



# Tvisteløsningsnemnda

---

Vedtaksdato  
29.10.2018

Vår referanse  
2018/18058

Saksbehandler  
Mahreen Shaffi

## **VEDTAK NR 97/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 18. oktober 2018.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder  
Silje Hassellund Solberg, LO  
Silje Stadheim Almestrand, NHO

### **Saken gjelder**

Twist 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 helsefagarbeider i stilling på 70 prosent i B.

Den 6. november 2017 fremsatte han krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev datert 16. februar 2018, og begrunnet avslaget med at arbeidstaker har fått advarsler pga. stort og ureglementert fravær og annet.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 359,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 6. november 2016 til og med 5. november 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 19. mars 2018. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 19. mars 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 23. mai 2018

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet han har utført i tolv månedersperioden viser et stabilt behov som gir han rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver kan ikke imøtekomme arbeidstakers krav, da han har et høyt sykefravær og ustabilitet i arbeidet. Videre er store deler av merarbeidet utført for navngitte personer, og dermed er behovet bortfalt. Å utvide arbeidstakers stilling vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, da det har vært relativt høyt fravær og ustabilitet i arbeidstakers arbeidsutførelse. Til tross for tett oppfølging og utstrakt tilrettelegging av arbeidstid, mener arbeidsgiver at arbeidstaker ikke har kapasitet til større stilling enn 70 prosent. Det er også planlagt endringer og nedbemanning i avdelingen fra høsten 2018.

### **Tvisteløsningsnemndas 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). I henhold til 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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 6. november 2017. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden for denne saken er dermed fra og med 6. november 2016 til og med 5. november 2017.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 359,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden.

Jevnlighetskriteriet 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 beregningsperioden, 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 beregningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned, bortsett fra et opphold på 6 uker i slutten av juli og i hele august måned. I denne perioden avviklet arbeidstaker ferie. Nemnda legger derved til grunn at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har anført at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten å utvide arbeidstakers stilling, da det har vært relativt høyt fravær og ustabilitet i arbeidstakers arbeidsutførelse. Til tross for tett oppfølging og utstrakt tilrettelegging av arbeidstid, mener arbeidsgiver at arbeidstaker ikke har kapasitet til større stilling enn 70 prosent. Etter

nemndas oppfatning gir ikke slike forhold grunnlag for å frata arbeidstaker rett til utvidet stilling så lenge det merarbeidet som er utført, medfører at jevnlighetskriteriet er oppfylt.

Arbeidsgiver har også anført at deler av behovet for merarbeidet har bortfalt, da det er planlagt endringer og nedbemanninger i avdelingen fra høsten 2018.

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 i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Arbeidsgiver har anført at det er planlagt endringer og nedbemanninger i løpet av høsten 2018. Det er imidlertid ikke konkretisert eller tilstrekkelig dokumentert hvorvidt dette reduserer behovet for arbeidstakers merarbeid.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar nemnda utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer.

Dokumentasjonen i saken viser at han har arbeidet 359,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 21,55. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 91,55.

**Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 21,55 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

29.10.2018

**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).