

## **VEDTAK NR 173/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 11. november 2016.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder  
Silje Hassellund Solberg, LO  
Gry Brandshaug Dale, KS

### **Saken gjelder**

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3.  
Tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B

## **Det ble truffet slikt vedtak:**

### **Saksforhold**

A er fast ansatt som miljøterapeut i nattevaktstilling på 65,73 prosent ved DPS Døgnerheten B. Hun er utdannet barnevernspedagog.

Ved brev av 18. september 2015 fremsatte A krav om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. På grunnlag av utført merarbeid krevde A en utvidelse av stillingen med ca. 9,4 prosent.

I september 2015 sa en nattevakt opp deler av sin stilling. A og tre andre nattevakter opplyste enhetsleder, i forkant av utlysning, om at de ønsket å dele disse vaktene seg imellom. 9. oktober 2015 ble det internt lyst ut en fast nattevaktstilling på 18,78 prosent.

I e-post av 2. november 2015 ble det opplyst om at arbeidsgiver ønsket at hele stillingen skulle tildeles én søker, og det var ønskelig å tilsette en med sykepleie- eller vernepleiefaglig bakgrunn. Da ingen av nattevaktene ville ha stillingen i sin helhet, opplyste arbeidsgiver i e-post av 5. november 2015 om at stillingen ville deles mellom de tre søkerne som tilfredsstilte utdanningskravet.

I en annen e-post av 5. november 2015 opplyste enhetsleder at de, sammen med rådgiverne i HR, hadde konkludert med at kravet om utvidelse av stilling avslås.

I brev av 13. november 2015 ble kravet etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a avslått med begrunnelsen at merarbeidet ikke er utført jevnlig.

Dokumentasjonen lagt frem for nemnda viser at A har jobbet 172,25 timer ekstraarbeid i perioden fra og med 18. september 2014 til og med 17. september 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år. Det utførte merarbeidet tilsvarer således en stillingsprosent på 10,32.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 3. desember 2015, poststemplett 6. desember 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 3. desember 2015
- brev av 21. januar 2016
- brev av 22. april 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev poststemplett 4. april 2016
- e-post av 10. juni 2016

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Stillingen på 18,78 prosent består av fire vakter over en periode på seks uker, og hun ønsker 1-2 av disse vaktene. Dette utgjør 9,39 prosent, eventuelt 4,69 prosent. A anfører at hun er kvalifisert for stillingen, da hun har hatt samme type stilling i flere år.

A anfører videre at merarbeidet hun har utført i den aktuelle perioden er jevnlig og gir rett til utvidet stilling med 9,4 prosent i henhold til arbeidsmiljøloven §14-4 a.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver ønsker å gi stillingen på 18,78 prosent til en arbeidstaker med nødvendig kompetanse som sykepleier/vernepleier for å ivareta driftsmessige utfordringer og kontinuitet i pasientbehandlingen. Arbeidstaker med lengst ansiennitet ønsket ikke å øke stillingen med 18,78 prosent, og denne ble da delt på de tre som var kvalifisert. A er utdannet barnevernspedagog og ansatt som miljøterapeut, og anses ikke som kvalifisert med hensyn til nødvendig kompetanse.

I forhold til kravet etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a er ikke merarbeidet utført jevnlig i den aktuelle perioden.

### **Twisteløsningsnemndas merknader**

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4). Det samme gjelder twist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid, 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.

Frist for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgiver avslø krav fra arbeidstaker, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 4 (1).

Det avgjørende etter nemndas praksis er når det kan sies å foreligge et endelig avslag fra arbeidsgiver. Etter nemndas oppfatning inneholder arbeidsgivers svar i e-post av 5. november 2015 et endelig avslag på kravet etter arbeidsmiljøloven § 14-3 da det opplyses at arbeidstaker ikke tilfredsstillt utdanningskravet arbeidsgiver har stilt. Fristen for å bringe saken inn utløp dermed 3. desember 2015. Saken ble brakt inn ved brev poststempelt 6. desember 2015. Twisten etter arbeidsmiljøloven § 14-3 anses dermed ikke som rettidig innbrakt.

Når det gjelder tvisten etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a vil nemnda ta denne til behandling.

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.

Arbeidstaker fremsatte krav ved brev av 18. september 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet. Den relevante perioden i denne saken er derved fra og med 18. september 2014 til og med 17. september 2015.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 172,25 timer utover avtalt arbeidstid i opptjeningsperioden. 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 172,25 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 10,32. Dette gir til sammen en stilling på 76,02 prosent.

Unigheten mellom partene i denne saken gjelder i hovedsak hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Hvorvidt merarbeidet har vært utført «jevnlig» i bestemmelsens forstand, byr på en konkret og skjønsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige.

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.

Nemnda har etter en konkret helhetsvurdering kommet frem til at det samlede merarbeidet etter nemndas syn fremstår som jevnt fordelt utover opptjeningsperioden og som utslag av en etablert praksis som oppfyller lovens krav. Det er i vurderingen blant annet lagt vekt på at A har utført merarbeid hver måned utenom en periode på 10,5 uker fra juni til august, hvor hun først hadde tre uker ferie og deretter en uke ferie. Disse oppholdene uten merarbeid kan ikke tillegges avgjørende vekt i nemndas vurdering, da resten av merarbeidet fremstår som jevnlig fordelt. Nemnda har etter dette kommet til at A oppfyller kravene i § 14-4 a.

## **Konklusjon**

Sak om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 avvises som for sent fremsatt.

A har etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 10,32.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

Oslo, 14.11.2016

**Til orientering:**

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a 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).