

VEDTAK NR 54/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 14. april 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Særskilt oppnevnte medlemmer

Siri Kristin Konstad
Gry Brandshaug Dale

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 helsefagarbeider i fast stilling på 26,22 prosent ved X i B kommune.

Ved X 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 9. mars 2015 fremmet A med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 14-4 a krav om stillingsutvidelse til 80 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste tolv 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 636,25 timer utover sin faste stilling i perioden 9. mars 2014 til 8. 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 30. mars 2015. Begrunnelsen for avslaget var at lovens vilkår om «jevnlig» utførelse av merarbeidet ikke var oppfylt.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev fra Fagforbundet datert 27. 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 datert 27. april 2015
- brev datert 26. mai 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 2. juni 2015
- brev datert 15. juni 2015
- e-post fra arbeidsgiver av 1. april 2016

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.

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).

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, 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.

Nemndas mindretall, medlemmene 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 «jevnlig» 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.

At det har gått lengre perioder uten noe ekstraarbeid, vil lett frata merarbeidet preget av etablert praksis. Dette gjelder imidlertid ikke uten videre. Det må ses hen til årsaken til at det ikke har vært arbeidet ekstra i perioden. I perioder der arbeidstakeren har ferie, kan det f.eks. ikke forventes merarbeid. Det samme gjelder i perioder der den deltidsansatte har tett arbeidsprogram i sin ordinære stilling.

Sykdomsperioder byr i denne sammenheng på særlig vanskelige spørsmål, hvorav enkelte kommer på spissen i denne saken. Forarbeidene inneholder liten eller ingen veiledning om hvilken betydning sykemeldinger skal ha for vurderingen etter § 14-4 a. Ett utgangspunkt er at sykdom som hovedregel ikke bør redusere arbeidstakers rettigheter etter arbeidsmiljøloven, hvilket skulle tilsi sykdomsperioder på samme måte som ferieperioder ikke kan tale i arbeidstakers disfavør. På den annen side krever lovteksten at den deltidsansatte jevnlig *har arbeidet* utover avtalt arbeidstid, og den utvidete stillingen skal beregnes på grunnlag av *den faktiske arbeidstiden*. Dette tilsier at arbeidstaker i sykdomsperioder ikke kan opptjene rettigheter etter § 14-4 a. Flertallet er av den oppfatning at det avgjørende må være om nemnda ut fra det ekstraarbeidet som er utført, har grunnlag for å konkludere med at ekstraarbeidet er uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver. Der arbeidstaker har lengre sykdomsperioder, vil nemnda ofte mangle det nødvendige grunnlaget.

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 9. 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 9. mars 2014 til 8. mars 2015. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 636,25 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. As ekstraarbeid tilsvarer derfor en stillingsprosent på 38,13.

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. I denne saken får det imidlertid ikke betydning for jevnlighetsvurderingen hvorvidt man tar med kalenderplanvaktene eller ikke. Det avgjørende er at arbeidstaker ikke har noen ekstravakter mellom 23. mai og 23. juli. Det er ikke avholdt ferie i perioden, men hun har hatt en sykemelding på fire uker. I tillegg er det et opphold på tre uker i februar/mars. 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 fire 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 stort opphold mellom vaktene. 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 20/16.

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 er enkelte perioder uten merarbeid, viser dokumentasjonen i saken at oppholdene har sin årsak i ferieavvikling, utførelse av vakter i egen fast stilling, utførelse av vakter i et vikariat og to sykemeldingsperioder. Etter flertallets oppfatning har ekstraarbeidet likevel 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 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.

Konklusjon

A har etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 38,13.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 31.05.2016

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).