

## **VEDTAK NR 103/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte fredag 7. april 2017.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Sigrun Sagedahl, nestleder  
Silje Hassellund Solberg, LO  
Silje Stadheim Almestrand, NHO

**Særskilt oppnevnte medlemmer**

Cecilie Sæther, KS  
Arne Løseth, 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 assistent i stilling på 55,46 prosent ved X bokollektiv i B kommune.

Den 26. mai 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo søknaden i brev datert 9. juni 2016. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet var utført for faste ansatte med fravær, og at behovet for merarbeidet ville være redusert i tiden fremover.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 364,25 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 26. mai 2015 til 25. mai 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 21. 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 28. juni 2016
- brev datert 29. september 2016
- brev datert 21. februar 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 19. august 2016
- brev datert 3. november 2016
- brev datert 13. februar 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 A ikke har rett til stillingsutvidelse fordi brukerne på boligen, som er funksjonshemmede, begynner å bli eldre og får stadig flere somatiske helseproblemer. Bokollektivet har bare fem brukere og normalt én person på vakt. Det har vært nødvendig å tilkalle hjemmehjelpen i kommunen fordi man har manglet helsefaglig kompetanse. Man ser et økende behov for helsefaglig kompetanse i bokollektivet, og kommunen mener dette behovet ikke kan avhjelpes ved å utvide stillingen til en ufaglært.

Videre anfører arbeidsgiver at behovet for deler av merarbeidet ikke lenger foreligger. En stilling for ufaglært ansatt på 80 prosent ble holdt vakant i beregningsperioden. En stillingsandel på 50 prosent av denne stillingen ble senere lyst ut for helsefagarbeider, mens en stillingsandel tilsvarende 30 prosent ble fordelt mellom to andre ansatte, hvorav den ene var under utdanning som helsefagarbeider. Endelig anfører arbeidsgiver at behovet for

merarbeid er redusert fordi sykefraværet i beregningsperioden var unormalt høyt, og har falt i tiden etter.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 26. mai 2016. 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 og med 26. mai 2015 til og med 25. mai 2016.

Arbeidsgiver har ikke anført at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig, men dette er noe nemnda likevel må ta stilling til for å kunne tilkjenne en stillingsutvidelse. Kriteriet byr på en konkret og skjønnsmessig vurdering.

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. 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.

Forarbeidene inneholder liten eller ingen veiledning om hvilken betydning sykemeldinger skal ha for vurderingen etter § 14-4 a. Et utgangspunkt er at sykdom som hovedregel ikke bør redusere arbeidstakers rettigheter etter arbeidsmiljøloven, hvilket skulle tilsi at sykdomsperioder, på samme måte som ferieperioder, ikke kan tale i arbeidstakers disfavør. På den annen side krever lovteksten at den deltidsansatte jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, og den utvidete stillingen skal beregnes på grunnlag av den faktiske arbeidstiden. Dette tilsier at arbeidstaker i sykdomsperioder ikke kan opptjene rettigheter etter § 14-4 a. Nemnda er av den oppfatning at det avgjørende må være om man ut fra det ekstraarbeidet som er utført, har grunnlag for å konkludere med at ekstraarbeidet er uttrykk for et jevnlig behov hos arbeidsgiver. Der arbeidstaker har lengre sykmeldingsperioder vil nemnda ofte mangle det nødvendige grunnlaget. Det understrekes imidlertid at vurderingen alltid må være konkret. Der ekstraarbeidet er særlig hyppig og stabilt utenfor sykdomsperiodene, kan det oppveie for noe lengre sykdomsperioder.

Dokumentasjonen i saken viser at arbeidstaker har vært sykemeldt i flere lange perioder, til sammen to og en halv måned av opptjeningsperioden på totalt tolv måneder. I tillegg har hun avvirket ferie i over en måned. Det samlede fraværet utgjør en så stor del av opptjeningsperioden at nemnda ikke har det nødvendige grunnlaget for å vurdere om jevnlighetsvilkåret ikke er oppfylt. Det vil dermed ikke være nødvendig å ta stilling til de øvrige vilkårene for stillingsutvidelse.

Nemnda har etter dette kommet til at A ikke kan gis medhold i sitt krav om utvidelse av stilling.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl  
nestleder

19.04.2017

### **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).