

## **VEDTAK NR 50/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 5. november 2015.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Henning Harborg, leder  
Silje Hassellund Solberg, LO  
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 spesialhjelpepleier i stilling på 75 prosent i B kommune, med arbeidssted X bo- og helsetun.

I brev til kommunen av 6. januar 2015 gjorde hovedtillitsvalgte fra Fagforbundet, på vegne av A, krav på stillingsutvidelse til 85 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder.

Kravet ble avslått i B kommunes brev av 18. februar 2015. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden. Det ble vist til at det er flere opphold på over 14 dager fra siste merarbeid.

Arbeidsgiver har opplyst at A har arbeidet totalt 1596,8 timer i perioden fra og med 6. januar 2014 til og med 5. januar 2015, herunder 249,2 timer ekstravakter. Full stilling innebærer 1846 arbeidstimer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 27. februar 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. februar 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 13. april 2015

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at arbeidsgiver tolker kravet om jevnlig utført merarbeid for strengt. Hun mener hennes merarbeid indikerer et stabilt behov for hennes arbeidskraft, og at arbeidsgiver ikke kan avslå kravet på bakgrunn av opphold på 14 dager.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at A har flere opphold på 14 dager eller mer mellom utført merarbeid. Arbeidsgiver oppfatter ikke dette som jevnlig arbeid utover avtalt arbeidstid i lovens forstand.

### **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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremmet 6. januar 2015 krav om utvidelse fra 75 til 85 prosent stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 månedene. Det er ikke anført eller dokumentert at behovet for merarbeid har bortfalt. Nemnda legger derfor til grunn at behovet for merarbeid fortsatt foreligger. B kommune har imidlertid anført at vilkåret om at merarbeidet skal ha vært utført jevnlig ikke anses oppfylt på grunn av flere opphold på mer enn 14 dager.

Nemnda har i saken delt seg i et flertall på tre og et mindretall på to.

Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Solberg og Kristoffersen, viser til at det fremkommer av forarbeidene at ekstraarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet vil være sentrale momenter i vurderingen av om merarbeidet er utført jevnlig. Slik flertallet 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.

Verken «hyppighet», «omfang» eller «stabilitet» er i seg selv særlig presise begreper, og gir ikke klare anvisninger på hvor grensen skal gå. Andre uttalelser i forarbeidene gir imidlertid noe klarere føringer, og tilsier etter flertallets oppfatning at det ikke stilles særlig strenge krav til merarbeidet for at det skal gi grunnlag for et krav på økt stilling. En viss indikasjon i den retningen får man allerede ved at det forskjellige steder i forarbeidene heter at merarbeidet må ha en *viss* hyppighet og et *visst* omfang, og at det må dreie seg om en *noenlunde* stabil bruk av merarbeid.

I kartleggingen av det nærmere innholdet i kravene til *hyppighet og omfang* mener flertallet at det må ha betydning at forarbeidene synes å legge opp til at § 14-4 a også åpner for små stillingsøkninger:

*Departementet kan ikke se at det foreligger sterke grunner for å innføre noe minimumskrav til merarbeidets omfang, eller at stillingens størrelse skal avrundes oppover til «runde» brøker. Departementet legger i likhet med Arbeidstilsynet vekt på at selv mindre prosentvise økninger vil kunne utgjøre stor forskjell for den enkelte deltidsansatte.*

Ettersom stillingsøkningen som hovedregel skal tilsvare det merarbeidet som er utført *jevnlig*, innebærer en åpning for krav på små stillingsøkninger nødvendigvis at kravene til omfang og hyppighet ikke kan være særlig strenge.

Også for kravet til stabilitet inneholder forarbeidene uttalelser som tilsier at kravet ikke er særlig strengt. Det heter for eksempel at det «*må også være et visst innslag av merarbeid i den løpende driften i virksomheten*» og – som allerede nevnt – en «*en noenlunde stabil bruk av merarbeid*». Videre heter det at:

*På den annen side bør det ikke være avgjørende at merarbeidet nødvendigvis er spredt jevnt utover hele referanseperioden. Spørsmålet vil være om merarbeidet i det store og hele fremstår som en etablert praksis i den aktuelle tolv månedersperioden, uavhengig av om omfang og hyppighet varierer noe innenfor perioden.*

Disse uttalelsene tilsier som sagt at kravet til stabilitet etter flertallets oppfatning ikke er særlig strengt. Når departementet setter ord på den andre siden av grensen, heter det at det vil «ikke være tilstrekkelig dersom merarbeidet bare utøves rent sporadisk». Videre gis følgende eksempel:

*Dersom en arbeidstaker for eksempel tar ekstravakter bare i forbindelse med arbeidstopper, ved ferieavvikling eller i forbindelse med typiske sesongsvingninger, vil dette ikke være tilstrekkelig.*

Samlet sett tilsier forarbeidene etter flertallets oppfatning altså at terskelen for krav på økt stilling etter § 14-4 a ikke er særlig høy. 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 flertallets oppfatning tilstrekkelig at det har forekommet slikt merarbeid gjennom hele opptjeningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Flertallet understreker likevel at det skal gjøres en helhetsvurdering, og at det må være en viss relativitet mellom de tre momentene. Selv om det i forarbeidene (sikkert ovenfor) gjøres klart at det ikke kan stilles noe minimumskrav til merarbeidets – og derved stillingsøkningens – omfang, ser flertallet at merarbeidet lett får et sporadisk preg når omfanget er lite. I tilfeller der omfanget er lite, må merarbeidet derfor som regel være utpreget stabilt (regelmessig) for at det ikke skal ha et sporadisk preg. Der merarbeidet tilsvarer stilling på under ti prosent, må vaktene eller overtidsarbeidet etter flertallets syn som hovedregel være spredt forholdsvis jevnt utover opptjeningsperioden for at det skal få preg av en etablert praksis som gir uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

At det har gått lengre perioder uten noe ekstraarbeid, vil lett frata merarbeidet preget av etablert praksis. Dette gjelder imidlertid ikke uten videre. Det må ses hen til årsaken til at det ikke har vært arbeidet ekstra i perioden. I perioder der arbeidstakeren har ferie, kan det f.eks. ikke forventes merarbeid. Det samme gjelder i perioder der den deltidsansatte har tett arbeidsprogram i sin ordinære stilling. Også arbeidsgivers totale bruk av merarbeid i perioden, vil kunne være relevant. Det advares i forarbeidene mot en «viss fare for at det kan bli arrangert korte avbrudd eller såkalt «lufting» av arbeidstakere i perioder for å omgå» krav på utvidelse av stilling etter § 14-4 a. I perioder der det må legges til grunn at dét er årsaken til at arbeidstaker ikke har hatt ekstravakter, kan fraværet av ekstravakter vanskelig tale mot arbeidstakers krav.

Med denne forståelsen av kravet til jevnlighet må A ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter flertallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i opptjeningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Flertallet viser til at A har hatt mellom en og seks ekstravakter hver måned, og at det ikke er opphold på mer enn cirka fire uker mellom ekstravaktene – utover ett opphold på cirka seks uker i forbindelse med avvikling av arbeidstakers egen ferie. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis og et uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Flertallet har etter dette kommet til at A har krav på utvidet stilling tilsvarende merarbeidet i opptjeningsperioden. A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 6. januar 2015. Etter § 14-4 a (1) annen setning skal tolv månedersperioden «beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt

arbeidstaker fremmet sitt krav». Flertallet legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble sendt til arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er derved fra 6. januar 2014 til 5. januar 2015. Arbeidsgiver har opplyst at A har arbeidet 249,2 timer utover avtalt arbeidstid i perioden, og flertallet har ikke grunn til å fravike denne opplysningen.

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 med en ukentlig arbeidstid på 35,5 timer i snitt. Etter fradrag for fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer. As ekstraarbeid på 249,2 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 14,93.

Nemndas mindretall, medlemmene Strøm og Dale, mener kravet til jevnlig arbeid utover avtalt arbeidstid ikke er oppfylt. Departementet uttaler i Prop.83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.4 at i «*kriteriet «jevnlig» ligger det også at det må dreie seg om en noenlunde stabil bruk av merarbeid. Et typisk eksempel vil være en deltidsansatt som har avtale om å arbeide 4 dager i uken, men som i tillegg har jobbet fast en dag ekstra i uken, og derved i realiteten har hatt en full stilling.»*

Det var i løpet av tolv månedersperioden flere perioder med opphold på tre til fire uker i tillegg til ferieavvikling, og merarbeidet fremstår samlet sett som mer sporadisk enn hva loven krever. Merarbeidet varierer dessuten fra en til seks dager pr måned. Dette tilsier etter mindretallets oppfatning at merarbeidet må anses for sporadisk og at A ikke fyller vilkårene for rett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

### **Konklusjon**

A har etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 14,93.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Oslo, 30.05.2016

### **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).