikte på å omfatte jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Etter flertallets 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». Som eksempel nevner forarbeidene en deltidsarbeidende med 50 prosent stilling som for en periode i tillegg er ansatt i et vikariat i 50 prosent for en kollega som er i foreldrepermisjon. I et slikt tilfelle vil arbeidstaker (for en tid) ha avtalt arbeidstid tilsvarende full stilling; tilleggsstillingen kan således 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 ansettelsesforhold». Det sentrale i vurderingen er «arbeidets varighet og dets karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon» eller om det fremstår som «ekstraarbeid».

Ordningen med den såkalte «kalenderplanen» innebærer at de ansatte melder inn alt kjent fravær for et halvt år om gangen. Årsaken til fraværet er f.eks. ferieavvikling, studiepermisjoner, fødselspermisjoner, kurs osv. Deretter utarbeides en kalenderplan hvor ledige vakter blir fordelt på fast ansatte og tilkallingsvikarer, herunder gis deltidsansatte mulighet til å velge ledige vakter i hele perioden. Dette innebærer at partene inngår «avtale» om enkeltvakter utover den formelle stillingsandelen opp til seks måneder i forveien. Etter flertallets oppfatning har ordningen enkelte likhetstrekk med midlertidige ansettelsesforhold, selv om det ikke er inngått en skriftlig midlertidig arbeidsavtale for noen del av As arbeid utover hennes formelle stillingsandel. Kommunen kunne åpenbart inngått midlertidige ansettelsesavtaler for en del av fraværet, for eksempel vikar for arbeidstakere i foreldrepermisjon. Kommunen har i stedet valgt en organisering hvor alt kjent fravær, av både kortere og lengre varighet, samles og hvor deltidsansatte og tilkallingsvikarer kan velge hvilke enkeltvakter de ønsker å ta. En slik ordning har mindre likhetstrekk med en midlertidig ansettelse, for eksempel som vikar for en som er i permisjon og må snarere ses på som «typiske ekstravakter», hvor det inngås avtale for et halvt år om hvilke enkeltvakter den ansatte skal arbeide. En slik ordning har mer karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon» eller fremstår som «ekstraarbeid». Flertallet har derfor kommet til at de forhåndsavtalte vaktene i kalenderplanen må anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid», og derved inngå i beregningsgrunnlaget.

Til den konkrete subsumsjonen i denne saken viser flertallet til at A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 4. februar 2015. Etter § 14-4 a (1) annen setning skal tolv månedersperioden «beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav». Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at arbeidstaker fremmet sitt krav for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 4. februar 2014 til 3. februar 2015. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1016 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Det er dokumentert at dette inkluderer vakter under et vikariat, og at vakter under vikariatet utgjorde til sammen 112,5 timer. Etter fradrag for disse timene utgjør merarbeidet totalt 903,5 timer.

Nemndas mindretall, medlemmet Dale, mener vaktene i kalenderplanen tilsvarer en utvidelse av den faste stillingen ved en midlertidig arbeidsavtale på seks måneder. Disse vaktene skal derfor ikke medregnes ved vurderingen av jevnligheten. Det foreligger ikke etter mindretallets oppfatning et krav om at arbeidsgiver må gi hver arbeidstaker flere midlertidige arbeidsavtaler for hvert enkelt fravær, dvs. en avtale for fraværet som skyldes en kollegas foreldrepermisjon, en avtale for fraværet som skyldes planlagt sykefravær på grunn av en operasjon, osv. Det vil være uhensiktsmessig og svært tungvint. Kalenderplan er åpenbart et godt verktøy som gir både arbeidstaker, arbeidsgiver og brukerne forutberegnelighet. I Prop.83 L for 2012-2013 pkt. 4.4.4.2 uttales det at det ikke er meningen at retten til utvidet stilling skal kunne uthules ved at typiske ekstravakter konstrueres som enkeltstående midlertidige ansettelsesforhold. Departementet legger til grunn at det her vil måtte foretas grenseoppganger i praksis. I den forbindelse bør arbeidets varighet og dets karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon»/om det fremstår som ekstraarbeid, være sentralt. Mindretallet er av den klare oppfatning at når arbeidets varighet er seks måneder, vil hensynet til forutsigbarhet klart være oppfylt. Vaktene i kalenderplanen vil således ikke utgjøre en uthuling av retten etter merarbeidsregelen. Det

bemerkes imidlertid at det i forarbeidene ikke settes en nedre grense for hva som vil være en midlertidig arbeidsavtale ved bruk av kalenderplan.

Til den konkrete subsumsjonen mener mindretallet at kravet til jevnlighet likevel er oppfylt selv om vaktene i kalenderplanen tas ut.

Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, idet det vil være den arbeidstiden som tilsvarer 100 prosent stilling. Brutto arbeidstid i arbeidstakers stilling er oppgitt å være 1846 timer per år med en ukentlig arbeidstid på 35,5 timer i snitt. Etter fradrag for fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer.

Med nemndas forståelse av kravet til jevnlighet må A ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Etter nemndas oppfatning har ekstraarbeidet hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden og er uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfylder lovens krav. Nemnda har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

Det følger da av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedersperioden. Nemnda forstår dette slik at nemnda ved fastsettelsen av ny stillingsprosent i utgangspunktet må regne om hvor stor stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Det følger imidlertid av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, og det heter i forarbeidene at det "bør imidlertid være åpent for å benytte et visst skjønn i vurderingen". Nemnda ser det slik at det er arbeidsgivers *stabile og varige* behov for økt arbeidskraft som skal fylles, og at nemnda derfor skal fastsette en stillingsutvidelse i samsvar med det ekstraarbeidet som kan sies å være uttrykk for et slikt behov. Det må bl.a. bety at svært intense perioder med ekstraarbeid, f.eks. ved ferieavvikling eller i kortere perioder med typiske sesongsvingninger eller ekstraordinært sykefravær, ikke uten videre vil gi full uttelling ved fastsettelse av ny stillingsprosent.

Dokumentasjonen i saken viser at det i opptjeningsperioden har vært noe variasjon i mengden merarbeid. Slik flertallet vurderer denne saken er måneden med mest merarbeid, mai, ikke representativ for arbeidsgivers stabile og varige behov for As merarbeid. A kan derfor ikke få full uttelling for arbeidet i denne måneden ved fastsettelsen av ny stillingsprosent.

Etter en skjønnsmessig vurdering basert på de overnevnte momenter, finner flertallet at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling med en stillingsandel tilsvarende 51 prosent.

Nemndas mindretall har kommet til at de forhåndsavtalte vaktene i kalenderplanen ikke skal inngå i grunnlaget for stillingsutvidelsen, men anser det ikke nødvendig å gå inn på hvilken stillingsandel arbeidstaker dermed ville hatt krav på.

I denne saken fikk arbeidstaker utvidet sin faste stilling med en stillingsprosent på 10,56 den 9. juni 2014. Arbeidsgiver har opplyst at hun overtok en del av en allerede eksisterende fast stillingshjemmel fra en kollega som ønsket redusert arbeidstid. En slik intern stillingsoverføring øker ikke grunnbemanningen og vil ikke avhjelpe arbeidsgivers behov for

merarbeid. Nemnda anser derfor ikke stillingsøkningen som relevant for beregningen av stillingsøkningen A har rett til.

Arbeidsgiver har videre anført at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger som følge av en overtallighet ved enheten på til sammen 7 årsverk fra 1. oktober 2015.

Nemnda har i sak 129/16 gitt en utførlig redegjørelse for sitt syn på unntaksbestemmelsen i § 14-4 a. I vedtaket legger nemnda til grunn at det avgjørende vil være om arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver tok stilling til arbeidstakers krav eller at en sannsynlig utvikling i nær fremtid vil kunne ha samme virkning.

I juni 2015 ble det konstatert et overforbruk i enheten, dokumentert ved møtereferat datert 24. juni 2015. Overforbruk kan nødvendiggjøre en nedbemanning som i tur kan påvirke behovet for merarbeid, men nemnda kan ikke se at arbeidsgiver har dokumentert at slike tiltak var vedtatt eller igangsatt da arbeidsgiver avsto kravet 24. mars 2015. Nemnda går derfor ikke nærmere inn på om den påfølgende overtalligheten konkret påvirket behovet for As merarbeid.

Konklusjon

A har rett til en økning av sin stilling med en stillingsprosent på 47,24.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 15.11.2016

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).