

## **VEDTAK NR 178/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte fredag 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**

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 vernepleier i stilling på 50 prosent ved Hjemmebasert tjeneste, B kommune.

I brev av 12. februar 2015 til kommunen fremsatte A krav om utvidelse til 88 (senere korrigert til 84) prosent fast stilling, på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av B kommune i brev av 12. mai 2015. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden. Videre anføres at det kun er timer tilhørende vakante stillinger som skal tas med i beregningen, og at behovet for merarbeidet er bortfalt som følge av at de aktuelle vaktene ikke lenger er vakante.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 669,25 timer utover sin faste stilling i perioden 12. februar 2014 til 11. februar 2015. Full stilling utgjør 1846 arbeidstimer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 22. mai 2015. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 22. mai 2015
- brev datert 12. august 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 23. juni 2015
- brev datert 11. september 2015
- e-post av 13. november 2015

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver har ikke dokumentert at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger. Arbeidsgiver kan ikke høres med at vaktene A har dekket ved fravær pga. sykdom, ferie og permisjon for fast ansatte ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget, og at disse vaktene ikke lenger er udekkede. Arbeidsmiljøloven § 14-4 a oppstiller ingen vilkår om at arbeidstaker kun kan kreve stilling ut fra vakanser på arbeidsplassen.

A har jevnlig utført merarbeid i til sammen 630,75 timer i beregningsperioden, og har dermed rett til en stillingsøkning på 34 prosent.

## **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker har ikke krav på større stilling. Det meste av merarbeidet A har påberopt seg er utført for å dekke vakter der fast ansatte har hatt midlertidig fravær som følge av diverse permisjon, sykefravær, møter mv. De fast ansatte er nå tilbake i disse vaktene, og behovet for merarbeid har således bortfalt. Videre er ikke merarbeidet utført jevnlig.

Det er kun 165,5 timer som er arbeidet for å dekke vakante vakter og som kan tas med i beregningsgrunnlaget. Dette ville tilsvare en stillingsøkning på 8,6 prosent. Dette merarbeidet har imidlertid ikke vært utført jevnlig, ettersom det kun er tale om 3 til 4 vakter per måned. Enkelte måneder er også uten ekstraarbeid overhodet.

Kommunen er for øvrig inne i en krevende omstillingsprosess, og stillinger som fortsatt er vakante er derfor inntil videre stilt i bero.

## **Twisteløsningsnemndas merknader**

Twist 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 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 12. februar 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 12. februar 2014 til 11. februar 2015.

Uenigheten mellom partene gjelder for det første hvilke vakter som skal regnes som merarbeid og dermed inngå i beregningsgrunnlaget for en eventuell stillingsutvidelse. For det annet er det uenighet om jevnlighetskriteriet er oppfylt, og endelig er det uenighet om hvorvidt behovet for deler av merarbeidet ikke lenger foreligger.

Uenigheten om hvilket merarbeid som inngår i beregningsgrunnlaget gjelder enkeltvakter der det faste personalet har hatt midlertidig fravær som følge av mindre permisjoner, sykefravær, møter mv. Arbeidsgiver har anført at merarbeid i form av slike vakter ikke skal telle med. Nemnda kan ikke se at det grunnlag for å holde slikt merarbeid utenfor beregningsgrunnlaget. Tvert imot ligger slikt merarbeid etter nemndas oppfatning i kjernen av bestemmelsen.

Nemnda er ikke i tvil om at jevnlighetskriteriet er oppfylt. Dokumentene i saken viser at A har arbeidet utover sin faste stilling i 43 av beregningsperiodens 52 uker. Utover en sammenhengende periode på 4 uker om sommeren, er det 5 enkeltuker hun ikke har utført merarbeid. Disse er fordelt over hele perioden.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 669,25 timer utover sin faste stilling i beregningsperioden. Opptjent stillingsøkning må i tråd med nemndas praksis beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, det vil her si 1668,5 timer.

A sitt merarbeid på 669,25 timer tilsvarer en stillingsprosent på 40,11, og hun har i utgangspunktet krav på en slik stillingsutvidelse. Arbeidsgiver har imidlertid påberopt at store deler av behovet for merarbeid ikke lenger foreligger, § 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 kommunen har foretatt ansettelser i tidligere vakante stillinger og at kommunen på avslagstidspunktet var inne i en omfattende omorganiseringsprosess med planlagt nedbemanning og reduksjon i tjenesteproduksjonen. 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.»*

Slik saken er opplyst legger nemnda til grunn at enkelte av stillingene som var vakante i kravperioden nå er besatt eller trukket tilbake, og at behovet for As merarbeid i tilknytning til disse stillingene delvis er bortfalt.

Når det gjelder det resterende merarbeidet, finner nemnda imidlertid ikke at arbeidsgiver har dokumentert at behovet ikke lenger foreligger.

Virkningene av en kommende omstillingsprosess med potensiell nedbemanning er etter nemndas oppfatning ikke tilstrekkelig underbygget. Nemnda bemerker at arbeidsgivers anførsler på dette punktet er for generelle, og at den dokumentasjonen nemnda har mottatt ikke er tilstrekkelig konkret til at det er mulig å etterprøve arbeidsgivers vurdering på tidspunktet for avslaget.

Det følger av forarbeidene at nemnda kan utøve et visst skjønn ved fastsettelsen av ny stillingsprosent. Nemnda ser det slik at det er arbeidsgivers *stabile og varige* behov for økt

arbeidskraft som skal fylles, og at nemnda derfor skal fastsette en stillingsutvidelse i samsvar med det ekstraarbeidet som kan sies å være uttrykk for et slikt behov.

Etter en vurdering basert på de ovennevnte momenter har nemnda kommet til at A har rett til rett til utvidet stilling med en stillingsprosent på 32.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 32.

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).