

## **VEDTAK NR 195/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 20. september 2017.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Sigrun Sagedahl, nestleder  
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS  
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 helsefagarbeider i stilling på 21 prosent i B kommune. Arbeidssted er for tiden angitt til X bofellesskap. A har arbeidet ekstra her og ved et annet bofellesskap i kommunen.

Den 12. januar 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo kravet i brev datert 7. april 2017 med begrunnelsen at lovens krav til jevnlighet ikke ble ansett oppfylt. Arbeidsgiver har kun lagt til grunn timer som A er kvalifisert for, ekstravakter i vernepleierstillinger er det derfor sett bort fra. I tillegg har arbeidsgiver sett bort fra timer som naturlig følger av As ordinære stilling, som personalmøter, medarbeidersamtale og den ekstra arbeidsavtalen på 8 uker.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 811 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 12. januar 2016 til og med 11. januar 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda, av Fagforbundet B på vegne av A, ved brev datert 19. april 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 19. april 2017
- brev datert 17. juli 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev poststemplet 7. juni 2017
- brev datert 12. september 2017

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at det ikke er grunnlag for å trekke ut merarbeid arbeidstaker ikke er kvalifisert for, og at merarbeidet er utført jevnlig. Det anføres at A faktisk har arbeidet disse vaktene og at arbeidsgiver dermed må ha ansett henne kvalifisert for vaktene.

Det anføres videre at A ikke har deltatt på noen personalmøter i perioden og at det dermed ikke skal trekkes fra timer for dette.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at ekstraarbeid i vernepleierstillinger samt timer med personalmøter, medarbeidersamtale og ekstra arbeidsavtale på 8 uker ikke skal tas med i beregningen. Når disse timene er trukket fra anfører arbeidsgiver at merarbeidet ikke utført jevnlig.

Sommervikariatene angir hvilke uker avtalen gjelder for. Det lages deretter en sommerturnus etter behov og innmeldte ønsker, som godkjennes av tillitsvalgte på hvert arbeidssted. Arbeidstaker får tilsendt turnusen minst en måned før den trer i kraft. Ledige vakter utover disse anses ikke omfattet av sommervikariatet.

### **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 nestleder 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 12. januar 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 12. januar 2016 til og med 11. januar 2017.

Uenigheten mellom partene i denne saken omhandler hvilke vakter som skal tas med i beregningen og hvorvidt merarbeidet er utført jevnlig.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har anført at vaktene i perioden for det avtalte sommervikariatet skal tas ut av beregningen. 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».

Det avtalte sommervikariatet datert 2. mai 2016 angir en arbeidsperiode fra uke 26 til uke 33 jf. oppsatt turnus. Det er ikke angitt antall timer eller størrelse på vikariatet utover dette, men turnus blir satt opp i etterkant av avtaleinngåelsen og sendt ut til arbeidstakerne en måned før iverksettelse. I henhold til nemndas praksis på området er det kun vikariater med fastsatt størrelse som trekkes ut av beregningen, ikke rene rammeavtaler som ikke angir stillingsstørrelse eller antall timer, jf. vedtak 69/16, 176/16, 57/17, 55/17. Nemnda tar derfor merarbeidet i uke 26 til 33 med i beregningen og jevnlighetsvurderingen som må foretas.

Arbeidsgiver har videre opplyst hvilke vakter som har vært tillagt stillinger som krever kompetanse som vernepleier. Dette merarbeidet er etter nemndas oppfatning ikke et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en helsefagarbeiders merarbeid. Ettersom de vakante stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar,

finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent.

Det er videre anført av arbeidsgiver at merarbeid medgått til personalmøter og medarbeidersamtaler ikke skal tas med i beregningen. Nemnda finner ikke holdepunkter for at dette skal tas ut av beregningen da dette er gjentakende hendelser i et arbeidsforhold som må kunne anses å gi uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov, og som det ikke er unaturlig at inngår i en arbeidstakers avtalte arbeidstid. Nemnda tar derfor disse timene med i beregningen.

Fratrukket vaktene som er utført i vernepleierstillinger utgjør As merarbeid etter nemndas beregninger 619 timer.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlige» 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 As merarbeid i beregningsperioden er utført jevnlige og at hun dermed må ha krav på økt stilling. Merarbeidet 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 tilnærmet hver uke i beregningsperioden. Det er enkelte opphold i merarbeidet, herunder tre uker i mai/juni og fire uker i månedsskiftet juli/august (da avvirket A også ferie). Nemnda finner likevel at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig stabilitet i tolv månedersperioden og dermed fremstår 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 619 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 37,10 og som kommer i tillegg til hennes faste stilling. Totalt utgjør dette en stillingsprosent på 58,10 prosent.

## **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 37,10.

## **Tvisteløsningsnemnda**

Sigrun Sagedahl  
nestleder

22.09.2017

### **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).