



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
26. august 2022

Vår referanse
2022/23

Saksbehandler
Helene Nødset Lang

VEDTAK NR 72/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 25. august 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne
Mårten Brandsnes Faret, KS

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 i stilling på 75 prosent i B kommune.

Den 29. november 2021 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Han oppga å ha jobbet tilnærmet full stilling ved flere avdelinger de siste 12 månedene.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 7. desember 2021. Avslaget ble begrunnet med at A hadde hatt sammenhengende sykefravær i to måneder (8. april 2021 - 9. juni 2021), noe som utgjorde en så stor del av tolv månedersperioden at jevnlighetskravet ikke var oppfylt. Dokumentasjonen som er fremlagt for nemnda viser at A var sykemeldt i 17,5 uker av beregningsperioden.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda 9. februar 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 9. februar 2022
- brev datert 9. juni 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 24. februar 2022
- brev datert 15. juli 2022
- brev datert 11. august 2022

Arbeidstakers anførsler

A anfører at de ikke mottok avslag på søknaden før 27. januar 2022, etter at A hadde purret på svar fra arbeidsgiver.

A anfører videre at sykefravær ikke kan påvirke jevnlighetsvurderingen og at han har jobbet mye ekstraarbeid både før og etter sykemeldingen. Det anføres også at sykemeldingen var arbeidsrelatert.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at jevnlighetskravet ikke er oppfylt fordi A var sykemeldt i 4,5 måneder av beregningsperioden.

Arbeidsgiver opplyser også at avslaget ble lagt i intern posthulle til Fagforbundet, som hadde fremmet søknaden på vegne av A, den 7. desember 2021.

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 første ledd og § 14-4 a annet ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer.

Frist for å bringe sak inn for Tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet frem til arbeidstaker, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 a første ledd.

Arbeidsgivers avslag er datert 7. desember 2021. Det er uenighet mellom partene om når avslaget ble mottatt. Arbeidsgiver opplyser at avslaget ble lagt i Fagforbundets posthylle på jobben. Tillitsvalgte opplyser at avslaget ikke ble mottatt før 27. januar 2022, og da først etter at han hadde purret på tilbakemelding. Nemnda har ikke mottatt noen dokumentasjon på at avslaget ble lagt i posthyllen eller at tillitsvalgte har purret på svar. Den eneste dokumentasjonen som er fremlagt på oversendelse av avslaget er oversendelsen av 27. januar med vedlagte avslag datert 7. desember 2021. Tvisteløsningsnemnda har under tvil kommet til at det ikke er sannsynliggjort at avslaget ble mottatt før 27. januar og anser dermed saken som rettidig innbrakt.

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 29. november 2021. 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 29. november 2020 til og med 28. november 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 568,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken dreier seg om hvorvidt merarbeidet A har utført er utført jevnlig.

Dokumentasjonen i saken viser at A har vært fraværende grunnet sykdom fra 8. februar 2021 til 8. juni 2021. Dette utgjør over fire måneder av beregningsperioden på totalt 12 måneder.

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 i beregningsperioden, 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, men i beregningsperioden, kan det oppveie for noe lengre sykdomsperioder.

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall i vurderingen av om merarbeidet var utført jevnlig.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Raugland, har etter en konkret vurdering kommet til at til tross for en så lang sykemeldingsperiode som fire måneder, er merarbeidet for øvrig utført så hyppig og stabilt at det må anses å gi uttrykk for et jevnlig behov hos arbeidsgiver. Nemnda kan imidlertid kun utvide stillingen til A tilsvarende det faktiske merarbeidet, slik at utvidelsen tilsvarer et gjennomsnitt av merarbeidet A har utført, over beregningsperioden på 12 måneder.

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

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 568,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 34,07. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 109,7. Ettersom en arbeidstaker ikke lovlig kan inneha mer enn full stilling hos samme arbeidsgiver, har A krav på en økning av sin stilling til 100 prosent.

Nemndas mindretall, medlemmet Faret, har etter en konkret vurdering kommet til at en så vidt lang sykdomsperiode som fire måneder medfører at nemnda mangler det nødvendige grunnlaget for å kunne konstatere at merarbeidet er uttrykk for et jevnlig behov hos arbeidsgiver. Merarbeidet utenfor sykdomsperiodene er ikke tilstrekkelig hyppig og stabilt til at dette gir grunnlag for en annen konklusjon. Mindretallet har etter dette kommet til at A ikke kan gis medhold i sitt krav om utvidelse av stilling.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling til 100 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

26. august 2022

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for domstolene etter at Tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 annet ledd.

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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 fjerde ledd.