

## **VEDTAK NR 245/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 7. desember 2017.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder  
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio  
Silje Stadheim Almestrand, NHO

**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 hjelpepleier i stilling på 50 prosent i B kommune, pleie og omsorg.

Den 7. april 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått i drøftingsmøte 20. juni 2017. Det foreligger protokoll fra møtet. Avslaget var begrunnet med at A har tatt enkeltvakter hvor hun har vært vikar for navngitte personer i godkjent turnusplan. Arbeidsgiver mener behovet er midlertidig og at den totale ressursbruk i turnus ikke er endret.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 461 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 7. april 2016 til og med 6. april 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 6. juli 2017, poststempelt 7. juli 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 6. juli 2017
- brev datert 18. august 2017
- e-post av 24. august 2017
- e-post av 30. august 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 3. august 2017
- e-post av 31. august 2017
- e-post av 12. september 2017
- e-post av 13. september 2017

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at hun har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Hun har ikke vært kontraktfestet sykevikar i beregningsperioden. Hun har tatt enkeltvakter som har vært ledige i kommunen sitt turnusprogram, «min vakt». Disse enkeltvaktene skyldes sykemeldinger, egenmeldinger, ferie, avspasering og ekstra innleie. B kommune har et betydelig sykefravær på sykehjemmet og i hjemmetjenesten, og det vil i overskuelig fremtid både være sykefravær og ferieavvikling i B kommune. Arbeidstaker kan ikke se at det å ikke søke på utlyste stillinger forringer retten til utvidet stilling etter aml. § 14-4 a.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke har rett til utvidet stilling. A har tatt enkeltvakter hvor hun har vært vikar for navngitte personer i godkjent turnusplan. Turnusplanen er utarbeidet i samarbeid mellom tillitsvalgte og arbeidsgiver og utgjør det fastsatte totale ressursbruk. Behovet for A har vært midlertidig og den totale ressursbruk i turnusen er ikke endret. Arbeidsgiver viser også til at arbeidstaker ikke har søkt på ledige stillinger som har vært utlyst i beregningsperioden.

### **Tvisteløsningsnemndas 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). I henhold til 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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 7. april 2017. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 7. april 2016 til og med 6. april 2017.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid 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 2012-2013) 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 beregningsperioden, 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 beregningsperioden 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.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Almestrand, har kommet til at kravet til jevnlighet ikke er oppfylt og A har dermed ikke krav på økt stilling. Det har vært to lengre opphold i merarbeidet, herunder et opphold på 9 uker og et på 4,5 uker. I oppholdet på 9 uker har arbeidstaker avvirket ferie. Utover dette er det ikke dokumentert noen grunn for oppholdene. Flertallet finner dermed at merarbeidet ikke 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.

Nemndas mindretall, medlemmet Dahlstrøm har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig 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. Mindretallet viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden, bortsett fra juli hvor hun har avviklet ferie. 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.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Twisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

07.12.2017

### **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).