

## **VEDTAK NR 15/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte fredag 13. januar 2017**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder

Per Engeland, Virke

Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne (vara)

**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 miljøarbeider i stilling på 65 prosent i B kommune, ved omsorgstjenesten for funksjonshemmede.

A fremsatte først krav om utvidet stilling i brev av 5. januar 2015. Brevet ble ikke besvart. Hun engasjerte advokat, og ved brev av 28. mai 2015 fremsatte hun nytt krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B kommune besvarte brevet 30 juni 2015, hvor det ble opplyst at endelig svar ville komme på et senere tidspunkt. Tvisten mellom partene økte i omfang i tiden som fulgte, og det har vært mye korrespondanse og avholdt flere møter mellom partene, uten at B kommune uttrykkelig avviste kravet.

Under saksforberedelsen har kommunen gjort gjeldende at behovet for deler av A' merarbeid ikke lenger foreligger. Dette knytter seg i hovedsak til merarbeid utført for kollegaer i forskjellige permisjoner som har kommet tilbake på jobb, og utgjør til sammen 268 timer. Kommunen har videre anført at 43,5 merarbeidstimer som A har tildelt seg selv i strid med arbeidsgivers instruks, ikke skal inngå i grunnlaget for en eventuell stillingsutvidelse.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 489,75 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 28. mai 2014 til 27. mai 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 16. september 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 15. september 2015
- brev datert 2. desember 2015
- brev datert 5. februar 2016
- brev datert 7. april 2016
- brev datert 5. oktober 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 30. oktober 2015
- brev datert 12. januar 2016
- e-post av 21. mars 2016
- e-post av 1. oktober 2016

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at behovet for deler av A' merarbeid ikke lenger foreligger fordi merarbeidet er utført for kollegaer som har kommet tilbake på jobb etter endt permisjon. Videre anfører kommunen at A har misbrukt sin utvidede tilgang til vaktssystemet ved å forfordle kollegaer og tildele vakter til seg selv, og at disse vaktene ikke skal inngå i grunnlaget for en eventuell stillingsutvidelse. Kommunen mener også at det er perioden knyttet til det kravet som ble fremsatt først som må legges til grunn i saken. B kommune anfører at den ikke har avslått kravet.

### **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.

B kommune har anført at kravet ikke er avvist. Det følger forutsetningsvis av forskriften om tvisteløsningsnemnd § 4 at et krav må være avvist av arbeidsgiver før nemnda kan behandle saken. Dette kan imidlertid etter nemndas oppfatning ikke gjelde reservasjonsløst. En arbeidsgiver skal ikke kunne unngå nemndsbehandling av saken ved å forholde seg passiv til kravet fra arbeidstaker. Nemnda mener at arbeidsgiver må gis tid til å områ seg og vurdere kravet, men at arbeidsgiver må ta stilling til kravet etter en forsvarlig saksbehandlingstid. I denne saken ble det først fremsatt et krav i januar 2015, og nytt krav ble fremsatt i mai. Ingen av kravene har blitt uttrykkelig avslått av arbeidsgiver. På den annen side har heller ikke arbeidsgiver gitt arbeidstaker medhold i kravet ved å tildele utvidet stilling. Nemnda legger til grunn at da saken ble sendt inn i september 2015 hadde B kommune hatt tilstrekkelig tid til å behandle saken, og arbeidsgivers passivitet må betraktes som et avslag på kravet. Saken tas derfor opp til behandling i nemnda.

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.

B kommune har anført at A har benyttet sin utvidede adgang til vaktssystemet til å forfordle kollegaer og tildele vakter til seg selv, og at disse vaktene må gå til fradrag ved en eventuell stillingsutvidelse. A har vært bistått av advokat, men påstanden er ikke imøtegått. Nemnda legger derfor arbeidsgivers fremstilling til grunn. Etter nemndas oppfatning er dette merarbeidet klart nok et uttrykk for arbeidsgivers behov for merarbeid, og skal derfor som utgangspunkt inngå i grunnlaget for stillingsutvidelsen. Problemstillingen er ikke behandlet i forarbeidene. Nemnda mener det er uheldig at arbeidstakers instruksbrudd gir arbeidstaker krav på større stillingsutvidelse enn hun ville hatt dersom instruksene var blitt fulgt, men kan ikke se at det finnes et rettslig grunnlag for at merarbeidet ikke skal tas med i beregningen av stillingsutvidelsen. En arbeidsgiver som avdekker et slikt instruksbrudd er derfor henvist til å ta nødvendige grep for å stanse uønsket adferd, og eventuelt reagere med de alminnelige virkemidlene en arbeidsgiver har til rådighet i slike situasjoner.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver første gang 5. januar 2015. Da kravet ikke ble besvart, fremmet A et nytt krav 28. mai 2015. Så lenge de alminnelige vilkårene for nemndsbehandling ellers er tilstede, er det etter nemndas oppfatning ingenting i veien for at en arbeidstaker fremsetter et nytt krav og krever at den nye perioden skal legges til grunn ved nemndas behandling. 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 28. mai 2014 til 27. mai 2015.

Nemnda må så ta stilling til om merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet byr på en konkret og skjønsmessig 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 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 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.

Etter 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. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden og 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. Nemnda har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

Det følger da av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedersperioden.

B kommune har anført at unntaksbestemmelsen i § 14-4 a kommer til anvendelse da behovet for deler av A' merarbeid ikke lenger foreligger, hovedsakelig fordi dette merarbeidet er utført for kollegaer som har kommet tilbake på jobb etter endt permisjon.

Ordlyden i unntaksbestemmelsen krever at arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger, og kravene til dokumentasjon er i noen grad kommentert i forarbeidene. I Prop. 83 L (2012-2013) s. 78 heter det:

*«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.»*

På s. 86 heter det:

*«Arbeidsgiver må i tilfelle legge fram konkret dokumentasjon som kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har samme behov for merarbeidet.»*

Dokumentasjonen som er fremlagt av arbeidsgiver er ikke imøtegått av A, og nemnda legger derfor til grunn at arbeidsgiver har dokumentert at deler av behovet er bortfalt. Oversikten forelagt nemnda viser at dette merarbeidet utgjør totalt 268 timer.

Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar nemnda utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 489,75 timer utover avtalt arbeidstid i opptjeningsperioden. Etter fradrag for andelen merarbeid som arbeidsgiver ikke lenger har behov for, er det totalt 221,75 merarbeidstimer som inngår i grunnlaget for stillingsutvidelsen. Dette tilsvarer en stillingsandel på 13,29.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 13,29.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

Oslo, 18.01.2017

### **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).