



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
27.08.2024

Møtedato
22.08.2024

Vår referanse
2024/103

Saksbehandler
Katarina Torrissen Revang

SAK NR 78/24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

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

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Vedtak

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

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Jan Eikeland, Akademikerne, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som renholder/kjøkkenansvarlig i stilling på 75 prosent hos B. Hun har vært sykmeldt fra og med 1. september 2023.

Den 16. februar 2024 krevde A utvidelse av stillingen på grunn av utført merarbeid de siste 12 månedene, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B avslo kravet i brev av 19. mars 2024 og begrunnet avslaget med at merarbeidet ikke har vært jevnlig utført i beregningsperioden som følge av sykefraværet.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda den 12. april 2023. Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 12. april 2024
- brev av 21. mai 2024

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 30. april 2024
- brev av 10. mai 2024
- brev av 13. mai 2024
- brev av 31. mai 2024

Relevant for saken er også innholdet i telefonsamtalene med arbeidsgiver den 15. mai 2024 og 3. juni 2024. I samtalene opplyste arbeidsgiver at de ikke har oversikt over når merarbeidet har blitt utført samt at de ikke har innvendinger til timene som arbeidstaker har oppført i skjema over utført merarbeid.

Arbeidsgivers syn på saken

B hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi merarbeidet ikke er jevnlig utført i tolv månedersperioden, og fordi behovet har falt bort.

Merarbeidet er ikke utført jevnlig

A har ikke utført merarbeid i september, oktober, november og desember 2024 eller i januar og februar 2024, som utgjør nesten halvparten av tolv månedersperioden.

Det har ikke vært behov for merarbeidet, og behovet er uansett falt bort

Det har ikke vært behov for merarbeidet som er utført. Mange av arbeidsoppgavene som er relatert til merarbeidet, burde vært utført innenfor alminnelig arbeidstid. I tillegg er det utført oppgaver som arbeidsgiver ikke har godkjent. Arbeidsgiver har likevel betalt for det arbeidstaker har rapportert inn av timer fra februar til juli 2023. I e-post av 25. august 2023 opplyste arbeidsgiver om at ingen flere merarbeidstimer kom til å bli godkjent uten avtale som følge av dårlig økonomi.

Videre opplyser arbeidsgiver om at de har observert manglende tilstedeværelse i arbeidstiden og at hun har utført andre gjøremål enn arbeidsoppgaver i arbeidstiden. Arbeidsgiver mener etter dette at det ikke har vært behov for merarbeidet, og det vil heller ikke være behov for merarbeid framover. Det manglende behovet illustreres av at de ikke har ansatt vikar under sykefraværet.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har rett til stillingsutvidelse tilsvarende 100 prosent stilling, fordi hun har utført 1084 timer merarbeid i beregningsperioden.

Merarbeidet har et slikt omfang utenfor sykdomsperioden, at jevnlighetsvilkåret må anses for å være oppfylt

Ved sykefravær i tolv månedersperioden, har nemnda lagt vekt på hvorvidt sykefraværet har et omfang som tilsier at nemnda ikke har grunnlag for å konkludere med at ekstraarbeidet er uttrykk for et stabilt og varig behov for arbeidsgiver. Der merarbeidet er hyppig og stabilt utenfor sykdomsperiodene, kan dette veie opp for sykefravær i lengre perioder.

Arbeidstaker mener at merarbeidet fram til og med august 2023, helt klart viser et stabilt og varig behov for arbeidsgiver. Dette underbygges og sannsynliggjøres med at merarbeidet har vært tilsvarende i lang tid før februar 2023, selv om dette ikke inngår i beregningsperioden.

Arbeidstaker presiserer [...].

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 og om behovet har falt bort.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at arbeidstaker ikke kan få medhold i sitt krav.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Tolvmånedersperioden

Etter bestemmelsens ordlyd og fast praksis i nemnda, er siste dag i tolv månedersperioden dagen før arbeidstaker fremmet kravet. A fremmet kravet 16. februar 2024. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 16. februar 2023 til og med 15. februar 2024.

Hvor mange timer har A arbeidet utover avtalt arbeidstid?

Nemnda har kommet til at A har arbeidet 1084 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden.

Hvis det ikke er inngått en avtale om en midlertidig stillingsutvidelse, regnes merarbeid som «arbeid utover avtalt arbeidstid» uansett årsaken til merarbeidet. Dette står i forarbeidene til bestemmelsen (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2) og er fast praksis i nemnda.

Etter arbeidsmiljøloven § 10-7 skal arbeidsgiver ha oversikt over hvor mye den enkelte arbeidstaker jobber. Hvis partene er uenige om hvor mye arbeidstakeren har jobbet, og arbeidsgiver ikke kan dokumentere omfanget, tar nemnda utgangspunkt i arbeidstakers oversikt. Dette er fast praksis i nemnda.

I denne saken har arbeidstaker opplyst at det er utført 1084 timer merarbeid i beregningsperioden. Arbeidsgiver har ikke oversikt over hvor mye arbeidstakeren har jobbet, men har i saken uttalt at arbeidsgiver er enig i antallet timer med merarbeid. Nemnda legger derfor dette til grunn.

Er merarbeidet utført jevnlig?

Nemnda har kommet til at det ikke er tilstrekkelig 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. Arbeidstaker har vært sykmeldt fra og med 1. september 2023 og ut beregningsperioden.

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 utvidede stillingen skal beregnes på grunnlag av den faktiske arbeidstiden. Dette tilsier at arbeidstaker i sykdomsperioder ikke kan opptjene rett til utvidet stilling 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 veie opp for noe lengre sykdomsperioder.

Arbeidstaker har vært sykmeldt nesten halve beregningsperioden. Etter nemndas syn mangler derfor et tilstrekkelig grunnlag for å vurdere om merarbeidet er uttrykk for et jevnlig og varig behov for arbeidsgiver. Arbeidstaker kan derfor ikke få medhold i sitt krav om utvidet stilling.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

27. august 2024