

## **VEDTAK NR 89/16 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 assistent i hjemmetjenesten i stilling på 27,93 prosent i B kommune.

Den 24. februar 2015 mottok B kommune et krav datert 20. januar 2015 fra A om utvidet stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B kommune avslo 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 750,25 timer utover sin faste stilling i perioden 24. februar 2014 til 23. februar 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

A har i tillegg til sin faste stilling hatt et sommervikariat i perioden 23. juni 2014 – 17. august 2014. I denne perioden avvirket hun også tre ukers ferie.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 10. 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 10. juni 2015
- brev av 18. august 2015
- brev av 1. juni 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. Hun ble ikke informert om at arbeidsavtale ville gå til fratrukk ved eventuelt krav om økt stilling.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker har hatt et avtalt sommervikariat i perioden 23. juni 2014 – 17. august 2014 hvor arbeidstaker ikke har utført merarbeid utover avtalt arbeidstid. I tillegg skyldes vaktene som ekstrahjelp på 50,5 timer, perioder med ekstra stort pleiebehov, eksempelvis ved terminalpleie som ikke oppstår jevnlig fordelt utover 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.

Merarbeid betegnet som fast lønn på 215 timer ble benyttet på stillinger som ble holdt vakante i påvente av omorganisering av ansatte som ble overflødige etter vedtatt reduksjon av ansatte og omorganisering i hjemmetjenesten. Stillingene ble enten lagt ned, eller besatt slik at behovet for dette merarbeidet ikke lenger foreligger.

### **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. Tolv månedersperioden beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Uenigheten 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.

As krav er datert 20. januar 2015, men ble først mottatt av arbeidsgiver den 24. februar 2015. Nemnda finner at postgangen i dette tilfelle har vært unaturlig lang, og legger derfor til grunn dagen før kravet ble mottatt av arbeidsgiver, som siste dag i tolv månedersperioden. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 24. februar 2014 til 23. februar 2015. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 750,25 timer utover sin faste stilling i beregningsperioden. Ved vurderingen av timeantallet har nemnda lagt til grunn alt utført merarbeid i perioden basert på framlagte timelister med unntak arbeid som ferievikar i perioden 23. juni 2014 til 17. august 2014.

Det fremgår at A i perioden 23. juni 2014 til 17. august 2014 var ansatt i et avtalt sommervikariat hvor hun arbeidet i en fast turnus som ferievikar. Innleverte timelister viser

imidlertid at det under denne perioden også ble utført en ekstravakt ført med annen kode enn ferievikar. Disse timene tas derfor med i grunnlaget for beregning av stillingsøkning.

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 med unntak av juli 2014 hvor hun avviklet egen ferie, 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 innleie i stillinger som ble holdt vakante i påvente av omplassering av ansatte som ville bli overflødige etter politisk vedtak om omorganisering og reduksjon av bemanningen ved hjemmetjenesten.

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.

Etter nemndas oppfatning er det i denne saken tilstrekkelig dokumentert at omstillings- og nedbemanningsprosessen medførte at behovet for deler av As merarbeid ikke lenger forelå. Innleie i vakante stillinger med 215 timer i perioden anses dermed som bortfalt, og vil ikke 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, i dette tilfellet 1668,5 timer. As merarbeid på 535,25 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 32,1.

Det følger av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolvårsperioden. Slik nemnda forstår bestemmelsens forarbeider, skal nemnda ved fastsettelsen av ny stillingsprosent i utgangspunktet regne om hvor stor stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Det følger imidlertid også av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, men 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.

Arbeidsgiver har anført at vakter som ekstrahjelp skyldes perioder med ekstra stort pleiebehov. Nemnda kan imidlertid ikke se at vakter som ekstrahjelp er konsentrert rundt enkelte intense perioder slik at det skulle tilsi at man fraviker det matematiske gjennomsnittet over tolvårsperioden. Ut fra sakens opplysninger, fastsetter nemnda derfor at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 32,1.

### **Konklusjon**

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 32,1.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

Oslo, 25.08.2016

**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).