

VEDTAK NR 34/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 31. januar 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Sigrun Sagedahl, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS

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 67,7 prosent i B kommune, tjenestested X bokollektiv post 4 og 5.

I brev av 15. oktober 2015 fremsatte Fagforbundet B, på vegne av A, krav om stillingsutvidelse til 100 prosent i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-4 a på grunnlag av at A hadde arbeidet 445,25 timer merarbeid i perioden fra 7. januar 2014 til 21. oktober 2015.

Arbeidsgiver mottok kravet 30. oktober 2015, og vurderte kravet i forhold til perioden 30. oktober 2014 til 30. oktober 2015. Arbeidsgiver avslo kravet i brev datert 13. november 2015. Avslaget var begrunnet med at A hadde hatt sykefravær som oversteg merarbeidet i beregningsperioden, og at hun derfor ikke hadde krav på utvidet stilling.

Ved forhandlingsmøte ble beregningsperioden endret til tidspunktet for utarbeidelse av krav fra arbeidstaker, 15. oktober 2015.

Sakens dokumenter viser at A har arbeidet 185,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 15. oktober 2014 til 14. oktober 2015. Hun har arbeidet 198,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 30. oktober 2014 til 29. oktober 2015. Full stilling utgjør 35,5 timer per uke. Dette gir et årstimetall på 1846 timer.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 27. 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 27. november 2015
- brev datert 10. desember 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 12. januar 2015
- e-post av 30. januar 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører at hun har rett til større stilling på bakgrunn av utført merarbeid. Det anføres at det ikke er hjemmel for å gjøre fratrekk på grunn av sykefravær i opptjeningsperioden.

Arbeidstaker er enig i at kravet om utvidelse er lavere enn opprinnelig anslått da man har lagt feil beregningsperiode til grunn.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at As merarbeid i beregningsperioden har vært mindre enn hennes sykefravær, slik at hun faktisk ikke har jobbet utover avtalt arbeidstid. Det anføres at hun har hatt 278 timer manglende tilstedeværelse i perioden foruten ferie.

Tvistløsningsnemndas merknader

Twist 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 eller nesteleder, samt 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker utarbeidet sitt krav til arbeidsgiver 15. oktober 2015. Tolv månedersperioden blir dermed å beregne tolv måneder tilbake fra dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 15. oktober 2014 til 14. oktober 2015.

Det fremgår av sakens dokumenter at A har arbeidet 185,5 timer merarbeid i denne perioden. Ferievakter er medregnet, da det ikke foreligger noe grunnlag for å unnta disse. Ferievaktene er fordelt utover perioden og utgjør således ingen sesongtopp, og det er heller ikke dokumentert at det foreligger noen vikariatsavtale for vaktene.

Hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig byr på en konkret og skjønnsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til tvisteløsningsnemnda, der partene ikke selv blir enige. Arbeidsgiver har i denne saken anført at faktisk arbeidstid for A ikke overstiger hennes avtalte arbeidstid fordi sykefraværet i perioden overstiger merarbeidet.

Nemnda har etter en totalvurdering kommet til at merarbeidet ikke kan anses å være utført jevnlig. 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 utvidede 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 perioder uten merarbeid. Totalt er det om lag 31 uker uten merarbeid; noe som er over halve opptjeningsperioden. Disse periodene varierer fra to til syv uker. Videre oppfattes merarbeidet som sporadisk og ujevnt fordelt i perioden. 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 som jevnlig, og det kan ikke legges til grunn at det representerer en etablert praksis som fyller lovens krav.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
nestleder

Oslo, 08.02.2017

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).