

## **VEDTAK NR 20/16 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 har en stilling på 60 prosent som fagarbeider/omsorgsarbeider i B kommune. I brev av 15. januar 2015 fremmet A krav om høyere stillingsprosent i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Det var ikke angitt noen bestemt stillingsprosent i søknaden.

Arbeidsgiver avslo kravet i brev av 22. januar 2015. Begrunnelsen for avslaget var at vilkåret om jevnlig mertidsarbeid ikke var oppfylt grunnet manglende mertid i september, november og desember.

Hovedtillitsvalgt for Delta klaget på avslaget i e-post til kommunen 13. februar 2015. De hevdet at den manglende mertiden var begrunnet i sykemelding og derfor ikke kunne brukes som avslagsgrunn. Arbeidsgiver har senere foretatt en korrigerende handling som viser at det kun er i desember A ikke har utført merarbeid, men opprettholder beslutningen om å avslå kravet.

A var sykemeldt fra 20. november til 19. desember 2014.

Arbeidsgiver har fremlagt en oversikt som viser at A har arbeidet 160 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 15. januar 2014 til 14. januar 2015. De oppgir at full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda av B kommune ved brev av 17. 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 17. mars 2015
- e-post av 30. oktober 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 17. februar 2015
- brev av 9. mars 2015
- brev av 10. april 2015
- e-post av 23. oktober 2015

### **Arbeidstakers anførsler**

A ønsker økt stilling inntil 75 prosent. Hun anfører at hun har jobbet jevnlig hele året, med unntak av en periode hvor hun var sykemeldt på grunn av dødsfall i nærmeste familie. Dette mener hun ikke bør være til hinder for at hun får utvidet stilling.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke oppfyller kriteriet i loven om å ha jobbet jevnlig utover avtalt arbeidstid. Mertiden har ikke den hyppighet og omfang som § 14-4 a krever. Merarbeidet fremstår heller ikke som en etablert praksis i perioden.

## **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). Bestemmelsen trådte i kraft 1. januar 2014, og nemnda har i 2015 mottatt mer enn 250 saker med krav om økt stilling etter § 14-4 a. Bestemmelsen reiser en rekke vanskelige spørsmål. For å sikre en ensartet praksis i nemnda, samt for å fylle det nemnda oppfatter som et behov for informasjon om nemndas forståelse av bestemmelsen, vil nemnda i de første sakene gi mer omfattende redegjørelser for sin forståelse av loven enn det nemnda har for vane i andre sakstyper. Dette er den første saken nemnda tok til behandling om bestemmelsen.

Blant de vanskelige spørsmål bestemmelsen reiser, er hvilken kompetanse nemnda har i behandlingen av saken. Ut fra lovens ordlyd og forarbeider er det uklart om nemndas kompetanse er begrenset til å avgjøre om arbeidstaker har rett til stillingsutvidelse eller om nemnda også skal fastsette størrelsen på stillingen som arbeidstaker eventuelt er berettiget til. Ved brev av 26. juni 2015 forela nemnda dette spørsmålet for departementet. Henvendelsen ble besvart av departementet ved brev av 30. september 2015. Departementet uttalte der at:

*Departementet er enig i at ordlyden i § 14-4 a og forarbeidene ikke gir noe entydig svar på spørsmålet. Departementet er likevel av den oppfatning at det har vært en klar forutsetning at nemndas rolle både skal være å ta stilling til om vilkårene etter loven er oppfylt og å fastsette størrelsen på en ev. stillingsutvidelse. Departementet mener vider at denne avgrensning bør legges til grunn av nemnda. Som også nemnda påpeker, ville en annen løsning ofte være helt utilfredsstillende for partene. Departementet finner i denne sammenheng også grunn til å legge betydelig vekt på uttalelsene i pkt. 4.4.4.6 i lovproposisjonen, som klart trekker i samme retning.*

Alle nemndas faste medlemmer og varamedlemmer var enige om at spørsmålet burde forelegges departementet til uttalelse, og nemndas flertall, medlemmene Harborg, Solberg og Kristoffersen, mener at departementets utvetydige uttalelse da må tillegges avgjørende vekt. Flertallet finner derfor at nemndas oppgave ikke bare er å avgjøre om vilkårene for stillingsutvidelse er oppfylt, men også å fastsette størrelsen på en eventuell utvidelse.

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. Lovens vilkår gir opphav til en rekke spørsmål, ikke minst om forståelsen av kravet til *jevnlighet*. Bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) gir retningslinjer for en del av spørsmålene bestemmelsen foranlediger, men ikke for alle.

Uenigheten mellom partene i denne saken handler nettopp 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 har i delt seg i et flertall og et mindretall både i den generelle forståelsen av kriteriet og i subsumsjonen i denne saken.

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. 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 (sitert 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.

Sykdomsperioder byr i denne sammenheng på særlig vanskelige spørsmål, hvorav enkelte kommer på spissen i denne saken. Forarbeidene inneholder liten eller ingen veiledning om hvilken betydning sykemeldinger skal ha for vurderingen etter § 14-4 a. Ett utgangspunkt er at sykdom som hovedregel ikke bør redusere arbeidstakers rettigheter etter arbeidsmiljøloven, hvilket skulle tilsi sykdomsperioder 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 sykdomsperioder ikke kan opptjene rettigheter etter § 14-4 a. Flertallet er av den oppfatning at det avgjørende må være om nemnda ut fra det ekstraarbeidet som er utført, har grunnlag for å konkludere med at ekstraarbeidet er uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver. Der arbeidstaker har lengre sykdomsperioder, vil nemnda ofte mangle det nødvendige grunnlaget. Flertallet understreker imidlertid at vurderingen alltid må være konkret. Der ekstraarbeidet er særlig hyppig og stabilt utenfor sykdomsperiodene, kan det oppveie for noe lengre sykdomsperioder.

Et beslektet spørsmål er om sykefravær fra arbeidstakers ordinære vakter bør ha betydning for kravet på stillingsutvidelse. Etter ordlyden gis ”rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid” i tolv månedersperioden. Isolert sett kan det tilsi at man har krav på en stillingsprosent som svarer til summen av det man har arbeidet i ens ordinære stilling og ekstraarbeidet. I så fall vil sykefravær i den ordinære stillingen komme til fradrag ved fastsettelsen av ny stillingsprosent. I forarbeidene heter der imidlertid at den deltidsansatte har ”rett til stilling med samme omfang (stillingsstørrelse), arbeidssted og vakter tilsvarende merarbeidet vedkommende har utført i løpet av beregningsperioden”. Det tilsier altså at man utelukkende skal se på omfanget av det jevnlig ekstraarbeidet, og at den stillingsprosenten det tilsvarer skal legges til den stillingsprosenten arbeidstaker allerede har. Flertallet legger til grunn at utgangspunktet i tråd med forarbeidene må være at man tar utgangspunkt i merarbeidet, men flertallet ser samtidig

at det kan få urimelige virkninger i spesielle tilfeller. Der arbeidstaker har hatt så omfattende sykefravær at det i løpet av opptjeningsperioden samlet sett er arbeidet mindre enn det gjeldende stilling skulle tilsi, virker det lite rimelig at han eller hun skulle ha krav på utvidet stilling. Flertallet mener derfor at det ved utmåling av ny stillingsprosent ikke utelukkende kan ses hen til merarbeidet. Særlig der sykefraværet er jevnlig og har stort omfang, kan det også ha betydning for fastsettelsen.

Til den konkrete subsumsjonen i denne saken viser flertallet til at A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 15. januar 2015. Etter § 14-4 a (1) annen setning skal tolv månedersperioden ”beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav”. Nemnda 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 15. januar 2014 til 14. januar 2015. Arbeidsgiver opplyser at A har arbeidet 160 timer utover avtalt arbeidstid i perioden. Opptjent stillingsøkning må etter flertallets 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 160 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 9,59

Med flertallets forståelse 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 ekstravakter hver måned, med unntak av i november og desember. Hun var imidlertid i den perioden sykmeldt i en måned. En såpass kort sykmelding kan i tråd med det som er sagt ovenfor, ikke frata arbeidstaker kravet på økt stillingsprosent der ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i det resterende av tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav. Flertallet 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. Etter forarbeidene innebærer dette at arbeidstaker i fraværet av annen avtale må akseptere å ta ut (hele) den stillingsutvidelsen som tilsvarer det reelle merarbeidet. Flertallet forstår dette slik at nemnda 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. Departementets opprinnelig forslag om at man skulle beregne den deltidsansattes gjennomsnittlige arbeidstid i tolv månedersperioden, ble forlatt etter høringsrunder, og det heter i forarbeidene at det ”bør imidlertid være åpent for å benytte et visst skjønn i vurderingen”. Flertallet 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. Flertallet kan imidlertid ikke se at det i denne saken har vært noen slike topper eller andre variasjoner som kan tilsi at man fraviker det matematiske gjennomsnittet over tolv månedersperioden. Ut fra sakens opplysninger, fastsetter nemnda derfor arbeidstakers nye stillingsprosent til 69,59.

Det nærmere innholdet i den utvidete delen av stillingen, derunder plassering av arbeidstid og arbeidssted, skal etter forarbeidene "tilsvare innholdet i det merarbeid vedkommende faktisk har utført i den aktuelle perioden". Det presiseres at "det betyr også at arbeidstaker må akseptere samme omfang av ubekvemme vakter som i merarbeidet, dersom arbeidsgiver ønsker dette". Tilsvarende må etter flertallets oppfatning gjelde de konkrete arbeidsoppgavene i ekstravaktene. Hvis disse avviker fra de oppgavene arbeidstakeren har i sin ordinære stilling, må arbeidstaker akseptere tilsvarende avvik i den utvidede delen av stillingen.

En særlig problemstilling som ikke er reist i forarbeidene, gjelder ekstravakter arbeidstakeren ikke er kvalifisert for. Et eksempel kan være en lærer som tar vikartimer som læreren mangler undervisningskompetanse i. Slik flertallet ser det, kan slikt ekstraarbeid ikke kvalifisere til stillingsutvidelse. Selv om det forekommer jevnlig, må det ses som uttrykk for et behov hos arbeidsgiver som denne arbeidstakeren ikke er kvalifisert til å fylle.

Det er i denne saken ikke anført at behovet for merarbeidet er bortfalt, og nemnda legger derfor til grunn at behovet fortsatt foreligger.

Nemndas mindretall, medlemmene Strøm og Dale, har kommet til at A ikke fyller vilkårene for rett til utvidet stilling.

Innledningsvis vil mindretallet redegjøre for sitt syn på nemndas kompetanse i saker etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a:

Mindretallet er av den oppfatning at tvisteløsningsnemnda ikke har kompetanse til å fastsette en konkret ny stillingsbrøk for arbeidstaker. Nemndas kompetanse er etter vårt syn begrenset til å ta stilling til om vilkårene for rett til utvidet stilling er oppfylt.

Ordlyden i § 14-4 a (2) er at *"tvist om rett etter bestemmelsen avgjøres av tvisteløsningsnemnda"*. Ordlyden taler etter vår oppfatning for at nemnda skal begrense seg til å avgjøre om vilkårene for stillingsutvidelse er oppfylt. Dette har støtte i forarbeidene, jf. Prop.83 L (2012-2013) pkt. 4.4.4.7 tredje avsnitt, der det fremgår at «[d]ersom tvist bringes inn for Tvisteløsningsnemnda for avgjørelse, skal nemnda ta stilling til hvorvidt vilkårene i bestemmelsen er oppfylt».

Sammenhengen mellom bestemmelsene i §§ 14-4 a og 14-4 b taler på tilsvarende måte for at nemndas kompetanse er begrenset. Å skulle fastsette en ny stillingsbrøk må etter mindretallets oppfatning anses som "virkninger av brudd på deltidsansattes rett til utvidet stilling, og virkningene er regulert i § 14-4 b og lyder; *Dersom retten kommer til at en deltidsansatt har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter bestemmelsen i § 14-4 a, skal retten etter påstand fra den deltidsansatte avsi dom for ansettelse i slik stilling.*" Lovens ordlyd, forarbeidene og sammenhengen mellom bestemmelsene taler derfor for at tvisteløsningsnemndas kompetanse er begrenset til om vilkårene er oppfylt og at kun domstolene kan beslutte om vedkommende skal ansettes i slik stilling.

I tillegg vil det etter mindretallets syn være betenkelig at nemnda uten full bevisvurdering og tilstrekkelig kontradiksjon skal kunne ansette/ utvide stillingsvernet til arbeidstaker i en konkret prosentstørrelse. Nemnda har ingen forutsetning for å avgjøre eller vurdere om det er andre ansatte som er mer berettiget, ut fra kvalifikasjoner og/eller ansiennitet, til stillingsutvidelse enn klager.

Det er også mindretallets syn at § 14-4 a (1), selv om vilkårene er oppfylt, må forstås slik at bestemmelsen ikke er ment å begrense arbeidsgivers styringsrett, jf. Prop.83 L (2012-2013) pkt. 6.1 femte avsnitt, hvor det fremgår at:

«Bestemmelsen skal ikke forstås slik at en deltidsansatt selv har adgang til å velge hvor stor stillingsbrøk/andel hun eller han ønsker å utvide sin ordinære stillingsprosent med ut fra egne preferanser, selv om ønsket stillingsbrøk ligger innenfor rammen av det faktiske merarbeidet. En deltidsansatt som gjør krav gjeldende etter bestemmelsen, må i utgangspunktet akseptere å ta ut (hele) den stillingsutvidelse som tilsvarer det reelle merarbeidet.

(...)

Når det gjelder det nærmere innholdet i stillingen, slik som plassering av arbeidstid og arbeidssted, skal dette tilsvare innholdet i det merarbeid vedkommende faktisk har utført i den aktuelle perioden. I dette ligger at den deltidsansatte ikke selv kan velge hvilket sted eller avdeling hun eller han skal utføre arbeidet. Dersom merarbeidet har vært utført på et eller flere andre steder/avdelinger enn der arbeidstaker har sitt hovedarbeidssted, må den deltidsansatte akseptere at arbeidsgiver fortsatt velger å bruke vedkommende på forskjellige steder/avdelinger i virksomheten. Det betyr også at arbeidstaker må akseptere samme omfang av ubekvemme vakter som i merarbeidet, dersom arbeidsgiver ønsker dette.»

Videre følger det av forarbeidene pkt. 4.4.4.6 tredje avsnitt:

«Etter departementets oppfatning vil det ofte være naturlig å ta utgangspunkt i en gjennomsnittsberegning for å reflektere reell situasjon/arbeidstid i beregningsperioden. Det bør imidlertid være åpent for å benytte et visst skjønn i vurderingen, og departementet opprettholder derfor ikke forslaget fra høringen om at en bestemt gjennomsnittsberegning *skal* legges til grunn i denne forbindelse.»

Dersom nemnda også skal fastsette en bestemt stillingsprosent vil det etter mindretallets syn innebære en overstyring og innblanding i utøvelsen av arbeidsgivers styringsrett og mulighet for skjønnsutøvelse slik forarbeidene legger opp til, som nemnda ikke har hjemmel eller kompetanse til å gjøre.

Alle de saker nemnda så langt har fått forelagt, er fra deltidsansatte i stillinger med skift/turnus. I alle saker varierer merarbeidet fra uke til uke og fra måned til måned og ofte med topper i perioder. Som oftest er det også perioder, av varierende lengde, uten noe merarbeid. Å skulle fastsette en bestemt stillingsbrøk i slike tilfeller vil i stor grad bære preg av ren synsing, i stedet for en konkret skjønnsutøvelse. Siden nemnda i disse saker skal behandle saker som i realiteten dreier seg om ansettelse i nye stillinger, og som sådan griper direkte inn i arbeidsgivers styringsrett både når det gjelder behov for, og hvem som har best rett til å få økt sin stilling, forutsetter dette etter mindretallets syn full prøving og bevisumiddelbarhet, hvilket kun kan skje på en tilfredsstillende måte ved ordinær domstolsbehandling.

Ad. kravet til "jevnlign har arbeidet utover avtalt arbeidstid»:



Mindretallet mener at flertallet legger en uriktig forståelse av kriteriet "jevnlig" i § 14-4 a til grunn når de mener at terskelen for krav på økt stilling ikke er særlig høy, verken når det gjelder krav til "hyppighet", "omfang" eller "stabilitet".

Mindretallet mener grensedragningen mellom sporadisk utført merarbeid og jevnlig utført merarbeid, både etter en alminnelig språklig forståelse av «jevnlig», formålet med bestemmelsen og eksemplifiseringen i forarbeidene om hvilke tilfeller som vil gi rett til utvidelse, trekker i retning av en langt høyere terskel for hva som anses som «jevnlig».

I Prop.83 L (2012-2013) pkt. 4.4.4.4 fremgår at «[e]t 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». Etter mindretallets syn illustrerer dette med tydelighet at det skal en del til for at vilkåret om «jevnlig» er oppfylt, samtidig som også mindretallet er enig i at det utførte merarbeidet ikke behøver være tilnærmet likt fordelt ut over hele tolv månedersperioden, slik det fremgår videre av forarbeidene på dette punktet. Mindretallet legger til grunn at når departementet bruker uttrykket «har jobbet fast en dag ekstra i uken» illustrerer dette at merarbeidet må ha blitt utført stort sett utover hele tolv månedersperioden. Videre uttales det i forarbeidene at «[s]pørsmålet 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». Når man ser disse uttalelsene i sammenheng, i tillegg til uttalelsene om at det må være «et visst innslag av merarbeid i den løpende driften», må terskelen for jevnlig utført merarbeid etter mindretallets syn ligge høyere enn det flertallet argumenterer for.

Kravet om "jevnlig å ha arbeidet" må også etter mindretallets syn ses i sammenheng med at opptjeningsperioden kun er på 12 måneder. Dette er en kort periode i forhold til å slå fast at merarbeidet som skal gi rett til utvidet stilling er ment å dekke et reelt og varig arbeidskraftbehov i virksomheten.

I forarbeidene er betydningen av arbeidstakers eget fravær ikke nevnt og problematisert i forhold til kravet "de siste 12 måneder jevnlig har arbeidet utover (...)". Mindretallet mener ordlyden i bestemmelsen ("har arbeidet") tilsier at utgangspunktet må være at man faktisk må ha arbeidet jevnlig i hele perioden. Utover lovbestemt ferie er mindretallets oppfatning at fravær grunnet egen sykdom, med mindre det dreier seg om korte fravær, vil måtte få vesentlig betydning ved vurderingen av om vilkårene er oppfylt.

A kan etter mindretallets oppfatning ikke få medhold i sitt krav om utvidet stilling. Dokumentasjonen i saken viser at arbeidstaker har hatt opphold i tre perioder, på henholdsvis fire, fem og seks uker mellom utført merarbeid i perioden. I tillegg har arbeidstaker hatt et sykefravær på fire uker, men det er ikke utført nytt merarbeid før etter seks uker fra sykemeldingstidspunktet. Det vil si at det ikke er utført noe merarbeid det meste av november og hele desember (2014). Totalt er det i løpet av tolv månedersperioden (52 uker) utført 20 vakter med merarbeid (160 timer), som fordeler seg over 17 uker. I flertallet av disse ukene er det utført merarbeid i løpet av kun én eller to dager innenfor hver uke. Unntak gjelder for juni og oktober (2014) da det er tale om merarbeid over fire sammenhengende dager, og seks enkeltstående dager med merarbeid i oktober. I både juni, august (2014) og januar (2015) er det kun utført én dag med merarbeid.

Merarbeidet for A er beregnet til å utgjøre 9,59 prosent av en full stilling. Når merarbeidet utgjør under 10 prosent må merarbeidet være utpreget stabilt og regelmessig for at det kan anses jevnlig og ikke bære preg av å være sporadisk, jf. også flertallets vurdering.

Merarbeidet i denne saken er etter mindretallets oppfatning svært ujevnt fordelt i perioden, og varierer fra en til seks dager pr måned. Ett sammenhengende avbrudd på bortimot to måneder, et opphold på fire, fem og seks uker mellom utført merarbeid i perioden, i tillegg til store variasjoner i regelmessighet og omfang tilsier etter mindretallets oppfatning at merarbeidet må anses sporadisk og at A ikke fyller vilkårene for rett til utvidet stilling etter § 14-4 a.

### **Konklusjon**

A har etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 9,59.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Oslo, 14.03.2016

### **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).