

## **VEDTAK NR 84/16 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 hjelpepleier i stilling på 66,19 prosent i B kommune i X.

Den 10. 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 avsto kravet i brev av 26. mai 2015. Avslaget ble begrunnet med at kravet om jevnlig merarbeid ikke var oppfylt.

Dokumentasjon partene har fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 227,25 timer utover sin faste stilling og vikariater i perioden 10. februar 2014 til 9. februar 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

A har hatt følgende vikariater i tillegg til sin faste stilling i perioden:

- 6.oktober 2014 - 22. mars 2015                      3,52 prosent
- 6.oktober 2014 - 4. januar 2015                    3,52 prosent

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 11. 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 av 16. juni 2015
- brev av 30. juni 2015
- brev av 28. september 2015
- e-post av 17.06.2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 28. august 2015

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Hun har rett til utvidet stilling tilsvarende antall utførte merarbeidstimer i den aktuelle perioden. Perioden uten merarbeid skyldes sykemelding ved begynnelsen av 2014 og i tillegg at hun ikke har blitt tildelt de ekstravaktene hun har ønsket.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker har hatt 3 opphold i perioden med merarbeid på 4 uker eller mer og en periode på 3 uker. Videre er innleie som ferievikar konsentrert med topp rundt sommerhalvåret og er 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 disse periodene uten utført merarbeid samlet sett at kravet om jevnlighet ikke er oppfylt.

Innleie som engasjement og ekstrahjelp skyldes en periode med stor pleietyngde på flere pasienter. Endringer i pasientgruppen har medført at det ikke er behov for ekstra innleie på avdelingen.

### **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. 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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 10. 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 10. februar 2014 til 9. februar 2015.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 227,25 timer utover sin faste stilling og avtalte vikariater i beregningsperioden. Ved vurderingen av timeantallet har nemnda lagt til grunn alt utført merarbeid i perioden, basert på framlagte timelister, med unntak av avtalte vikariater.

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 endringer i pasientgruppen ved X, hvor enkelte ressurskrevende brukere gikk bort høsten 2014.

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 en oversikt som viser at det ikke ble brukt midler på ekstravakter ved avdelingen fra september og ut 2014. Dette samsvarer også med fremlagte timelister i saken. Nemnda finner på denne bakgrunn at arbeidsgiver har sannsynliggjort at behovet for innleie av ekstravakter og engasjement ved X med til sammen 41,75 timer har bortfalt, og dermed ikke kan 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, 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 gjenværende merarbeid på 185,75 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 11,13.

Det følger da av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolvårsperioden. Nemnda forstår dette slik at man ved fastsettelsen av ny stillingsprosent i utgangspunktet må regne om hvor stor stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Det følger imidlertid av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, og det heter i forarbeidene 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.

Selv om merarbeidet etter en totalvurdering framstår som jevnt fordelt utover året, viser timelistene at det i november 2014 ble utført en betydelig høyere andel merarbeid, enn i de øvrige månedene.

Nemnda finner følgelig at merarbeidet A har utført denne perioden ikke kan gi full uttelling i beregningen. Etter en skjønnsmessig vurdering basert på de ovennevnte momenter, fastsetter nemnda at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling tilsvarende 10 prosent.

### **Konklusjon**

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 10.

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).