

## **VEDTAK NR 109/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 4. februar 2016.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

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

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Cecilie R. Sæther, KS  
Arne Løseth, Fagforbundet

### **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 fagarbeider i stilling på 54,93 prosent hos B kommune. Hun har hatt foreldrepermisjon fra 30. oktober 2014 til 17. august 2015. Den 24. februar 2015 søkte hun om å få økt stilling med 14,75 prosent på bakgrunn av merarbeid utført de siste 12 månedene.

Arbeidsgiver avslo søknaden i brev av 3. mars 2015. Begrunnelsen for avslaget var at lovens vilkår om at merarbeidet skal ha vært utført jevnlig ikke var oppfylt.

Timelistene lagt frem for nemnda viser at A har jobbet 295,5 timer ekstraarbeid i perioden fra og med 24. februar 2014 til og med 23. februar 2015. Merarbeidet tilsvarer således 17,71 prosent av full stilling.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda av Fagforbundet B på vegne av A ved brev av 27. mars 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 27. mars 2015
- brev av 11. mai 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 11. mai 2015
- brev av 15. juni 2015
- e-post av 26. oktober 2015

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hun har utført i den aktuelle perioden gir henne krav på utvidet stilling i henhold til arbeidsmiljøloven §14-4 a.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

Merarbeidet er ikke utført jevnlig i den aktuelle perioden. Det er ikke utført merarbeid i hele fire måneder og det er også ytterligere måneder med lavt antall timer merarbeid. A har dermed ikke rett til utvidet stilling.

### **Tvistløsningsnemndas 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).

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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 24. februar 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 24. februar 2014 til og med 23. februar 2015.

På grunnlag av dokumentene i saken legger nemnda til grunn at A i denne perioden har arbeidet til sammen 295,5 timer utover avtalt arbeidstid. En full stilling er oppgitt til å være på 1846 timer brutto per år, noe som tilsier en netto årlig arbeidstid på 1668,5 timer når ferie trekkes fra. Det utførte merarbeidet tilsvarer således en stillingsprosent på 17,71.

Uenigheten mellom partene i denne saken handler 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.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Almestrand og Sæther, har etter en konkret helhetsvurdering kommet til at arbeidstaker ikke kan gis medhold. Forarbeidene inneholder liten eller ingen veiledning om hvilken betydning sykemeldinger eller permisjoner skal ha for vurderingen etter § 14-4 a. Et utgangspunkt er at sykdom og permisjoner som hovedregel ikke bør redusere arbeidstakers rettigheter etter arbeidsmiljøloven, hvilket skulle tilsi at permisjoner, på samme måte som ferieperioder, ikke kan tale i arbeidstakers disfavør. På den annen side krever lovteksten at den deltidsansatte jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, og den utvidete stillingen skal beregnes på grunnlag av den faktiske arbeidstiden. Dette tilsier at arbeidstaker i perioder med permisjon ikke kan opptjene rettigheter etter § 14-4 a. Nemnda er av den oppfatning at det avgjørende må være om man ut fra det ekstraarbeidet som er utført, har grunnlag for å konkludere med at ekstraarbeidet er uttrykk for et jevnlig behov hos arbeidsgiver. Der arbeidstaker har lengre permisjoner vil nemnda ofte mangle det nødvendige grunnlaget. Det understrekes imidlertid at vurderingen alltid må være konkret. Der ekstraarbeidet er særlig hyppig og stabilt utenfor periodene med permisjoner, kan det oppveie for noe lengre permisjoner.

Arbeidstaker har ikke utført noe merarbeid i perioden 27. april 2014 til 7. juni 2014 og har hatt foreldrepermisjon fra 30. oktober 2014 til 17. august 2015. Dermed ble det ikke utført

merarbeid i en sammenhengende periode på i underkant av 4 måneder. Dette utgjør en såpass stor del av opptjeningsperioden, at nemnda ikke har det nødvendige grunnlaget for å konkludere med at jevnlighetsvilkåret er oppfylt.

Nemndas medlem Nagelhus, er i resultatet enig med flertallet, men med en annen begrunnelse. Utgangspunktet er at fødselspermisjon ikke bør redusere arbeidstakers rettigheter etter arbeidsmiljøloven. På den annen side må nemnda ha et tilstrekkelig grunnlag for å vurdere det reelle behovet for merarbeid, av lovgiver fastsatt til 12 måneder. Arbeidstaker var fraværende grunnet fødselspermisjon de siste 3 månedene og 24 dagene av opptjeningsperioden. Uten noen opplysninger om merarbeidsbehovet i denne perioden, har ikke nemnda et tilstrekkelig grunnlag for å vurdere hvorvidt merarbeidet er av mer "permanent" karakter, se Prop.83 L pkt. 4.4.4.3. Arbeidstakers krav må avslås.

Nemndas mindretall, medlemmet Løseth, anser jevnlighetskriteriet for å være oppfylt. Arbeidstaker arbeidet jevnlig utover sin stillingsbrøk fram til arbeidstaker ble fraværende grunnet fødselspermisjon. Mindretallet er av den oppfatning at fravær grunnet foreldrepermisjon ikke kan ha som virkning at jevnlighetsvilkåret ikke anses oppfylt. En slik lovforståelse vil gi urimelige utslag. Mindretallets tilnærming har støtte i hvordan arbeidsmiljøloven for øvrig ser på denne typen permisjoner. Mindretallets oppfatning er at nemnda må vurdere om arbeidsperiodene i 12 måneders perioden gir et tilstrekkelig grunnlag for å vurdere det reelle behovet for arbeidskraft. Jf. Prop.83L (2012-13) pkt. 4.4.4.3. Det må uansett antas at arbeidsgiver fortsatt ville hatt et behov i den beregningsperioden arbeidstakere hadde fødselspermisjon. Mindretallet er av den oppfatning at perioden er tilstrekkelig for å vurdere kravet.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

Oslo, 12.09.2016

### **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).