

## **VEDTAK NR 69/16 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 omsorgsarbeider/hjelpepleier i stilling på 53,5 prosent ved enhet Hjemmetjenester i B kommune. Hun hadde også en midlertidig avtale fra 1. januar 2014 til 31. desember 2014 som ferievikar/sykevikar med timelønn - «engasjert på timeinnleie ved sykdom, fravær og ferie». Kontrakten hadde ingen fastsatt stillingsstørrelse eller minimum antall timer.

Ved brev av 20. januar 2015 fremsatte hun krav om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. På grunnlag av utført merarbeid krevde A en utvidelse av stillingen til 64 prosent.

Arbeidsgiver avslo kravet ved brev av 19. mars 2015. Begrunnelsen for avslaget var at merarbeidet ikke var utført jevnlig, og at det var flere opphold på 14 dager eller mer i løpet av kravperioden.

Dokumentasjonen arbeidsgiver har lagt frem for nemnda viser at A har arbeidet 146,46 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 20. januar 2014 til og med 19. januar 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år. Etter fradrag for fem uker ferie utgjør full stilling et årstimetall på 1668,5 timer.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 7. april 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 7. april 2015
- brev mottatt 13. mai 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 19. mai 2015
- e-post av 7. juni 2016

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at merarbeidet hun har utført i den aktuelle perioden er jevnlig og gir rett til utvidet stilling til 64 prosent i henhold til arbeidsmiljøloven §14-4 a.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke er utført jevnlig i den aktuelle perioden. A har flere opphold på 14 dager eller mer i løpet av perioden som ligger til grunn for kravet. Det anføres at merarbeidet i hovedsak er utført i forbindelse med påske, pinse og sommer, og at dette faller inn under begrepet «sesongtopper» som etter arbeidsgivers mening skal holdes utenom beregningen.

Det opplyses at A har arbeidet 1024,75 timer i perioden som ligger til grunn for kravet, og at hennes stilling utgjør 989,75 timer.

Arbeidsgiver anfører at de har gjennomført flere stillingsøkninger i henhold til § 14-4 a i avdelingen, enheten og stillingsområdet våren 2015, og at sykefravær, permisjoner og annet grunnlag for merarbeid har vært på et stabilt nivå i perioden. Arbeidsgiver er derfor av den oppfatning at behovet for merarbeid er redusert eller falt bort.

### **Tvistløsningsnemndas 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.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder 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 20. januar 2015. Etter § 14-4 a (1) annen setning skal tolvmånedersperioden beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at arbeidstaker fremmet sitt krav for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 20. januar 2014 til 19. januar 2015.

I forarbeidene til § 14-4 a, prop. 83 L (2012-2013), bemerker departementet i avsnitt 4.4.4.2. følgende:

*Det bestemmelsen tar sikte på å omfatte, er jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Den typiske situasjonen vil være der arbeidstaker arbeider «ekstravakter» utover avtalen, eller av andre grunner arbeider «overtid» i sin deltidsstilling, såkalt merarbeid. Årsaken til ekstraarbeidet er for så vidt uten betydning. Bestemmelsen skal derfor gjelde uavhengig av om det er økt arbeidsmengde, sykefravær eller andre forhold som begrunner behovet. Samtidig må bestemmelsen avgrenses mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt. Et eksempel kan være en deltidsarbeidende med 50 prosent stilling som for en periode dessuten er ansatt i et*

*vikariat i 50 prosent for en kollega som er i foreldrepermisjon. I et slikt tilfelle vil arbeidstaker (for en tid) ha avtalt arbeidstid tilsvarende full stilling; tilleggsstillingen kan således ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».*

As midlertidige avtale fra 1. januar 2014 til 31. desember 2014, som angir at hun er «engasjert på timeinnleie ved sykdom, fravær og ferie», fremstår for nemnda som en rammeavtale for tilkallingsvakter, og ikke som den typen midlertidige avtaler som forarbeidene viser til. Kontrakten hadde ingen fastsatt stillingsstørrelse eller minimum antall timer. Merarbeid i henhold til denne avtalen må derfor tas med i beregningen av As merarbeid i perioden. Se også nemndas vedtak 29/16, hvor en lignende rammeavtale om ekstravakter ikke ble holdt utenfor beregningen.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 146,46 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. 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. A sitt merarbeid på 146,46 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 8,78.

Nemnda har etter en konkret skjønnsmessig vurdering kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig i lovens forstand.

Merarbeidet i denne saken tilsvarer i overkant av 8 prosent stilling. Arbeidstaker er i utgangspunktet ansatt i 53,5 prosent stilling. Selv med en stillingsprosent som ikke er særlig omfattende, viser dokumentasjonen i denne saken at merarbeidet er svært ujevnt fordelt i beregningsperioden, og varierer fra flere måneder uten merarbeid til måneder med seks vakter. Det er ikke utført noe merarbeid i mars, november og desember. Nemnda har lagt til grunn at 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 vises til vedtak 20/16. Selv om en ser bort fra de ukene arbeidstaker avvirket ferie, kan ikke nemnda se at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som for sporadisk og det kan ikke legges til grunn at det representerer en etablert praksis som fyller lovens krav.

Nemnda har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

## **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

Oslo, 24.06.2016

**Til orientering:**

Twister 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).