

## **VEDTAK NR 181/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

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

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

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

**Særskilt oppnevnte medlemmer**

Cecilie R. Sæther, KS  
Unn Viken, Delta

**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 50 prosent i B kommune ved X avdeling øst.

Den 26. januar 2015 fremsatte Delta på vegne av A krav om stillingsutvidelse til 73,9 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver innvilget kravet delvis med fremsettelse av tilbud om stilling tilsvarende 71,49 prosent i brev datert 5. juni 2015. Begrunnelsen for tilbudet om en lavere stillingsprosent var at 3 vakter som ferievikar ble holdt utenfor beregningsgrunnlaget for stillingsutvidelsen, samt at tilbudet om stillingsutvidelsen ble beregnet ut fra brutto årstimetall i full stilling uten fradrag for ferie.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 24. juni 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 24. juni 2015
- e-post av 12. mai 2016
- e-post av 21. og 22. september 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 7. september 2015
- e-post av 6. oktober 2016

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at partene er enige om at merarbeidet er utført jevnlig og om hvilket antall timer som skal legges til grunn for beregning av stillingsøkning med unntak av ekstravakter i sommerferieturnus.

A er imidlertid uenig med arbeidsgiver i at en stillingsøkning skal beregnes ut fra brutto timeantall i en full stilling. Hun mener at stillingsøkning må beregnes ut fra nettotimetall, hvor det er trukket fra ferier og helligdagsfri.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører, i likhet med arbeidstaker, at det er enighet om at merarbeidet er utført jevnlig og om hvilket antall timer merarbeid som skal legges til grunn for beregning av stillingsøkning, med unntak av ekstravakter i sommerferieturnus.

Når det gjelder vakter som ferievikar, så har kommunen ikke skrevet egne arbeidsavtaler med de faste ansatte som tar på seg dette. Rutinen er at kommunen i god tid før ferieavviklingen sender ut en egen personturnus for ferien der vaktene fremgår. De ansatte blir gitt en svarfrist og når turnusen blir tilbakelevert i underskrevet stand, mener arbeidsgiver at dette er tilstrekkelig til at det foreligger en avtale mellom den ansatte og kommunen. Det motsatte vil medføre en større utvidelse av stilling enn det som er vikarbehovet resten av året.

I tilbudet om stillingsutvidelse til arbeidstaker har kommunen lagt til grunn en bruttoberegning, hvor det ikke er trukket fra ferie og bevegelige helligdager. Dette tilsvarer etter hovedtariffavtalen 1846 årstimer. Etter kommunens syn kan det ikke legges til grunn et annet årstimetall når det skal beregnes utvidet stillingsprosent.

### **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.

Begge parter har opplyst for nemnda at det foreligger enighet om at merarbeidet er utført jevnlig og om hvilket antall timer utført merarbeid, med unntak av tre vakter som sommervikar i 2014. Det er opplyst at disse tre vaktene til sammen utgjør 19,5 timer.

Merarbeidet i saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske, og har vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden med unntak av januar 2015 hvor hun var sykemeldt. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav. Nemnda har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

Det neste spørsmålet for nemnda blir om de tre vaktene som ferievikar er å anse som arbeid utover avtalt arbeidstid eller ikke.

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 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».

Nemnda har i tidligere praksis, eksempelvis sak 85/16, lagt til grunn at ferievikarvakter som inngikk i en forhåndsavklart sommerturnus ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

I nærværende sak er det opplyst at personturnus som ferievikar ble sendt ut til de ansatte i god tid før sommeren og returnert i underskrevet stand. Etter nemndas syn vil en personlig underskrevet og avtalt turnus for arbeid som sommervikar være tilstrekkelig for å anse arbeidet som avtalt arbeidstid. Det legges derfor til grunn at det er utført 396,75 timer merarbeid som opplyst av partene.

Begge parter har videre opplyst om at det er uenighet om hvorvidt stillingsutvidelsen skal beregnes ut fra bruttotimetallet i en full stilling, eller om den skal beregnes ut fra nettotimetallet hvor det er gjort fradrag for ferie og helligdager. Delta har på vegne av arbeidstaker anført at det må gjøres ytterligere fradrag for fridager og helligdager som arbeidstakerne med turnus ikke har adgang til å arbeide.

Nemnda har i samtlige avgjørelser om deltidsansattes rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, lagt til grunn at stillingsutvidelsen må beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie. Dette fordi det vil være den arbeidstiden som tilsvarer 100 prosent stilling. Nemnda kan ikke se at begrensninger i adgangen til å jobbe enkelte dager vil innvirke på det totale timeantallet for en 100 prosent stilling. Det må etter nemndas syn legges til grunn at vakter og arbeidsdager normalt vil være tilrettelagt slik at årstimetallet vil være det samme uavhengig av fri- og helligdager.

Brutto arbeidstid i arbeidstakers stilling er oppgitt å være 1846 timer per år. Etter fradrag for fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning dermed et årstimetall på 1668,5 timer. As merarbeid på 396,71 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 23,78 prosent.

### **Konklusjon**

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 23,78.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

Oslo, 15.11.2016

### **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).