

## **VEDTAK NR 23/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Twisteløsningsnemnda avholdt møte mandag 23. januar 2017.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Steffen G. Rogstad, nestleder  
Silje Stadheim Almestrand, NHO  
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio

### **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 ansatt som helsefagarbeider i stilling på 75 prosent ved B sykehjem i B kommune.

Den 28. april 2015 fremsatte Fagforbundet, på vegne av arbeidstaker, krav om stillingsutvidelse til 100 prosent, på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i tvisteprotokoll datert 19. august 2015. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke er utført jevnlig og at B kommune står i en vanskelig økonomisk situasjon med sannsynlig nedbemanning i nær fremtid.

Timelister forelagt nemnda viser at A har arbeidet 297,25 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 28. april 2014 til 27. april 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 21. august 2015. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstakersiden:

- brev av 21. august 2015
- brev av 15. september 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 25. september 2015
- e-post av 13. oktober 2016
- e-post av 18. oktober 2016
- e-post av 7. november 2016

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører at hun har rett til utvidet stilling til 100 prosent basert på hennes utførte merarbeid. Kommunens økonomiske situasjon er ikke en saklig grunn for avslag, da det er et konstant behov for ekstravakter. Vakanser i turnusen tyder på for dårlig grunnbemanning.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune er i en vanskelig økonomisk situasjon og forbereder for nedbemanning. Nye turnuser er i tillegg under utarbeidelse og det ønskes av den grunn ikke å tilsette i faste stillinger før det er klart hvilke konsekvenser nedbemanningen får for tjenesten.

Arbeidsgiver er også av den oppfatning at arbeidstaker ikke har rett til stillingsøkning, da hun ikke har arbeidet jevnlig 100 prosent de siste 12 måneder.

### **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).

Etter forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer.

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 fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 28. april 2015. 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. april 2014 til 27. april 2015.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 297,25 timer utover avtalt arbeidstid i opptjeningsperioden. Av timelistene framgår det at 19,5 timer er satt av til timebank, som senere er avspasert. Nemnda finner at disse timene ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, da arbeidet ikke gjenspeiler arbeidsgivers stabile varige behov for merarbeid.

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 merarbeid på 277,75 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 16,65.

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.

Videre har arbeidsgiver anført at kommunen er i en vanskelig økonomisk situasjon, og behovet for merarbeidet er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til jevnlighetsvilkåret.

Spørsmålet blir da hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. 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. Dette beror på en konkret og skjønnsmessig vurdering.

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 utført merarbeid 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.

Når det gjelder arbeidsgivers anførsel om en vanskelig økonomisk situasjon i kommunen, må nemnda ta stilling til om kommunen i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt på avslagstidspunktet eller at det var sannsynlig at behovet ville bortfalle i nær fremtid.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

*«..Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid. (...) 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.»*

I sak 129/16 har nemndas flertall uttalt følgende om planlagte nedbemanninger på avslagstidspunktet:

*«For at nedbemanningsplaner skal ha betydning i de konkrete sakene nemnda skal avgjøre, må de etter flertallets oppfatning ikke bare fremstå som målsetninger, men være konkrete og allerede under behandling på tidspunktet for arbeidsgivers avslag. Enn videre må den planlagte nedbemanningen redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der merarbeidet som har utløst kravet på økt stilling, er utført.»*

*Flertallet understreker videre at nedbemanningen, for å være relevant, må ha som virkning at behovet for merarbeid reduseres.»*

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort i tilstrekkelig grad at behovet for merarbeid ville bortfalle i nær framtid.

Det er fra arbeidsgivers side framlagt dokumentasjon som viser at det foreligger et overforbruk ved sykehjemmet, og opplyst at det ble forberedt for nedbemanning på avslagstidspunktet. Virkningene av en kommende nedbemanning er likevel etter nemndas oppfatning ikke tilstrekkelig underbygget. Nemnda bemerker at arbeidsgivers anførsler på dette punktet er for generelle, og at den dokumentasjonen nemnda har mottatt ikke er tilstrekkelig konkret til at det er mulig å etterprøve arbeidsgivers vurdering av bortfalt behov på tidspunktet for avslaget.

Det følger av forarbeidene at nemnda kan utøve et visst skjønn ved fastsettelsen av ny stillingsprosent. 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.

Selv om merarbeidet etter en totalvurdering framstår som jevnt fordelt utover året, viser timelistene at det i september og oktober 2014 ble utført en betydelig høyere andel merarbeid, enn i de øvrige månedene.

Nemnda finner følgelig at merarbeidet A har utført denne perioden ikke kan gi full uttelling i beregningen. Etter en skjønnsmessig vurdering basert på de ovennevnte momenter, fastsetter nemnda at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling tilsvarende 14 prosent.

### **Konklusjon**

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 14.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad  
nestleder

Oslo, 25.01.2017

### **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).