

## **VEDTAK NR 219/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

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

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Sigrun Sagedahl, nestleder  
Silje Almestrand, NHO  
Vetle Rasmussen, YS

**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 assistent i stilling på 13,85 prosent i B kommune ved X bofellesskap. A fikk utvidet stilling til 26 prosent som følge av krav etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Etter nye utregninger ble A tilbudt økning til 27,4 prosent stilling. Ved brev av 28. september 2017 til nemnda kom arbeidsgiver med ny utregning på 29,35 prosent.

I tillegg har A hatt en midlertidig stilling som assistent på 13,85 prosent i perioden 18.01.16 – 17.01.17.

Den 3. januar 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse med grunnlag i utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

I brev datert 27. januar 2017 ga arbeidsgiver tilbud om utvidet stilling til 40 prosent som følge av kravet. Utvidelsen omfattet 13,85 prosent ved X og 26,15 prosent i timebank.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 824,75 timer utover sin faste stilling i perioden 3. januar 2016 til og med 2. januar 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 3. februar 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 3. februar 2017
- brev datert 5. juli 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 8. juni 2017
- brev datert 28. september 2017

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at han har rett til utvidet stilling og at behovet for merarbeid fortsatt er tilstede, første kvartal 2017 viste et samlet sykefravær på 9,1 prosent.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at de har tilbudt A økt stilling tilsvarende det han har krav på. I tillegg skal det trekkes fra merarbeidstimer i perioder hvor det har vært benyttet hjelpeturnuser som har vært avtalt med arbeidstaker. Kommunen har også etablert en bemanningssentral som i stor grad dekker behovet for vikarer i de forskjellige virksomhetene.

Det er ansatt flere helsefagarbeidere og sykepleiere og behovet for tilfeldige vikarer er derfor synkende.

### **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). Etter 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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 3. januar 2017 og den påberopte opptjeningsperioden i denne saken er dermed fra 3. januar 2016 til 2. januar 2017.

Arbeidsgiver har i denne saken delvis innfridd arbeidstakers krav om større stilling, og har ikke bestridt at merarbeidet er utført jevnlig. Uenigheten mellom partene er beregningen av stillingsutvidelsen.

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».

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 har arbeidsgiver opplyst at det utarbeides egne hjelpeturnuser for påske, mai, sommer og jul. Sommerturnus signeres av arbeidstaker og etter nemndas oppfatning bærer sommerturnusene preg av å være en form for avtalt ferievikariat og skal holdes utenfor beregningen.

Videre, basert på sakens opplysninger vurderer nemnda at hjelpeturnusene for påske, mai og jul bærer preg av å være enkeltstående vakter over en kortere tidsperiode. Disse turnusene er heller ikke opplyst å være signert av arbeidstaker. Nemnda finner derfor at disse turnusene skal inngå i grunnlaget av en eventuell stillingsutvidelse.

Nemnda går videre til jevnlighetsvilkåret.

Nemnda viser til at det fremkommer av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-1013) 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 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. 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.

Etter nemndas flertall, medlemmene Sagedahl og Almestrands forståelse av kravet til jevnlighet kan ikke A ha krav på økt stilling. Det er blant annet et lengre opphold på over 10 uker uten merarbeid. Det fremgår av tidligere vedtak i nemnda, herunder vedtak 20/2016 at lengre perioder uten noe ekstraarbeid lett vil frata merarbeidet preget av en etablert praksis, men at man også må se hen til årsaken til at det ikke har vært arbeidet ekstra i perioder. Det er i vedtaket vist til at det kan ha betydning om arbeidstakeren har så tett arbeidsprogram i sin ordinære stilling at merarbeid ikke er mulig. I denne saken er det ikke den ordinære stillingen, eller andre forhold på arbeidstakers side som er til hinder for merarbeid, men vakter i et avtalt ferievikariat samt to ukers ferie. Arbeid i henhold til en midlertidig ansettelsesavtale vil være "avtalt arbeidstid", og ikke "arbeid utover" avtalt arbeidstid (merarbeid). Vaktene i et ferievikariat er etter flertallets syn ikke uttrykk for et stabilt behov for merarbeid, men et tidsavgrenset behov i forbindelse med avvikling av ferie. I tillegg var antall vakter i ferievikariatet ikke så omfattende at det ville vært umulig å utføre merarbeid utover ferievikariatet dersom arbeidsgiver hadde behov for det. Det vises videre til nemndas vedtak 125/2017 hvor nemnda ikke har sett bort fra en oppholdsperiode på åtte uker som bestod av ferie og avtalt ferievikariat. Etter en konkret helhetsvurdering har flertallet derfor kommet til at man ikke har tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Flertallet har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og at han derfor ikke kan få medhold.

Etter mindretallet, medlem Rasmussens forståelse av kravet til jevnlighet må A ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i opptjeningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Mindretallet viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden bortsett fra på sommeren hvor han har jobbet åtte uker sommerturnus, samt avviklet to uker ferie. Mindretallet mener at oppholdet i merarbeid på 10 uker ikke kan avbryte jevnligheten ettersom det i denne perioden også forelå et behov for hans arbeidskraft utover stillingsbrøken han faktisk dekket. Bakgrunnen for jevnlighetsvilkåret er å påse at utvidet stilling bare gis der det foreligger et stabilt og varig behov for arbeid utover vedkommendes stillingsbrøk. Et slikt behov har vist seg å være tilstede i denne sak. Det forhold at arbeidsgiver har valgt å organisere arbeidet i en kort periode som en sommerturnus, endrer ikke arbeidsgivers behov. I forbindelse med ferieavvikling vil det hvert år være behov for en slik sommerturnus. Arbeidsgivere vil med enkelhet kunne unngå ethvert krav om utvidelse av stilling, hvis en sommerturnus skal diskvalifisere vedkommende for utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Mindretallet 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. Mindretallet har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

Opptjent stillingsøkning må etter mindretallets oppfatning beregnes med utgangspunkt i

brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. Sommerturnusen er en midlertidig arbeidsavtale, og anses i samsvar med nemndas praksis som avtalt arbeidstid. Arbeidet i sommerturnusen danner derfor ikke grunnlag for oppjusteringa av stillingen. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 664,25 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, tilsvarende en stillingsprosent på 39,81. A har allerede fått utvidet sin stilling til 27,4 prosent, men skal i tillegg til dette ha en økning med 12,4 prosent. Slik at han ender opp med en stillingsprosent på 53,66, som har vært hans faktiske stillingsprosent i beregningsperioden fratrukket sommerturnus.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl  
nestleder

20.10.2017

### **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).