

VEDTAK NR 131/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 31. mai 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder

Per Engeland, Virke

Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne (vara)

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 renholder i stilling på 64,67 prosent i B kommune. As stilling ble utvidet til 64,67 prosent fra 1. mai 2016 i forbindelse med et prosjekt for effektivisering av drift. Før dette hadde A stilling på 60,94 prosent. Full stilling utgjør 37,5 timer per uke.

Den 26. april 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse til 100 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo søknaden i forhandlingsmøte 22. august 2016. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet var utført for navngitte ansatte i langtidsfravær, og at det dermed forelå lovlige midlertidige ansettelse som ikke medførte rett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Det foreligger ingen skriftlige avtaler for merarbeidet.

Det opplyses at personen som var langtidssykemeldt nå har gått av med pensjon, og at stillingen nå dekkes opp av A selv, som fikk økt stillingen 1. mai 2016, og en annen ansatt som dekker den resterende delen av stillingen.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 22. august 2016. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 22. august 2016
- e-post av 24. mai 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 14. desember 2016
- brev datert 19. mai 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til utvidet stilling på bakgrunn av merarbeidet hun har utført i beregningsperioden, og at dette utgjør en stilling på 100 prosent.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører at det utførte merarbeidet er å anse som «avtalt arbeidstid» og ikke tilkallingsvakter, noe som ikke medfører rett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Det anføres at A har dekket opp langtidsfravær for navngitte personer ved å gå inn i deres ordinære arbeidsplaner, og at dette dermed må regnes som lovlige midlertidige ansettelse. Det har ingen betydning at det ikke foreligger skriftlige avtaler.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 26. april 2016. 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 26. april 2015 til og med 25. april 2016.

Arbeidsgiver har anført at A har hatt lovlige midlertidige ansettelser som ikke utløser rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2) hvor det er uttalt følgende om forholdet til midlertidige ansettelser og hva som ligger i kriteriet «arbeid utover avtalt arbeidstid»:

«Det bestemmelsen tar sikte på å omfatte, er jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Den typiske situasjonen vil være der arbeidstaker arbeider «ekstravakter» utover avtalen, eller av andre grunner arbeider «overtid» i sin deltidsstilling, såkalt merarbeid. Årsaken til ekstraarbeidet er for så vidt uten betydning. Bestemmelsen skal derfor gjelde uavhengig av om det er økt arbeidsmengde, sykefravær eller andre forhold som begrunner behovet. Samtidig må bestemmelsen avgrenses mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt. Et eksempel kan være en deltidsarbeidende med 50 prosent stilling som for en periode dessuten 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».

Det er samtidig ikke meningen at retten skal kunne uthules av at typiske ekstravakter konstrueres som enkeltstående midlertidige ansettelser. 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.»

Forarbeidene avgrenser dermed 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».

Nemnda har i tidligere praksis, eksempelvis i sak 85/16, lagt til grunn at ferievikarvakter som inngikk i en forhåndsavklart sommerturnus, ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». I sak 182/16 ble en personlig underskrevet og avtalt turnus for arbeid som sommervikar ansett som avtalt arbeidstid.

I denne saken foreligger det imidlertid ingen skriftlige avtaler for det utførte merarbeidet, og det er ikke klart at det er inngått en midlertidig avtale om det utførte merarbeidet. Nemndas

flertall, medlemmene Due og Raugland, finner at bevisbyrden for at det foreligger et lovlig inngått vikariat må ligge hos arbeidsgiver, særlig med henblikk på at arbeidsmiljøloven § 14-5 krever at det inngås skriftlige avtaler i alle arbeidsforhold, at det er arbeidsgiver som har ansvaret for at slike avtaler inngås og at eventuelle uklarheter går ut over arbeidsgiver. Nemndas flertall legger dermed til grunn at A faktisk har utført merarbeid som gir rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid dersom merarbeidet har vært utført jevnlig.

Nemndas mindretall, medlemmet Engeland, finner det allikevel sannsynliggjort at det er inngått en muntlig avtale om at arbeidstaker har vikariert for navngitte personer i en avgrenset periode. Mindretallet finner at det må være de reelle forhold som legges til grunn for om det er «avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt», og at skriftlighetskravet ikke alene er avgjørende. Det understrekes imidlertid at arbeidsgiver i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-5 i utgangspunktet skal inngå skriftlige avtaler i alle arbeidsforhold. Etter en helhetlig vurdering finner imidlertid mindretallet at det i denne saken er inngått en midlertidig avtale som skal unntas fra beregningen av arbeid utover avtalt arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Dermed foreligger det heller ikke ekstraarbeid som gir grunnlag for utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a, og arbeidstaker kan ikke få medhold i sitt krav om full stilling.

Når det gjelder jevnlighetsvurderingen viser mindretallet til at det fremkommer av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013 pkt. 4.4.4.4.) at merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet vil være sentrale momenter i vurderingen av jevnlighetskriteriet. Slik mindretallet 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. For øvrig vises det til vedtak 20/16, hvor nemnda har gitt en utførlig beskrivelse av sitt syn på forståelsen av jevnlighetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Etter mindretallets oppfatning fyller A lovens krav til jevnlighet. Mindretallet viser til at A har arbeidet utover sin faste stilling hver uke i beregningsperioden med unntak av tre enkelte uker, og at ekstraarbeidet dermed har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden.

Arbeidsgiver har imidlertid anført at merarbeidet skyldes langtidsfravær hos navngitte personer. 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. Tvisteløsningsnemndas flertall og mindretall finner at behovet for merarbeidet A har utført i beregningsperioden må anses bortfalt siden dette fraværet nå er dekket opp av A selv (etter utvidelsen av stillingen 1. mai 2016) og en annen arbeidstaker som dekker den resterende delen av stillingen. A kan dermed ikke få medhold i sitt krav om utvidet stilling på bakgrunn av dette merarbeidet.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

06.06.2017

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).