

## **VEDTAK NR 169/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 19. oktober 2016.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Anne Marie due (vara for Henning Harborg), leder  
Elisabeth Lea Strøm, NHO  
Silje HasselA Solberg, LO

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Cecilie R. Sæther, KS  
Hallfrid Kristoffersen, Fagforbundet

### **Saken gjelder**

Tvist 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 hjelpepleier i stilling på 67,20 prosent i B kommune, med arbeidssted Pleie og omsorg. Tiltredelse var 31. mars 2014, og stillingen var en allerede eksisterende fast stillingshjæmmel som hun overtok. Hun var frem til 30. mars 2014 fast ansatt i en stilling på 14,08 prosent. I tillegg var hun i perioden 1. november 2013 til 30. mars 2014 midlertidig ansatt i et vikariat på 54,46 prosent.

Den 5. mars 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev datert 28. mai 2015. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 374,75 timer utover sin faste stilling og vikariatet i perioden 5. mars 2014 til 4. mars 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 8. juni 2016. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 8. juni 2016
- brev datert 13. august 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 10. juli 2015
- e-post av 23. september 2016
- brev datert 5. oktober 2016
- e-post av 5. oktober 2016

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at arbeidstaker i flere, lengre perioder ikke har utført merarbeid og at lovens vilkår om «jevnlig» utførelse av merarbeid dermed ikke er oppfylt. I tillegg gjelder flere av merarbeidstimene betalt deltakelse på kurs og møter på arbeidsplassen, og disse timene skal ikke inngå i grunnlaget for en eventuell stillingsutvidelse. Det samme gjelder avtalte ekstravakter hvor arbeidstaker har levert egenmelding.

### **Twisteløsningsnemndas merknader**

Twist 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.

Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble sendt til arbeidsgiver. A fremsatte sitt krav 5. mars 2015. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 5. mars 2014 til og med 4. mars 2015.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Hvorvidt merarbeidet har vært utført «jevnlig» i bestemmelsens forstand, 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 2012-2013) 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. 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 delt seg i et flertall og et mindretall i vurderingen av om merarbeidet er utført jevnlig.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Strøm og Sæther, har kommet til at kravet til jevnlig merarbeid utover avtalt arbeidstid ikke er oppfylt.

I opptjeningsperioden er det flere lange perioder uten merarbeid, og flertallet vil spesielt trekke frem de tre periodene i juli-august, september-oktober og oktober-november. Flertallet har merket seg at A avvirket ferie i juli, til dels ved bytte av vakter i tillegg til regulær ferieavvikling. Samlet sett fremstår imidlertid merarbeidet som mer sporadisk enn hva loven krever.

Ettersom flertallet har kommet til at vilkåret om jevnlig utførelse av merarbeidet ikke er oppfylt, er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på beregningsgrunnlaget for en stillingsutvidelse i denne saken.

Nemndas mindretall, medlemmene Solberg og Kristoffersen, har kommet til at kravet til jevnlig merarbeid utover avtalt arbeidstid er oppfylt.

Nemnda har i en rekke tidligere saker, sist i sakene 96/16, 54/16 og 50/16, slått fast at der det har gått lengre perioder uten noe merarbeid, vil dette 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.

Merarbeidet i denne saken går etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det er visse svingninger i intensiteten i opptjeningsperioden, har merarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Mindretallet viser til at om det ses bort fra juli måned hvor A avvirket ferie, har hun hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden. I periodene flertallet viser til i sin begrunnelse, har A på grunn av arbeid enten i vikariatet eller i sin faste stilling, hatt begrensede muligheter til å ta ekstravakter. Merarbeidet har samlet sett hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav. Mindretallet har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

Siden flertallet har kommet til at merarbeidet ikke er jevnlig, er det ikke nødvendig for mindretallet å gå nærmere inn på hvilken stillingsprosent A ville hatt krav på.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

Oslo, 31.10.2016

### **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).