

## **VEDTAK NR 238/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 9. november 2017.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Steffen G. Rogstad, nestleder  
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio  
Per H. Engeland, Virke

**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 52,1 prosent i B kommune.

Arbeidstaker jobber ved en avdeling som har ønsketurnus. Ved fordelingsmøte hver 6. uke avtales det noen vakter, i tillegg til ekstra vakter grunnet uventet fravær i løpet av perioden.

Den 25. april 2017 fremsatte hun krav om stillingsutvidelse på 39,72 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått i brev av 13. juni 2017, med begrunnelse at avtalte vakter i forkant av ønsketurnusperiode ble ansett som avtalt arbeidstid, og merarbeidet dermed ikke er utført jevnlig.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 532,33 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 25. april 2016 til og med 24. april 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 28. juni 2017. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 28. juni 2017
- brev datert 10. august 2017
- e-post av 13. september 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 25. august 2017
- e-post av 3. november 2017

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Merarbeidet er utført jevnlig, og vakter utført i forbindelse med ønsketurnus skal også tas med i vurderingen.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

Avtalte vakter med arbeidsgiver i forkant av en ønsketurnusperiode vil kunne anses som avtalt arbeidstid uten at det foreligger en egen arbeidsavtale i tillegg. Avtalte vakter i forkant av en ønsketurnusperiode gir også arbeidstaker en forutsigbarhet og stabilitet, noe som også en arbeidsavtale har til hensikt å gi.

Merarbeidet er ikke utført jevnlig, da det er opphold på inntil 4 uker i løpet av perioden.

### **Tvistløsningsnemndas 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 25. april 2017. 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 25. april 2016 til og med 24. april 2017.

Unigheten mellom partene i denne saken omhandler om hvorvidt vakter påtatt på fordelingsmøte hver 6. uke skal tas med i vurderingen, og om merarbeidet er utført jevnlig.

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall når det gjelder spørsmålet om vakter arbeidstaker påtar seg på fordelingsmøte anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Dahlstrøm, 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 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».

Videre vises det til flertallets uttalelser i vedtak 44/16, 54/16, 175/16 og 184/16 om forhåndsavtalte vakter i kalenderplan. Flertallet uttaler i vedtak 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».*

*Ordningen 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 ansettelse, 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 varighet, 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.*

I denne saken har arbeidsgiver en ordning med ønsketurnus hvor arbeidstaker tar på seg vakter på fordelingsmøte hver 6. uke, i tillegg til ekstraarbeid som oppstår i forbindelse med uventet fravær. En slik ordning har mer karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon» enn å være avtalt arbeidstid i lovens forstand. I tråd med tidligere praksis har flertallet derfor kommet frem til at ekstravakter påtatt i forkant av ønsketurnusperioden vil også anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Nemndas mindretall, medlemmet Engeland, mener, i likhet med mindretallet i de tidligere vedtakene, at vaktene i forkant av ønsketurnusperiode tilsvarer en utvidelse av den faste stillingen ved en midlertidig arbeidsavtale på seks uker. I vedtak 54/16 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 u hensiktsmessig 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 ansettelse. 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.*

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 532,33 timer utover sin faste stilling i beregningsperioden. Arbeidsgiver har dokumentert at 27,75 timer av As merarbeid har vært som vikar for sykepleiere, noe arbeidstaker ikke er kvalifisert for. Ettersom sykepleierstilling krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i jevnlighetsvurderingen og grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, da dette arbeidet ikke er uttrykk for arbeidsgivers behov for fagarbeidere. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, idet det vil være den arbeidstiden som tilsvarer 100 prosent stilling. 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 et årstimetall på 1668,5 timer. As merarbeid på 504,58 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 30,24 prosent.

Nemnda vil videre ta stilling til om merarbeidet har vært utført «jevnlign» utover avtalt arbeidstid.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige.

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall også når det gjelder vurderingen av om merarbeidet er utført jevnlign.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Dahlstrøm, 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.

Etter en konkret helhetsvurdering har nemndas flertall kommet til at merarbeidet er utført jevnlign og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter flertallets oppfatning utover det sporadiske. Flertallet viser til at arbeidstaker har hatt merarbeid hver måned, og ekstraarbeidet har vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Flertallet 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.

Nemndas mindretall, medlemmet Engeland, mener at merarbeidet ikke er jevnlign fordelt utover beregningsperioden. Vaktene i ønsketurnusperioden er ikke arbeid utover avtalt arbeidstid og skal derfor ikke medregnes. Det er i beregningsperioden flere opphold uten merarbeid, blant annet ingen merarbeid i juni og juli, og store opphold i mai, desember og februar. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden.

Med flertallets forståelse av kravet til jevnlighet har A dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. 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 504,58 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 30,24. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 82,34.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 30,24.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad  
nestleder

15.11.2017

### **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).