

VEDTAK NR 09/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte fredag 13. januar 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne (vara)
Per Engeland, Virke

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 55 prosent ved X i B kommune. A fikk økt stilling fra 39,44 prosent til 55 prosent fra og med 1. mars 2015.

A fremsatte 3. juni 2015 krav om økt stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 månedene, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo kravet i brev av 20. oktober 2015. Avslaget var begrunnet med at A ikke har arbeidet jevnlig utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden.

Full stilling som fagarbeider utgjør 1846 timer per år. Fratrullet 5 uker ferie utgjør dette 1668,5 timer per år. Dokumentasjon som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 220 merarbeidstimer i perioden 3. juni 2014 til 2. juni 2015.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 16. november 2015.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 16. november 2015
- brev datert 16. desember 2015
- e-post datert 6. januar 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 18. desember 2015

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun jevnlig har utført merarbeid i opptjeningsperioden og at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at arbeidstaker ikke har rett til stillingsøkning etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a, da merarbeidet ikke er jevnlig. Arbeidstaker har hatt flere opphold mellom vakter som avviker fra kravet om jevnlig merarbeid. Ekstravaktene er ikke av en slik karakter at det ser ut som det er etablert en fast praksis.

Tvistløsningsnemndas 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).

Etter forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder 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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav 3. juni 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed 3. juni 2014 til 2. juni 2015.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt merarbeidet til A har vært utført jevnlig 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.

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 opptjeningsperioden, 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 opptjeningsperioden 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.

Dokumentasjon som er forelagt nemnda viser at A har flere lengre perioder uten merarbeid. Totalt er det om lag 33 uker uten merarbeid, som er over halve opptjeningsperioden. Disse periodene varierer fra i underkant av ni til i underkant av tre uker. I det lengste oppholdet er det opplyst at hun var sykemeldt i seks uker. Videre er det opplyst at hun har gjennomgått et samlivsbrudd og i et av oppholdene har hun hatt fire uker ferie. For de øvrige oppholdene er det ikke opplyst at det foreligger noen spesiell grunn for oppholdet. Nemnda kan dermed ikke se at det er grunnlag for å konkludere med at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i opptjeningsperioden. Merarbeidet fremstår etter en helhetsvurdering

ikke jevnlig og det kan ikke legges til grunn at det representerer en etablert praksis som fyller lovens krav.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 17.01.2017

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).