

## **VEDTAK NR 174/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Twisteløsningsnemnda avholdt møte 11. november 2016.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

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

**Saken gjelder**

Twist 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 75 prosent stilling ved avdeling X i B kommune.

A framsatte 18. mars 2015 krav om full stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B kommune avsto kravet i brev av 26. mai 2016. Avslaget ble begrunnet med at kravet om jevnlig merarbeid ikke var oppfylt.

Dokumentasjon som er fremlagt for nemnda viser at A totalt har arbeidet 373,75 timer utover sin faste stilling i perioden 18. mars 2014 til 17. mars 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år. Fratrullet 5 uker ferie utgjør dette 1668,5 timer per år.

I perioden 23. juni 2014 til 17. august 2014 hadde A midlertidig avtale som ferievikar. I denne perioden arbeidet hun 51,5 timer.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 9. 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 av 9. juni 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 2. september 2015
- e-post av 17. august 2016
- e-post av 7. september
- e-post av 14. september 2016
- e-post av 18. oktober 2016

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at hun har rett til utvidet stilling tilsvarende antall utførte merarbeidstimer i den aktuelle perioden. Opphold i merarbeid skyldes i hovedsak ferieavvikling, fulle uker i egen turnus, samt avslag på ønsker om å ta ytterligere ekstravakter.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at arbeidstaker ikke har arbeidet jevnlig utover avtalt arbeidstid i opptjeningsperioden. Arbeidsgiver viser til at A i perioden 23. juni til 17. august 2014 utførte arbeid i henhold til midlertidig avtale av 27. juni 2014 som ferievikar. Dette var ikke arbeid utover avtalt arbeidstid og kan ikke regnes som merarbeid etter loven. Videre har arbeidstaker i periodene 27. mars til 13. april 2014, 19. april til 9. mai 2014 og 11. mai til 25. mai 2014 ikke hatt ekstravakter. Dette er tre perioder som hver har en varighet på 2-3 uker. Det vises også til at 22 timer i beregningsperioden er innleie i forbindelse med ekstra stort

pleiebehov ved for eksempel terminalpleie. Dette behovet oppstår ikke jevnlig fordelt ut over året.

Utførelsen av merarbeidet har etter dette ikke den stabilitet som forarbeidene gir anvisning på og merarbeidet fremstår i det store og hele ikke som en etablert praksis i den aktuelle perioden. Etter arbeidsgivers vurdering medfører perioden uten utført merarbeid at kravet om jevnlighet ikke er oppfylt.

Arbeidsgiver viser også til at all innleie på «fast lønn» på 74,75 timer i opptjeningsperioden er innleie i vakante stillinger. Disse stillingene ble holdt vakant i påvente av omplassering av ansatte pga. vedtak om å redusere bemanningen ved Y Bo- og rehabiliteringssenter. Reduksjonen resulterte i nedleggelse av seks sykehjemsplasser. Stillingene er nå enten lagt ned som følge av reduksjon i antall sykehjemsplasser, eller besatt med fast ansatte. Dette medfører at behovet for innleie er opphørt i disse stillingene.

### **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).

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 beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble sendt til arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed 18. mars 2014 til 17. mars 2015.

Problemstillingene i denne saken gjelder hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand, om merarbeid utført under den midlertidige avtalen må tas ut av beregningsgrunnlaget og hvorvidt deler av behovet for merarbeid har falt bort.

Spørsmålet om merarbeidet har vært utført «jevnlig» i bestemmelsens forstand, 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 2012-1013) 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 etter nemndas oppfatning 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.

Dokumentasjon som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 373,75 timer utover sin faste stilling i opptjeningsperioden. Det følger imidlertid av forarbeidene, jf. Prop. 83 L (2012-2013), punkt 4.4.4.2, at bestemmelsen må «avgrenses 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». 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».

Det fremgår av dokumentasjonen i saken at det har vært inngått en midlertidig avtale om arbeid i perioden 23. juni 2014 til 17. august 2014 og at arbeidstaker har arbeidet 51,5 timer i forbindelse med denne avtalen. Det er imidlertid uklart hva som var omfanget av den midlertidige avtalen. Under punktet stillingsprosent i avtalen er det kun oppført «timeliste». Arbeidsgiver har opplyst at de ansatte hadde egen sommerturnus og at den midlertidige avtalen gjaldt ekstravakter ved fravær. Videre nevnes at den midlertidige avtalen først er undertegnet 24. juli 2014 og derved etter at de fleste vaktene i henhold til den midlertidige avtalen var avvirket. Etter nemndas oppfatning bærer således avtalen i stor grad preg av å være en «rammeavtale» om tilkallingsvaker, da avtalen ikke angir stillingsstørrelse/arbeidsomfang. Det vises da særlig til at arbeidsgiver ikke har dokumentert at arbeidsomfanget var avtalt på forhånd. Tvert imot ser det ut til at arbeidsomfanget har blitt bestemt underveis ettersom fravær oppsto i avtaleperioden og derved hvor mye ekstraarbeid det ble behov for. En slik ordning har mer karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon» eller fremstår som «ekstraarbeid». Nemnda har derfor kommet til at merarbeidstimene i henhold til den midlertidige avtalen må anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid», og derved inngå i beregningsgrunnlaget.

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 373,75 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 22,40.

Slik saken er opplyst fremstår det samlede merarbeidet etter nemndas syn som jevnt fordelt utover tolv månedersperioden og som utslag av en etablert praksis som oppfyller lovens krav. Det er i vurderingen blant annet lagt vekt på at A har utført merarbeid hver måned gjennom hele opptjeningsperioden. Nemnda har etter dette kommet til at merarbeidet fremstår som en etablert praksis som oppfyller kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Det neste spørsmålet nemnda da må ta stilling til er om behovet for merarbeid ikke lenger foreligger, jf. § 14-4 a (1).

Nemnda har i sak 129/16 gitt en utførlig redegjørelse for sitt syn på unntaksbestemmelsen i § 14-4 a. I vedtaket legger nemnda til grunn at det avgjørende vil være om arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver tok stilling

til arbeidstakers krav eller at en sannsynlig utvikling i nær fremtid vil kunne ha samme virkning.

Arbeidsgiver har anført at behovet for merarbeid i vakante stillinger har bortfalt, da disse stillingene ble holdt vakant i påvente av omplassering av ansatte pga. vedtak om å redusere bemanningen ved Y Bo- og rehabiliteringssenter. Nemnda må derfor ta stilling til hvorvidt kommunen i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for As merarbeid var bortfalt på avslagstidspunktet eller at det var sannsynlig at behovet ville bortfalle i nær fremtid.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

*«..Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid. (...) Departementet finner det ikke hensiktsmessig å fastsette konkrete krav til hvilken dokumentasjon som arbeidsgiver må legge fram. Arbeidsgiver vil i praksis måtte fremlegge informasjon som gjør det mulig for arbeidstaker og eventuelt Tvisteløsningsnemnda å etterprøve. Det avgjørende vil være hvorvidt og i hvilken grad arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har behov for merarbeidet i tiden framover.»*

I sak 129/16 har nemndas flertall uttalt følgende om planlagte nedbemanninger på avslagstidspunktet:

For at nedbemanningsplaner skal ha betydning i de konkrete sakene nemnda skal avgjøre, må de etter flertallets oppfatning ikke bare fremstå som målsetninger, men være konkrete og allerede under behandling på tidspunktet for arbeidsgivers avslag. Enn videre må den planlagte nedbemanningen redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der merarbeidet som har utløst kravet på økt stilling, er utført. Flertallet understreker videre at nedbemanningen, for å være relevant, må ha som virkning at behovet for merarbeid reduseres.

Som nevnt har arbeidsgiver anført at behovet for merarbeid i vakante stillinger har bortfalt, da disse stillingene ble holdt vakant i påvente av omplassering av ansatte pga. vedtak om å redusere bemanningen ved Y Bo- og rehabiliteringssenter. Reduksjonen resulterte i nedleggelse av seks sykehjemsplasser. Stillingene er nå enten lagt ned som følge av reduksjon i antall sykehjemsplasser, eller besatt av fast ansatte som følge av omplassering. Dette har medført at behovet for innleie er opphørt i disse stillingene. Nemnda har på bakgrunn av opplysningene som har fremkommet i saken kommet til at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at det ikke lenger er behov for det merarbeidet A har utført i de vakante stillingene. I opptjeningsperioden har A utført 110 merarbeidstimer i vakante stillinger, og disse timene må derfor trekkes ut av beregningsgrunnlaget. A har derved utført totalt 263,75 merarbeidstimer, som utgjør en stillingsprosent på 15,80.

## **Konklusjon**

A har rett til en økning av sin stilling med en stillingsprosent på 15,80.

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).