

## **VEDTAK NR 86/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 22. juni 2016.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Anne Marie Due (vara for Henning Harborg), leder  
Silje Hassellund Solberg, LO  
Silje Stadheim Almestrand (vara for Elisabeth Lea Strøm), NHO

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Hallfrid Kristoffersen, Fagforbundet  
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 helsefagarbeider i B kommune. Den 1. mai 2015 fikk hun øket sin stillingsandel fra 25,2 prosent til 40,85 prosent. Den 31. august 2015 fikk hun øket sin stillingsandel fra 40,85 prosent til 59,15 prosent, som er hennes nåværende stillingsandel.

Den 26. februar 2015 mottok B kommune krav fra A om utvidet stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B kommune avslo kravet i brev av 26. mai 2015. Avslaget ble begrunnet med at krav til jevnlig merarbeid ikke var oppfylt.

Dokumentasjon partene har fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 685 timer utover sin faste stilling i perioden 26. februar 2014 til 25. februar 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 23. 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 11. juni 2015
- brev mottatt 10. mai 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 31. august 2015
- e-post av 6. juni 2016

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Hun har rett til utvidet stilling tilsvarende antall utførte merarbeidstimer i den aktuelle perioden.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker har hatt et avtalt sommervikariat og har i tillegg hatt en periode fra 30. desember 2014 til 20. januar 2015 uten merarbeid.

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 disse periodene uten utført merarbeid samlet sett at kravet om jevnlighet ikke er oppfylt.

I tillegg skyldes vaktene som ekstrahjelp på 45 timer, perioder med ekstra stort pleiebehov, eksempelvis ved terminalpleie som ikke oppstår jevnlig fordelt utover året.

Merarbeid betegnet som fast lønn på 78 timer ble benyttet på stillinger som ble holdt vakante i påvente av omplassering av ansatte som ble overflødige etter politisk vedtak om å redusere bemanningen ved X. Stillingene ble enten lagt ned eller besatt, slik at behovet for dette merarbeidet ikke lenger foreligger

### **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).

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.

Uenigheten i denne saken dreier seg om hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet 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.

B kommune mottok et udatert krav fra A den 26. 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 26. februar 2014 til 25. februar 2015. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 685 timer utover sin faste stilling i beregningsperioden. Nemnda har lagt til grunn alt utført merarbeid i perioden, basert på framlagte timelister, med unntak av arbeid som ferievikar i perioden 4. juni 2014 til 20. august 2014 og timer som er avspasert.

Det fremgår at A i perioden 4. juni 2014 til 20. august 2014 var ansatt i et avtalt sommervikariat hvor hun arbeidet i en fast turnus som ferievikar. Innleverte timelister viser imidlertid at det under denne perioden også ble utført 16 ekstravakter ført med annen kode enn ferievikar. Disse timene tas derfor med i vurderingen av jevnlighetskriteriet.

Med nemndas forståelse av kravet til jevnlighet må A 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 opptjeningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden og ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet. Merarbeidet fremstår etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har anført at deler av behovet for merarbeid er bortfalt som følge av innleie i stillinger som ble holdt vakante i påvente av omplassering av ansatte som ville bli overflødige etter politisk vedtak om reduksjon av bemanningen og sykehjems plasser ved X bo- og rehabiliteringssenter.

Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-4 a at deltidsansatte har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, med mindre arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger.

Arbeidsgivers anførsel er dokumentert med utdrag fra kommunens budsjett og økonomiplaner for de aktuelle år, og det fremkommer av sakens opplysninger at de vakante stillingene enten er besatt eller nedlagt. Nemnda finner på denne bakgrunn at arbeidsgiver har sannsynliggjort at behovet for innleie i vakante stillinger med 78 timer i perioden er bortfalt, og at disse timene ikke skal inngå i grunnlaget for å beregne økt stillingsandel.

Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. As merarbeid på 607 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 36,37.

Det følger av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedsperioden. Slik nemnda forstår bestemmelsens forarbeider, skal nemnda ved fastsettelsen av ny stillingsprosent i utgangspunktet regne om hvor stor stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Det følger imidlertid også av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, men at det *"bør imidlertid være åpent for å benytte et visst skjønn i vurderingen"*. 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. Det må bl.a. bety at svært intense perioder med ekstraarbeid, f.eks. ved ferieavvikling eller i kortere perioder med typiske sesongsvingninger eller ekstraordinært sykefravær, ikke uten videre vil gi full uttelling ved fastsettelse av ny stillingsprosent.

Arbeidsgiver har anført at vakter som ekstrahjelp skyldes perioder med ekstra stort pleiebehov. Nemnda kan imidlertid ikke se at det i denne saken har vært noen slike topper eller andre variasjoner som kan tilsi at man fraviker det matematiske gjennomsnittet over tolv månedersperioden. Ut fra sakens opplysninger, fastsetter nemnda derfor at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 36,37.

### **Konklusjon**

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 36,37.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

Oslo, 24.08.2016

**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).