

VEDTAK NR 44/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 14. april 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder (vara for Henning Harborg)
Silje Hassellund Solberg, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Siri Kristin Konstad, Fagforbundet
Gry Brandshaug Dale, KS

Saken gjelder

Twist 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 hjelpepleier i fast stilling på 58,57 prosent ved X helsehus i B kommune. Hun var frem til 2. februar 2015 ansatt i 51 prosent fast stilling på samme sted.

Ved X helsehus 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 10. mars 2015 fremsatte A, med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 14-4 a, krav om stillingsutvidelse på grunnlag av 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 536,25 timer utover sin faste stilling i perioden 10. mars 2014 til 2. februar 2015 og 40,75 timer utover sin faste stilling i perioden etter stillingsutvidelsen 2. februar til 9. mars 2015. Brutto arbeidstid i arbeidstakers stilling er oppgitt å være 1846 timer per år med en ukentlig arbeidstid på 35,5 timer i snitt.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev av 25. mars 2015.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev innkommet 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 innkommet 24. april 2015
- brev datert 11. mai 2015
- e-post av 5. april 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 16. juni 2015
- e-post av 19. juni 2015
- e-post av 1. april 2015

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at ekstravaktene utover hennes faste stilling viser et stabilt og varig 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 «jevnlig» 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.

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).

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. Dernest er det uenighet om merarbeidet er utført «jevnlig» i bestemmelsens forstand.

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, Solberg og Konstad, 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 avgrenser 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 ansettelser». 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 ansettelse, 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, f.eks. vikar for arbeidstakere i foreldrepermisjon. Kommunen har i stedet valgt en organisering hvor alt kjent fravær, av både kortere og lengre varlighet, samles og hvor deltidsansatte og tilkallingsvikarer kan velge hvilke enkeltvakter de ønsker å ta. En slik ordning har mindre likhetstrekk med en midlertidig ansettelse, f.eks. 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.

Nemndas mindretall, Strøm og 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 ansettelse. 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.

Spørsmålet blir så om As merarbeid er utført «jevnlige» i bestemmelsens forstand. Kriteriet byr på en konkret og skjønnsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige.

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall også når det gjelder vurderingen av om merarbeidet er utført jevnlig.

Nemndas flertall, Due, Solberg og Konstad, viser til at det fremkommer av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-1013) at merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet vil være sentrale momenter i vurderingen av jevnlighetskriteriet. Slik flertallet 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. Samlet sett tilsier forarbeidene etter flertallets oppfatning at terskelen for krav på økt stilling etter § 14-4 a ikke er særlig høy. Med unntak for perioder der forhold på arbeidstakers side gjør det umulig, må det være utført et visst merarbeid gjennom hele opptjeningsperioden, 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 etter flertallets oppfatning tilstrekkelig at det har forekommet slikt merarbeid gjennom hele opptjeningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver. For øvrig vises det til vedtak 20/16, hvor nemndas flertall har gitt en utførlig beskrivelse av sitt syn på forståelsen av jevnlighetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Til den konkrete subsumsjonen i denne saken viser flertallet til at A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 10. mars 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 10. mars 2014 til 9. mars 2015. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 536,25 timer utover avtalt arbeidstid i de elleve månedene hennes stillingsprosent var 51, og 40,75 timer utover avtalt arbeidstid den måneden stillingsprosent var 58,57. As ekstraarbeid på til sammen 577 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 34,58. 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 beregning av en eventuell stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer.

Med flertallets forståelse av kravet til jevnlighet må A ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter flertallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i opptjeningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Flertallet viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden og 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. Flertallet 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. Flertallet 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". Flertallet 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. Flertallet kan imidlertid ikke se at det i denne saken har vært noen slike topper eller andre variasjoner som kan tilsi at man fraviker det matematiske gjennomsnittet over tolv månedersperioden.

I denne saken fikk arbeidstaker utvidet sin faste stilling med en stillingsprosent på 6,46 den siste måneden i beregningsperioden. Det er ikke opplyst hva som var årsaken til stillingsutvidelsen, men arbeidsgiver anfører at noe av ekstraarbeidet er «kvittert ut» da hun fikk økt stilling 2. februar 2015. Nemndas flertall legger derfor til grunn at utvidelsen er gitt for å dekke noe av behovet for merarbeid. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent må det derfor i denne saken tas utgangspunkt i gjennomsnittlig fast stillingsprosent i løpet av tolv månedersperioden. As gjennomsnittlige faste stilling i beregningsperioden utgjør 51,60 prosent. Samlet sett utgjør dermed As faste gjennomsnittlige stilling og merarbeidet på 34,58

prosent, en faktisk arbeidstid tilsvarende 86,18 prosent stilling. Differansen til hennes stilling på kravtidspunktet blir dermed en stillingsprosent på 27,61. Nemndas flertall mener dette er utvidelsen A har krav på i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Det er i denne saken ikke anført at behovet for merarbeidet er bortfalt, og nemnda legger derfor til grunn at behovet fortsatt foreligger.

Nemndas mindretall, medlemmene Strøm og Dale mener ekstraarbeidet ikke er jevnlig fordelt utover beregningsperioden. Vaktene i kalenderplanen er ikke arbeid utover avtalt arbeidstid og skal således ikke medregnes. Den stillingsprosenten de utgjør, må anses som en midlertidig arbeidsavtale på seks måneder, se om dette ovenfor. Arbeidstaker har dels for lange opphold mellom vaktene og dels for ulikt timetall per måned til å oppfylle jevnlighetskravet. Hun har ikke hatt ekstravakter mellom 1. juni og 4. august. Hun hadde ferie fra 16. juni til 13. juli, slik at oppholdet uten ekstravakter var tre uker mellom 14. juli og 4. august. Hun hadde videre et opphold på cirka fire uker mellom 8. oktober og 3. november og på over to uker mellom 23. november og 9. desember. Videre er det arbeidet 69,75 timer i april, 7,5 timer i juni og 8,25 timer i oktober. De andre månedene har hun arbeidet mellom 50 og 21,25 timer. Det er etter forarbeidene ikke et absolutt vilkår at merarbeidet nødvendigvis er tilnærmet likt fordelt over hele beregningsperioden, og omfang og hyppighet kan variere noe. I kriteriet «*jevnlig*» ligger det også at det må dreie seg om en noenlunde stabil bruk av merarbeid. Et typisk eksempel vil være en deltidsansatt som har avtale om å arbeide 4 dager i uken, men som i tillegg har jobbet fast en dag ekstra i uken, og derved i realiteten har hatt en full stilling. Etter mindretallets syn er det ikke en relativt stabil bruk av merarbeid i dette tilfelle da det er for stor forskjell i omfang og hyppighet fra måned til måned. Bruken av merarbeid fremstår derfor i det store og hele ikke som en etablert praksis i den aktuelle referanseperioden.

Mindretallet er videre av den oppfatning at tvisteløsningsnemnda ikke har kompetanse til å fastsette en konkret ny stillingsbrøk for arbeidstaker, og det vises her til mindretallets begrunnelse i sak 16/20.

Konklusjon

A har etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a rett til økning av sin stilling på kravtidspunktet med en stillingsprosent på 27,61.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 19.05.2016

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).