

VEDTAK NR 48/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 26. november 2015.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Arne Løseth, Fagforbundet
Mårten Brandsnes Faret, KS

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 fast ansatt som hjelpepleier i stilling på 50 prosent i B kommune, med arbeidssted i Hjemmetjenesten X.

I brev til kommunen av 21. januar 2015 gjorde hovedtillitsvalgte fra Fagforbundet, på vegne av A, krav på stillingsutvidelse til 78 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder.

Arbeidsgiver opplyser at full stilling innebærer 1846 arbeidstimer per år, og at A i perioden 22. januar 2014 til 21. januar 2015 totalt arbeidet 1468,67 timer, herunder 501,67 timer ekstravakter. Ekstraarbeidet tilsvarer i følge arbeidsgiver en stilling på 27 prosent.

Kravet ble avslått i B kommunes brev av 21. februar 2015. Avslaget er begrunnet med at merarbeidet ikke er utført jevnlig i den aktuelle perioden. Det er vist til at det er en periode med opphold på 14 dager fra siste merarbeid, samt at A hadde vært sykmeldt i perioden 23. oktober 2014 til 2. februar 2015.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 27. februar 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 27. februar 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 9. april 2015

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at arbeidsgiver tolker kravet om jevnlig utført merarbeid for strengt. Hun mener hennes merarbeid indikerer et stabilt behov for hennes arbeidskraft, og at arbeidsgiver ikke kan avslå kravet på bakgrunn av opphold på 14 dager.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører at kravet om jevnlighet ikke er oppfylt på bakgrunn av As sykemeldingsperiode på tre måneder. Sett i forhold til den korte opptjeningsperioden på 12 måneder, anser arbeidsgiver dette som et langt fravær.

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).

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.

Arbeidsgiver opplyser at full stilling innebærer 1846 arbeidstimer per år, og at A i perioden 22. januar 2014 til 21. januar 2015 totalt arbeidet 1468,67 timer, herunder 501,67 timer ekstravakter. Ekstraarbeidet tilsvarer ifølge arbeidsgiver en stilling på 27 prosent. Etter § 14-4 a (1) annen setning skal tolv månedersperioden «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. Den relevante perioden i denne saken er derved fra 21. januar 2014 til og med 20. januar 2015. Det er imidlertid ikke registrert noe merarbeid disse dagene, så grunnlaget for beregningen blir det samme.

Uenigheten mellom partene i denne saken handler om hvorvidt merarbeidet har vært utført «jevnlign» i bestemmelsens forstand. Kriteriet byr på en konkret og skjønsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige. For en utfyllende redegjørelse for nemndas forståelse av jevnlighetskriteriet vises det blant annet til nemndas vedtak nr. 20/16.

Nemnda er ikke av den oppfatning at det går bestemte grenser for hvor hyppig merarbeidet skal være utført for at det skal kunne karakteriseres som «jevnlign» i lovens forstand. Det må gjøres en konkret helhetsvurdering av mengden merarbeid og fordelingen utover året, og det vil kunne forekomme variasjoner i løpet av året uten at dette vil avskjære arbeidstakers krav etter § 14-4 a. Nemnda viser til at det fremkommer av forarbeidene at ekstraarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet vil være sentrale momenter i vurderingen.

Spørsmålet vil være om merarbeidet i det store og hele fremstår som en etablert praksis i den aktuelle tolv månedersperioden, uavhengig av om omfang og hyppighet varierer noe innenfor perioden. At det har gått lengre perioder uten noe ekstraarbeid vil 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.

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 sykmeldt i perioden 23. oktober 2014 til 2. februar 2015, det vil si i nesten tre måneder av opptjeningsperioden på totalt tolv

måneder. Dette utgjør en så stor del av perioden at nemnda ikke anser kriteriet om jevnlighet som oppfylt.

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

Henning Harborg
leder

Oslo, 30.05.2016

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).