



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
18.10.2024

Møtedato
17.10.2024

Vår referanse
2024/118

Saksbehandler
Maisha Maliha Saiyed

SAK NR 98/24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om deltidsansattes rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B-kommune

Vedtak

A har ikke rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Ingrid Tordis Enoksen, UNIO, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

Aer fast ansatt som ufaglært assistent i stilling på 19,72 prosent i B-kommune, i [Bydel]. Hun jobber fast annenhver helg i [Lokasjon] område, i hjemmetjenesten.

Den 12.04.2024 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B-kommune avsto kravet i brev av 24.04.2024. Avslaget ble begrunnet med at A ikke hadde jobbet jevnlig i beregningsperioden.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda ved brev datert 30.04.2024. Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 30.04.2024
- brev av 27.05.2024

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 16.05.2024
- brev av 05.06.2024
- brev av 21.08.2024
- e-post av 23.08.2024

Arbeidsgivers syn på saken

B-kommune hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi hun ikke oppfyller kravet til jevnlig merarbeid utover avtalt arbeidstid. Arbeidsgiver viser til at hun har et høyt sykefravær i beregningsperioden, og bemerker at hun var sammenhengende sykemeldt i tre måneder i beregningsperioden.

Arbeidsgiver viser til at arbeidstaker hovedsakelig har utført merarbeid i to perioder, hvor første periode er i mai – juni, og andre periode er i oktober – november. Disse periodene sammenfaller med perioder hvor det har vært ekstra behov som følge av ferieperioder og sykefravær.

Arbeidsgiver oppgir at tildelingen av ekstravakter skjer etter behov, og varierer fra dag til dag. Faglærte prioriteres ved tildelingen av ledige vakter, og vakter utover det blir tildelt så rettferdig som mulig. Tildeling av vakter skjer med hensyn til forsvarlig drift og krav om nødvendig helsehjelp, hvor faktorer som spiller inn er risiko for brudd på arbeidsmiljøloven, faglig kompetanse, kunnskap, og enkelte ferdigheter som er nødvendig for visse oppgaver, herunder førerkort.

Arbeidsgiver opplyser også at arbeidstaker har sendt inn deler av korrespondansen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og at dette kan mistolkes. Hele korrespondansen viser at arbeidsgiver har forsøkt å veilede arbeidstaker til å søke seg til arbeidssteder som er bedre egnet for henne som følge av fysiske begrensninger. Det fremkommer videre av korrespondansen at arbeidsgiver har opplyst om at arbeidstaker ikke kan bli tildelt vakter samtidig som hun er sykemeldt.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har rett til stillingsutvidelse fordi hun har jobbet 522,11 timer utover sin faste stilling, og at merarbeidet har vært jevnlig og hyppig.

Arbeidstaker viser til at sykefravær er å anse som gyldig fravær. Hun viser videre til at tidligere praksis fra nemnda angir at sykefraværsperioder ikke skal være til ugunn for arbeidstaker på lik linje med ferieperioder, men at ordlyden i lovteksten heller ikke gir noe uttelling for sykefraværsperioder. Arbeidstaker bemerker at hun ble sykemeldt som følge av en skade hun fikk på jobb.

Arbeidstaker viser videre til at arbeidsgiver fortsatt har et behov for å dekke ledige vakter. Hun viser til at hun søkte på ledige vakter mot slutten av beregningsperioden fra 18.03.2024 til 11.04.2024, hvor hun var friskmeldt. Disse forespørslene ble avslått, og vaktene ble gitt til ekstravakter uten fast stilling. Etter at hovedtillitsvalgt gjorde arbeidsgiver oppmerksom på at dette ikke var riktig, har arbeidstaker igjen begynt å få ekstravakter.

Arbeidstaker hevder at korrespondansen med arbeidsgiver viser at arbeidstaker konsekvent har ønsket å påta seg vakter når hun har vært frisk, og at hun ønsket seg tilbake på jobb selv om hun var sykemeldt. Det at arbeidsgiver veileder arbeidstaker til andre arbeidssteder kan være velment, men endrer ikke det faktum at hun har krav på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Etter arbeidsmiljøloven § 17-2 har Tvisteløsningsnemnda myndighet til å avgjøre tvister etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a:

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.

I denne saken er partene uenige om merarbeidet er utført jevnlig.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at A ikke har rett til en utvidet stilling.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Tolvmånedersperioden

Etter bestemmelsens ordlyd og fast praksis i nemnda, er siste dag i tolvmånedersperioden dagen før arbeidstaker fremmet kravet. A fremmet kravet 12.04.2024. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 12.04.2023 til og med 11.04.2024.

Hvor mange timer har A arbeidet utover avtalt arbeidstid?

Nemnda har kommet til at A har arbeidet 632,5 timer utover avtalt arbeidstid i tolvmånedersperioden.

Nemnda har lagt arbeidsgivers opplysninger til grunn for vurderingen.

Er merarbeidet utført jevnlig?

Nemnda har kommet til at det ikke er grunnlag for å vurdere om merarbeidet har vært jevnlig.

Det er et vilkår at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid. I forarbeidene (Prop. 83 L for 2012-2013) står det at man må vurdere merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet. Det må være utført et visst merarbeid gjennom hele beregningsperioden, men det kan være opphold i merarbeidet, for eksempel ved fravær som ferie eller sykefravær. Det er heller ikke nødvendig at merarbeidet er utført ukentlig e.l.

Forarbeidene gir ingen eller lite veiledning om hvilken betydning sykefravær har for vurderingen etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Et utgangspunkt er at sykdom som hovedregel ikke bør redusere arbeidstakers rettigheter etter arbeidsmiljøloven. Dette tilsier at sykefraværsperioder, på lik linje med ferieperioder, ikke kan tale i arbeidstakers disfavør. På den andre siden krever ordlyden i lovteksten at den deltidsansatte jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, og at den utvidede stillingen skal beregnes på grunnlag av arbeid som faktisk er utført. Dette tilsier at arbeidstaker i sykefraværsperioder ikke kan opptjene rettigheter etter arbeidsmiljøloven § 14 – 4 a.

Etter nemndas oppfatning må det avgjørende være om man ut fra merarbeidet som er utført, har grunnlag for å konkludere med at merarbeidet er et uttrykk for et jevnlig behov hos arbeidsgiver. Der arbeidstaker har lengre sykefraværsperioder vil nemnda ofte mangle det nødvendige grunnlaget. Det understrekes videre at vurderingen alltid må være konkret. I tilfeller ekstraarbeidet er særlig hyppig og stabilt utenfor sykefraværsperiodene, kan det veie opp for noe lengre sykefraværsperioder.

A har flere perioder med opphold i beregningsperioden hvor de lengste periodene er på rundt 11 og 17 uker. Mesteparten av oppholdene skyldes sykefravær.

Nemnda har kommet til at den ikke har tilstrekkelig grunnlag for å kunne vurdere hvorvidt merarbeidet er et uttrykk for et jevnlig og varig behov hos arbeidsgiver som følge av de nevnte periodene med opphold. Det vises til at arbeidstaker i løpet av tolv månedersperioden til sammen har over 27 uker med fravær og opphold i merarbeidet. Nemnda har etter dette kommet til at A derfor ikke kan få medhold i sitt krav om utvidet stilling.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

18. oktober 2024