



Vedtaksdato  
11. desember 2019

Vår referanse  
2019/26465

Saksbehandler  
Maria Schilvold

## **VEDTAK NR. 169/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 10. desember 2019.**

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder  
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS  
Mårten Brandsnes Faret, KS

### **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 13 prosent i B kommune, Enhet Y, for tiden med tjenestested X, som er en bolig for funksjonshemmede.

Den 29. november 2018 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Merarbeidet har både vært utført ved X og ved avdelingen Z.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 23. mai 2019. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet måtte anses som avtalt merarbeid, da vaktene i all vesentlighet var fordelt i en såkalt ønsketurnus.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 20. juni 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 20. juni 2019, med vedlegg
- e-post av 24. juni 2019, med vedlegg
- e-post av 1. juli 2019
- e-post av 17. oktober 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 20. august 2019, med vedlegg
- e-post av 18. november 2019, med vedlegg

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at han jevnlig har utført merarbeid og har krav på utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, og at ekstravakter fordelt i ønsketurnus må anses som merarbeid.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at vakter fordelt i ønsketurnus er å betrakte som midlertidige arbeidsavtaler og skal ikke inngå i beregningsgrunnlaget. Det avvikles et møte hver 6. uke for å fordele vakter. I møtet avtaler de ansatte fordeling av ledige vakter for kommende 6 ukers periode. Perioden står som en selvstendig turnus og er godkjent og signert av tillitsvalgte.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 29. november 2018. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 29. november 2017 til og med 28. november 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1 241 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1 846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt merarbeidet skal inngå i beregningsgrunnlaget for jevnlighetsvurderingen.

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».

I foreliggende sak er det opplyst at det praktiseres en ordning med såkalt ønsketurnus, hvor arbeidstakerne møtes hver sjette uke for å avtale og fordele vakter seg imellom for de kommende seks uker. Det er videre opplyst at den avtalte turnusen godkjennes av tillitsvalgt og at arbeidsgiver ikke deltar på møtet.

B kommune har anført at merarbeidet som avtales gjennom denne ønsketurnusordningen er å betrakte som midlertidige arbeidsavtaler og derfor ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget. Nemnda vil i denne sammenheng vise til vedtak 238/17, hvor det forelå en tilsvarende ønsketurnusordning som i foreliggende sak. Under henvisning til tidligere praksis kom nemndas flertall der til at en slik ordning bar mer karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon» enn å være avtalt arbeidstid i lovens forstand. Som begrunnelse ble det vist til flertallets begrunnelse 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 ansettelse». 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.»*

Etter en konkret vurdering kan ikke nemnda se at de faktiske forhold i foreliggende sak skiller seg vesentlig fra den ovennevnte og har derfor kommet frem til at ekstravakter påtatt i forkant av ønsketurnusperioden også må anses som arbeid utover avtalt arbeidstid.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlige» 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 kommet til at merarbeidet er utført jevnlige og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken 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 det kun er fire uker i beregningsperioden hvor A ikke har hatt ekstravakter, og at han enten hadde ferie eller var sykemeldt disse fire ukene. Nemnda 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.

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 1 668,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 1 241 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 74,38. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 87,38.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 74,38.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
Leder

11. desember 2019

### **Til orientering:**

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (4).