



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
2. desember 2022

Vår referanse
2022/121

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR 119/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 1. desember 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Ingrid Tordis Enoksen, Unio
Andreas Dag Nilsen, 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 fast ansatt som bibliotekar i stilling på 6,67 prosent i B kommune, for tiden med arbeidssted ved avdeling X. Det er avtalt at A skal jobbe fem timer annenhver lørdag.

Den 24. juni 2022 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 5. juli 2022. Avslaget ble begrunnet med at store deler av merarbeidet var utført i vikariater og dermed ikke skulle regnes med. Det resterende merarbeidet var ifølge arbeidsgiver ikke utført jevnlig.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 22. juli 2022. 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. juli 2022 med vedlegg
- brev datert 1. september 2022 med vedlegg
- brev datert 20. oktober 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 17. august 2022 med vedlegg
- brev datert 22. september 2022
- brev datert 2. november 2022

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at han har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 månedene og anfører i det vesentligste at vikariatene ikke kan regnes som avtalt arbeidstid og at merarbeidet dermed er utført jevnlig.

A viser til at han har fått nye midlertidige arbeidskontrakter på månedlig basis og anfører at han ved utgangen av hver måned ikke har hatt noen forutsetninger for å forutse de førstkommende arbeidsukene. Videre har flere av kontraktene vært signert i ettertid etter at vaktene er utført. A mener kontraktene er konstruerte som enkeltstående midlertidige ansettelser med formål om å uthule retten til en fast ansettelse. A anfører også at det har vært flere perioder der han har utført merarbeid uten at det har vært inngått noen kontrakt i det hele tatt.

Videre anfører A at det fremdeles er behov for hans merarbeid. Han viser til at det alltid vil oppstå sykefravær på arbeidsplasser og mener det ikke er noe som tilsier at sykefraværet ved avdelingen skulle bli mindre framover. I tillegg viser A til at en tidligere tilkallingsvikar ved avdelingen arbeidet 507,25 timer i perioden juni 2021 – april 2022 ved biblioteket i Z. Disse vaktene var hovedsakelig ikke for å dekke opp sykefravær, men var ekstravakter som følge av at biblioteksjefen hadde kontorarbeid.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune gjør gjeldende at A ikke har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 månedene og anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig.

Kommunen anfører at mye av arbeidet A har utført har vært «avtalt arbeidstid» og derfor må holdes utenfor beregningsgrunnlaget. Når disse holdes utenfor, er ikke det resterende merarbeidet utført jevnlig. Kommunen viser til at det er flere opphold i merarbeidet, herunder et opphold på ca. 14 uker fra 9. mars 2022 til 16. juni 2022, et opphold på 26 dager fra 23. desember 2021 til 19. januar 2022, i tillegg til at det er 4 måneder uten merarbeid.

Videre anfører kommunen at det ikke er behov for merarbeid fremover, da det ikke er behov for annet enn vikar for eventuelle syke medarbeidere. Kommunen oppgir at de vikartimene A har arbeidet hovedsakelig har vært i forbindelse med kollegaers sykefravær.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for Twisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-4 a annet ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder 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 24. juni 2022. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 24. juni 2021 til og med 23. juni 2022. Vaktoversikt forelagt nemnda som A har fylt ut viser at han har arbeidet 1106,51 timer utover sin faste deltidsstilling 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.

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».

I denne saken er det fremlagt flere midlertidige ansettelseskontrakter for ulike perioder. Arbeidsgiver har anført at arbeid utført i henhold til disse kontraktene skal holdes utenfor beregningsgrunnlaget. Arbeidstaker har på sin side anført at dette arbeidet skal regnes med, da de midlertidige ansettelseskontraktene ofte har vært inngått muntlig kort tid i forveien og signert i ettertid. Nemnda finner å måtte ta stilling til hvorvidt hver enkelt kontrakt skal inngå i beregningsgrunnlaget eller ikke. I vurderingen har nemnda lagt vekt på om avtalene gav arbeidstaker den nødvendige forutberegnelighet med hensyn til hvor mye og når han skulle arbeide eller om arbeidet bærer preg av å være enkeltstående vakter. Dette er i tråd med nemndas praksis, se for eksempel nemndas vedtak 87/21, 61/22, 62/22 og 83/22.

Den første midlertidige ansettelseskontrakten er på 20 prosent og gjaldt for perioden 2. – 31. august 2021. Avtalen ble signert av arbeidsgiver den 31. august og av A 1. september 2021. Ifølge A ble han i begynnelsen av august spurt muntlig om han kunne jobbe to onsdager den måneden, tilsvarende 20 prosent. Dette er ikke bestridt av arbeidsgiver. Den første onsdagen han jobbet i tråd med denne forespørselen var allerede 4. august. Han endte til slutt opp med å jobbe fire onsdager i august, og det er ikke opplyst når han fikk beskjed om å jobbe ytterligere to onsdager. Avtalen ble sendt til A på e-post den 31. august 2021. Nemnda vurderer på denne bakgrunn at A ikke har hatt den nødvendige forutberegnelighet hverken med hensyn til hvor mye eller når han skulle arbeide i august 2021, og mener arbeidet bærer preg av å være enkeltstående vakter. Nemnda har dermed kommet til at disse vaktene ikke kan regnes som «avtalt arbeidstid» og at de derfor skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Den andre midlertidige ansettelseskontrakten er også på 20 prosent og gjaldt for perioden 1. september – 24. oktober 2021. Avtalen ble signert av arbeidsgiver den 28. september og av A den 1. oktober 2021. Det fremgår av dokumentasjonen i saken at A per e-post den 30. august spurte arbeidsgiver om onsdagsjobbingen ville fortsette fremover og at avdelingslederen svarte samme dag han hadde fått muntlig beskjed om at det ville fortsette. Avdelingslederen foreslo samtidig at de kunne ha en foreløpig avtale på at A skulle jobbe de neste to onsdagene. Videre skrev avdelingslederen at han skulle lage en skriftlig avtale på onsdagsjobbingen framover så snart han fikk «det avklart helt», og bekreftet igjen på e-post dagen etter at avtale for september skulle utformes «når det blir klart om det blir mer vikariat». Ifølge A ga avdelingslederen ham beskjed om at han skulle møte på jobb hver onsdag med mindre han fikk beskjed om noe annet. Dette er ikke bestridt av arbeidsgiver. Den 28. september 2021 mottok A en ny e-post fra avdelingsleder der det stod «[d]a håper jeg du har anledning til å fortsette vikariatet onsdager. I denne omgang til 24. oktober». Vedlagt lå den midlertidige ansettelseskontrakten. Ifølge A var det gjennom denne kontrakten at han fikk vite at det var ønskelig at han også jobbet tre onsdager i oktober. Nemnda mener på samme måte som ved den første midlertidige ansettelseskontrakten at A ikke har hatt den nødvendige forutberegnelighet med hensyn til hvor mye eller når han skulle arbeide i perioden fram til 28. september 2021. Vaktene arbeidet fram til denne datoen regnes dermed ikke som «avtalt arbeidstid», og inngår følgelig i beregningsgrunnlaget. Videre finner nemnda at heller ikke vaktene utført de to påfølgende ukene etter 28. september 2021 kan regnes som avtalt arbeidstid. Nemnda viser i den sammenheng til arbeidsmiljøloven § 10-3, som bestemmer at arbeidsplan for arbeidstakere som jobber til ulike tider på døgnet skal være lett tilgjengelig for arbeidstakerne så tidlig som mulig, og som hovedregel senest to uker før den starter. Dermed er det kun de to siste

vaktene i kontraktperioden som regnes som «avtalt arbeidstid» og som følgelig holdes utenfor beregningsgrunnlaget.

Den tredje midlertidige ansettelseskontrakten ble først inngått muntlig og var en forlengelse av den forrige, med 20 prosent stilling og arbeid på onsdager. Avtalen skulle gjelde fram til og med 24. november 2021. Det er ikke opplyst når denne muntlige avtalen ble inngått, men den 26. oktober 2021 fikk A en e-post fra arbeidsgiver der det «bekrefte[s] (...) at vikaravtalen forlenges fo.m. 27/10 t.o.m. 24/11». Av samme grunn som ved kontrakten for forrige periode, mener nemnda at vakter utført i de to påfølgende ukene etter 26. oktober 2021 ikke kan regnes som avtalt arbeidstid. Dermed er det kun de tre siste vaktene i avtaleperioden som regnes som avtalt arbeidstid» og holdes utenfor beregningsgrunnlaget.

Den fjerde midlertidige ansettelseskontrakten var på 6,67 prosent og gjaldt for perioden 1. – 31. januar 2022. Avtalen ble først sendt til A per e-post 21. januar, og så i en oppdatert versjon den 26. januar. Avtalen ble signert av begge parter den 26. januar 2022. Avtalen gikk ut på at A skulle jobbe 5 timer annenhver lørdag i perioden, det vil si de lørdagene han ikke allerede jobbet i sin faste stilling. Ifølge A forelå det ikke noen avtale fra 1. januar om at han skulle jobbe annenhver lørdag. Han mottok en e-post 5. januar 2022 med en forespørsel om han kunne «jobbe ekstra til lørdag», som var tre dager senere. A mener han også jobbet lørdag 22. januar uten å vite at vekten inngikk i et vikariat. Heller ikke dette har arbeidsgiver bestridt. Nemnda finner på denne bakgrunn at A ikke har hatt den nødvendige forutberegnelighet hverken med hensyn til hvor mye eller når han skulle arbeide i januar 2022. Arbeidet bærer preg av å være enkeltstående vakter. Nemnda har dermed kommet til at disse vaktene ikke kan regnes som «avtalt arbeidstid» og at de derfor skal inngå i beregningsgrunnlaget.

A har oppgitt at den ovennevnte avtalen på 6,67 prosent har blitt «forlenget månedsvis». Den 30. mars 2022 fikk han en e-post fra arbeidsgiver med beskjed om at den midlertidige stillingen på 6,67 prosent fortsatte helt til de ble enige om noe annet eller vedkommende A vikarierte for «begynner å jobbe igjen». I samme e-post fulgte en midlertidig arbeidskontrakt på 86,66 prosent for perioden 22. mars – 12. april 2022. Arbeidsgiver skrev at siden A «allerede» hadde «6,67 faste og 6,67 for L» ville han da til sammen få 100 prosent stilling for en periode. Den 26. august 2022 fikk A beskjed om at avtalen på 6,67 prosent ville opphøre fra 31. august. Det er ikke oppgitt når avtalen på 6,67 prosent ble forlenget etter utløpet den 31. januar, men nemnda mener partenes opplysninger kan tyde på at de har vært enige om at A skulle fortsette å jobbe i henhold til avtalen. A har heller ikke anført at lørdagsvaktene i perioden mellom 31. januar og 31. august 2022 ikke har vært avtalt. Nemnda legger derfor til grunn at disse vaktene har vært avtalt arbeidstid og disse vaktene tas dermed ut av beregningsgrunnlaget.

Når det gjelder den femte midlertidige ansettelseskontrakten på 86,66 prosent for perioden 22. mars – 12. april 2022, som A mottok per e-post den 30. mars, ble den underskrevet av arbeidsgiver samme dag og av A dagen etter. Ifølge A var disse tre ukene planlagt, og han visste to uker i forveien at han skulle jobbe da. Det er også fremlagt to e-poster fra arbeidsgiver av henholdsvis 10. og 15. mars 2022 der det bekreftes at A skulle jobbe disse datoene. Nemnda finner på bakgrunn av opplysningene at A hadde den nødvendige

forutberegnelighet med hensyn til hvor mye eller når han skulle arbeide og disse vaktene tas dermed ut av beregningsgrunnlaget.

Den sjette midlertidige ansettelseskontrakten er på 86,66 prosent og gjaldt for perioden 19. april – 22. mai 2022. Avtalen ble signert av arbeidsgiver den 25. april og av A dagen etter. Det fremgår av dokumentasjonen i saken at A fikk en e-post fra arbeidsgiver den 14. april med spørsmål om han kunne «jobbe som vikar tirsdag-fredag neste uke». Videre oppgir A at han fikk spørsmål den 25. april om han kunne jobbe til 22. mai 2022. Dette er ikke bestridt av arbeidsgiver. På samme måte som tidligere finner nemnda at vaktene før 25. april bærer preg av å være enkeltstående vakter og dermed ikke kan regnes som «avtalt arbeidstid». Disse vaktene inngår dermed i beregningsgrunnlaget. I tillegg finner nemnda at vakter utført i de to påfølgende ukene etter 25. april 2022 ikke kan regnes som avtalt arbeidstid, og viser igjen til arbeidsmiljøloven § 10-3 som slår fast at arbeidsplan skal være tilgjengelig to uker i forveien.

Den syvende og siste midlertidige ansettelseskontrakten var også på 86,66 prosent og gjaldt for perioden 23. mai – 31. august 2022. Avtalen ble signert av begge parter 30. juni 2022. Ifølge A ble han først spurt om han hadde mulighet til å jobbe fra 23. mai til 20. juni. Det er ikke oppgitt når han ble spurt om dette, men nemnda legger til grunn at han i alle fall ble spurt senest den 23. mai. Videre fremgår det av dokumentasjonen i saken at arbeidsgiver i e-post den 27. mai skrev til A at «arbeidsavtalen fra april om sykevikariat i 86,66 %» ble forlenget ut juli. I mangel av andre holdepunkter finner nemnda dermed at vakter utført i de to påfølgende ukene etter 23. mai 2022 ikke regnes som avtalt arbeidstid og dermed skal inngå i beregningsgrunnlaget. Det er da kun vaktene etter 6. juni som tas ut av beregningsgrunnlaget.

Videre er partene enige om at A har arbeidet totalt 9,6 timer ekstra på lørdager fordelt utover beregningsperioden. Dette har vært arbeid i forkant eller etterkant av avtalt lørdagsvakt. Det er ikke spesifisert hvilke lørdager dette gjelder, men nemnda finner at timene skal inngå i beregningsgrunnlaget ved utregningen av hvor stor stilling A eventuelt har krav på.

Etter dette har nemnda kommet til at totalt 761,01 timer inngår i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» 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 i utgangspunktet må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter i 45 av ukene i beregningsperioden. Det er bare ved én anledning det er et opphold i merarbeidet på to uker. Dette er det lengste oppholdet. Nemnda finner at ekstraarbeidet klart 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 det ikke er behov for merarbeid framover. Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. Ordlyden krever imidlertid at arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger, og kravene til dokumentasjonen er i noen grad kommentert i forarbeidene, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5:

«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.»

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. Nemnda viser til at arbeidsgiver har uttalt at det kun vil være behov for å dekke fremtidig sykefravær, og at det nettopp er sykefravær A hovedsakelig har dekket i beregningsperioden. Det er ikke opplyst at sykefraværet ved avdelingen har blitt mindre. Kommunen har heller ikke bestridt As anførsel om at en tidligere tilkallingsvikar hadde over 500 timer merarbeid over en periode på 10,5 måneder.

A har etter dette 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 761,01 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 43,18. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 49,85.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 43,18.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

2. desember 2022

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 annet ledd.

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 tredje ledd.

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 fjerde ledd.