



Vedtaksdato
22. november 2019

Vår referanse
2019/19198

Saksbehandler
Anders R. Holm

VEDTAK NR 157/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 7. november 2019.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Silje Stadheim Almestrand, NHO

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 hjelpepleier i stilling på 45,1 prosent i B kommune, ved X for funksjonshemmede, omsorgsboliger.

Den 22. mai 2019 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 12. mars 2019. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet i det vesentligste er tildelt i ønsketurnus, noe som betraktes som en midlertidig arbeidsavtale.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 2. april 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 2. april 2019 med vedlegg
- brev datert 11. mai 2019 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 16. mai 2019
- brev datert 23. mai 2019 med vedlegg
- brev datert 26. september 2019 med vedlegg
- e-post av 14. oktober 2019 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun jevnlig har utført merarbeid og har krav på utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Tildeling av vakter på ønsketurnus gir 1-3 vakter i gjennomsnitt og gir ikke en forutsigbar turnus.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at vakter fordelt i ønsketurnus er å betrakte som midlertidige arbeidsavtaler og skal ikke inngå i beregningsgrunnlaget. Det avvikles et møte hver 6. uke for å fordele vakter. I møtet avtaler de ansatte fordeling av ledige vakter for kommende 6 ukers periode. Perioden står som en selvstendig turnus og er godkjent og signert av tillitsvalgte.

Timer til timebank skal avspaseres og timer til lønn utbetales. Disse er kommet fra ønsketurnus og skal ikke inngå i beregningsgrunnlaget for merarbeid.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 22. mai 2018. 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 22. mai 2017 til og med 21. mai 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 453 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Av vaktoversikten fremgår det videre at 113 timer opptjent i timebank er avspasert innenfor samme periode. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt merarbeidet skal betraktes som midlertidige avtaler og dermed unntas fra kravet.

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 har arbeidsgiver en ordning med ønsketurnus hvor arbeidstakerne selv bytter, endrer og tar på seg vakter på fordelingsmøte hver 6. uke. Arbeidsgiver har opplyst at de ikke deltar på møtet, og at avtalt turnus godkjennes av tillitsvalgte og betraktes som en midlertidig arbeidsavtale. Nemnda er i tillegg forelagt en rammeavtale for fleksibel turnus, som nærmere regulerer selve ordningen.

Nemnda viser til vedtak 238/17 hvor det forelå en tilsvarende situasjon med ønsketurnus, der vakter ble fordelt mellom de ansatte hver 6. uke. Under henvisning til tidligere praksis kom nemndas flertall da til at en slik ordning bar mer karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon» enn å være avtalt arbeidstid i lovens forstand. Som begrunnelse ble det vist til flertallets begrunnelse i et tidligere vedtak av nemnda nr. 54/16:

«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 ansettelser». Det sentrale i vurderingen er «arbeidets varighet og dets karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon»» eller om det fremstår som «ekstraarbeid».

Ordringen 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 ansettelser, 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 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, 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.»

Nemnda kan ikke se at de faktiske forhold i nærværende sak skiller seg vesentlig fra den overnevnte, utover at det foreligger en rammeavtale med arbeidsgiver som inneholder retningslinjer for gjennomføring av ønsketurnusen. I tråd med tidligere praksis har nemnda derfor kommet frem til at ekstravakter påtatt i forkant av ønsketurnusperioden også må anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Medlemmet Almestrand er enig i at merarbeidet i denne saken ikke kan anses å være del av "avtalt arbeidstid" i lovens forstand. Dette er i tråd med flertallet i nemndas praksis slik redegjort for ovenfor. Medlemmet Almestrand vil likevel bemerke at vurderingen av om det foreligger en avtalt utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt alltid må foretas konkret. I vurderingen vil flere momenter være av betydning, blant annet om de alminnelige kravene til inngåelse av en avtale er oppfylt, varighet og forutsigbarheten i avtaleforholdet.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» 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 må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned, og ingen store opphold. Nemnda finner at 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.

A har dermed 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 1668,5 timer.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 329,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Det er gjort fradrag for timer opptjent i timebanken til avspasering i beregningsperioden. Dette tilsvarer en stillingsprosent på 19,76. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 64,86.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 19,76

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

22. november 2019

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 (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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

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 (4).