

## **VEDTAK NR 184/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 9. november 2016.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder  
Gry Brandshaug Dale, KS  
Silje Hassellund Solberg, LO

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Cecilie R. Sæther, KS  
Arne Løseth, Fagforbundet

### **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 ansatt som miljøterapeut i fast stilling på 22,19 prosent ved X bo- og aktivitetstilbud i B kommune.

Ved X bo- og aktivitetstilbud planlegges turnusen for seks måneder av gangen i en såkalt «kalenderplan». Kalenderplanen settes først opp med vakter som inngår i faste stillinger. 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. Kalenderplanen er klar senest tre uker før oppstart. 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.

A har i tillegg til sin faste stilling inngått følgende vikaravtaler i den aktuelle perioden:

- Vikariat for to navngitte arbeidstakere på 75,84 prosent fra 5. mai 2014 til 2. november 2014
- Vikariat for navngitt arbeidstaker fra 24. november 2014 til 10. desember 2014. Stillingsstørrelse er ikke angitt i avtalen, men det er registrert 5 vakter i denne perioden. Disse utgjør til sammen 37,75 timer og en stillingsstørrelse på 43,75 prosent
- Vikariat grunnet mangel på personal på 52,5 prosent fra 1. desember 2014 til 4. februar 2015
- Vikariat for navngitt arbeidstaker på 52,5 prosent fra 4. februar 2015 til 8. april 2015

A fremsatte krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Arbeidstakers kopi er datert den 23. januar 2015, mens arbeidsgivers kopi er datert 9. februar 2015, og stemplet inn av arkivet 11. mars 2015.

Arbeidsgiver avslo søknaden i brev datert 29. mai 2015. Brevet ble mottatt av arbeidstaker den 5. juni 2016. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden. Arbeidsgiver hadde utelatt to vikaravtaler samt ferievakter i sin beregning av merarbeidet.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda av enhetstillitsvalgt for Fagforbundet, på vegne av A, i brev datert 30. juni 2016. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 30. juni 2015
- e-post av 1. november 2016
- e-post av 3. november 2016
- e-post av 4. november 2016
- e-post av 8. november 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 28. august 2015
- e-post av 11. oktober 2016

- e-post av 20. oktober 2016
- e-post av 20. oktober 2016

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Hun anfører at hun har jobbet nærmere full stilling ved ulike avdelinger siden mai 2013, og at hun har dekket et omfattende behov for arbeidskraft i hele beregningsperioden.

Videre anfører A at vikariatene hun har fått ikke har vært avtalt i god tid, men varslet i siste liten før oppstart og at hun har blitt satt opp på vakter for en til to uker av gangen. En del ekstravakter har også blitt fjernet kort tid i forveien. Dette gjør As arbeidssituasjon uforutsigbar og krevende.

A anfører videre at arbeidsgiver har hatt behov for ekstraarbeid, også etter at hennes søknad ble fremmet. Blant annet har de ansatt en person i 50 prosent stilling.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at A har hatt to midlertidige kontrakter som må holdes utenfor beregningsgrunnlaget. I tillegg har de holdt utenfor vakter hun har hatt for å dekke opp kollegers ferieavvikling. Når disse vaktene er trukket fra fremstår ikke merarbeidet som jevnlig, slik at lovens vilkår om «jevnlig» utførelse av merarbeid ikke er oppfylt.

Det anføres videre at kommunen så at behovet for innleie ville endres i løpet av høsten 2015 på grunn av overtallighet som følge av merforbruk. Fra vår 2015 til høst 2016 har enheten redusert bemanningen med 20 årsverk. Det anføres at det ikke forelå noen ledige stillinger da A fremmet sitt krav. Kommunen bemerker at det alltid vil være behov for vikarer i forbindelse med sykefravær og ferieavvikling, siden de har døgnbemanning og lovpålagte tjenester som skal utføres, men at vikarbehovet vil bli mindre som følge av lavere bemanning.

### **Tvistløsningsnemndas 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.

Arbeidstakers kopi av kravet er datert den 23. januar 2015, mens arbeidsgivers kopi er datert 9. februar 2015, og stemplet inn av arkivet 11. mars 2015. Nemnda finner i denne saken å legge til grunn arbeidsgivers innsendte kopi av kravet, da dette er registrert mottatt og det er også påklistret en Post-it-lapp fra arbeidstaker som sier at: «fra 9/2-14 til 9/2-15 tilsvarer ekstravaktene mine 76,5 % stilling». Det fremstår derfor som overveiende sannsynlig at 9.

februar 2015 er riktig dato for kravet. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 9. februar 2014 til 8. februar 2015.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder for det første hvorvidt de avtalte vikariatene og 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 «jevnlign» i bestemmelsens forstand.

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall når det gjelder spørsmålet om de forhåndsavtalte vaktene i kalenderplanen er «arbeid utover avtalt arbeidstid» som skal inngå i beregningsgrunnlaget, og derved ha betydning for jevnlighetsvurderingen.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Solberg og Løseth, viser til vedtak 54/15, hvor nemndas flertall kom til at de forhåndsavtalte vaktene i kalenderplanen må anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid», og at de derved inngår i beregningsgrunnlaget. Flertallet i saken viste 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. De uttalte videre:

*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.*

Nemndas mindretall, medlemmene Almestrand og Sæther, mener, i likhet med mindretallet i vedtak 54/15, at vaktene i kalenderplanen tilsvarer en utvidelse av den faste stillingen ved en midlertidig arbeidsavtale på seks måneder. I vedtaket uttalte mindretallet følgende:

*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 ansettelser. 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.*

En samlet nemnd legger til grunn at vikariatene A har hatt for navngitte arbeidstakere i flere perioder, ikke gir krav på stillingsutvidelse. Det vises blant annet til vedtak 106/16 og 107/16 samt til lovens forarbeider, som sier at bestemmelsen må avgrenses mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt:

*Et eksempel kan være en deltidsarbeidende med 50 prosent stilling som for en periode dessuten 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».*

As vikariater regnes dermed som del av hennes avtalte arbeidstid.

Spørsmålet blir så om As merarbeid er utført «jevnlign» 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. Også i denne vurderingen har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Almestrand, Solberg og Sæther, har kommet til at merarbeidet i denne saken ikke kan regnes som jevnlig, selv om vaktene i «kalenderplanen» tas med i beregningsgrunnlaget. Flertallet viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) hvor det fremkommer 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. 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

tilstrekkelig at det har forekommet slikt merarbeid gjennom hele opptjeningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

I perioden 22. april til 14. oktober hadde A kun tre ekstravakter i tillegg til vikariatet på 75,84 prosent. A hadde dessuten ingen ekstravakter i en periode på over tre måneder.

Opptjeningsperioden etter loven er på 12 måneder. Når en så stor del av opptjeningsperioden bortfaller, blir opptjeningsgrunnet for lite til at det etter flertallets oppfatning kan danne grunnlag for økt arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Bruken av merarbeid fremstår da i det store og hele ikke som en etablert praksis i den aktuelle referanseperioden. Merarbeidet kan da ikke sies å være jevnlig.

Nemndas mindretall, medlemmet Løseth, har kommet til motsatt resultat. Det vises til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) hvor det fremkommer at merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet vil være sentrale momenter i vurderingen av jevnlighetskriteriet. Slik mindretallet 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 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 tilstrekkelig at det har forekommet slikt merarbeid gjennom hele opptjeningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

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.

I denne saken har A hatt vikariater som, i henhold til vurderingen ovenfor, regnes som en del av hennes avtalte arbeidstid. Hennes stillingsprosent har dermed vært nærmere 100 prosent i lengre perioder, noe som tilsier at muligheten for å arbeide merarbeid i disse periodene er sterkt redusert. Samtidig har arbeidsgiver hatt et behov for merarbeid, i form av vikariater, som arbeidstaker faktisk har dekket i disse periodene. Mindretallet finner derfor at man i denne saken ikke kan legge avgjørende vekt på oppholdene i utført merarbeid i de periodene A har innehatt vikariater.

Mindretallet mener A etter dette har rett til utvidet stilling tilsvarende merarbeidet hun har utført i perioden 9. februar 2014 til 8. februar 2015.

På bakgrunn av at nemndas flertall har kommet til at As merarbeid ikke er utført jevnlig, finner ikke nemnda grunn til å ta stilling til om behovet for merarbeidet har bortfalt.

## **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

Oslo, 25.11.2016

**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).