

## **VEDTAK NR 129/17 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 fagarbeider i stilling på 80 prosent ved X bofelleskap i B kommune. 50 prosent av hennes stilling er i fast turnus, og 30 prosent som vikarvakter eller andre typer ekstravakter i henhold til en spesiell avtale om årsarbeidstid.

Den 6. oktober 2016 fremsatte hun krav om stillingsutvidelse til 94,5 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo kravet i drøftingsmøte 24. oktober 2016. Avslaget var begrunnet med at arbeidstaker er ansatt med 30 prosent i årsarbeidstid.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 124 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 6. oktober 2015 til 5. oktober 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 11. november 2016. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 11. november 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 13. desember 2016
- e-post av 22. mai 2017
- e-post av 23. mai 2017

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hun har utført i tolv månedersperioden viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Det har blitt utført arbeid utover 80 prosent de fleste måneder i tolv månedersperioden, også utover 100 prosent i enkelte måneder. Det bør vurderes uavhengig av hvilken type arbeidstidsordning eller avtale som foreligger. De arbeidede timer i perioden, og ikke kalenderåret bør legges til grunn.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker har en arbeidstidsordning som innebærer at 50 prosent av stillingen er lagt inn i turnus og resterende 30 prosent stilling er organisert som årsarbeidstid. Årsarbeidstid benyttes for å dekke opp for et vikarbehov ved avdelingen og er lagt opp slik at det er den ansatte selv som ber om de ledige vaktene i løpet av kalenderåret. Arbeidstaker mottar lønn for hele stillingen (80 prosent) hver måned.

Hun har i beregningsperioden arbeidet 124 timer utover sin faste stilling på 80 prosent.

X bofellesskap hadde fra august 2015 til juni 2016 midlertidige ledige sykepleierstillinger. Da det er utfordringer med å rekruttere sykepleiere/vernepleiere i midlertidige stillinger, ble disse vaktene dekket opp av ansatte uten fagkompetanse. Begge 100 prosent stillingene har vært besatt siden juni 2016.

### **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).

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 merarbeid ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 6. oktober 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 6. oktober 2015 til og med 5. oktober 2016.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget og hvilken stillingsstørrelse det er grunnlag for. Videre har arbeidsgiver anført at behovet for merarbeid er redusert som følge av ansettelse av sykepleiere i ledige stillinger.

Nemnda vil først ta stilling til hva som anses som merarbeid.

I denne saken foreligger en spesiell avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om en arbeidstidsordning som innebærer at 50 prosent av stillingen er lagt inn i fast turnus og resterende 30 prosent stilling er organisert som årsarbeidstid. Årsarbeidstid innebærer at arbeidstaker mottar fastlønn på hele stillingen, og at deler av stillingen er lagt til turnus, mens resterende er fleksibel arbeidstid som arbeidstaker skal arbeide for å dekke arbeidsplassens behov for vikar.

Nemnda 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 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». 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».

Det følger av dette at jevnlig ekstraarbeid utført utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har, skal anses som merarbeid. Arbeidstaker har formelt en 80 prosent stilling, og får utbetalt fastlønn for dette uavhengig av hvor mye det er jobbet hver måned. Merarbeidet i denne saken vil være det som er jobbet utover den faste stillingen på 80 prosent. At 30 prosent av stillingen er såkalt årstidsarbeid endrer ikke på dette.

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 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. 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.

Nemnda har etter en konkret helhetsvurdering kommet til at merarbeidet i denne saken ikke fyller jevnlighetskriteriet. Det er i beregningsperioden flere lengre opphold uten merarbeid. Det er ikke utført noe merarbeid i mai, juni og september 2016. Selv om nemnda har tatt hensyn til ferie og annet fravær som normalt forhindrer merarbeid, har merarbeidet etter nemndas oppfatning ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet til at nemnda kan konkludere med at merarbeidet er uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Da nemnda har konkludert med at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig, er det ikke nødvendig å ta stilling til om behovet for merarbeidet har bortfalt.

## **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

01.06.2017

**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).