



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
12.04.2024

Møtedato
11.04.24

Vår referanse
2023/255

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

SAK NR 32/24 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

Steffen Rogstad, nestleder

Vetle Wetlesen Rasmussen, YS, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som hjelpepleier i stilling på 67,14 prosent i B-kommune, for tiden ved [Lokasjon] avdeling 2 abc.

Den 27. oktober 2023 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Hun fremsatte krav på 81 prosent stilling.

B-kommune avslo kravet i brev av 6. desember 2023 og begrunnet avslaget med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda 20. desember 2023.

Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- to brev av 20. desember 2023
- brev av 26. januar 2024

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 22. januar 2024
- e-post av 26. mars 2024

Arbeidsgivers syn på saken

B-kommune hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav om utvidet stilling. Arbeidstaker har vært sykemeldt i over 4 måneder i tolv månedersperioden. Siden det er det faktiske merarbeidet i selve beregningsperioden som skal vurderes, utgjør arbeidstakers samlede sykefravær en så lang periode at det nødvendige grunnlaget for å konstatere at merarbeidet er jevnlig mangler. Ut fra arbeidstakers merarbeid er det ikke grunnlag for å konkludere med at merarbeidet er uttrykk for et jevnlig behov hos arbeidsgiver.

Vakter som ikke skal med i beregningen

Arbeidsgiver har ikke tatt med vakter 12. og 13. august 2023, hvor arbeidstaker var satt opp på ekstravakt, men som ikke er arbeidet på grunn av sykemelding. Videre er det ikke tatt med vakter arbeidstaker har byttet med andre vakter og vakter arbeidstaker har satt til avspasering i timebank.

Arbeidstaker har oppført 14 timer 2. juni 2023, dette er forskjøvet arbeidstid og arbeidstaker arbeidet 7 timer denne dagen.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har rett til stillingsutvidelse fordi hun jevnlig har utført merarbeid. I de periodene det har vært opphold, har hun vært sykemeldt og hatt lovlig fravær. Arbeidstaker mener at hun ikke skal miste sine rettigheter på grunn av sykemelding. Kommunen har hatt behov for vikarer i perioden arbeidstaker har vært sykemeldt, og hadde hun vært frisk, ville

hun i denne perioden jobbet ekstravakter. A viser til at sykefraværet på avdelingen hun arbeider er 12,8 prosent 1. kvartal, 5,8 prosent 2. kvartal og 9,7 prosent 3. kvartal. I tillegg har hun fortsatt med jevnlig merarbeid etter beregningsperioden, som synliggjør behovet hos arbeidsgiver.

Vakter som ikke skal med i beregningen

Vaktene 12. og 13. august 2023 skal med i beregningen, da dette er planlagte vakter, men ikke blitt arbeidet på grunn av sykemelding. Vakter i timebank mener arbeidstaker ikke bør med i beregningsgrunnlaget, men skal med i vurderingen av jevnlighetsvilkåret. Da dette har vært et behov hos arbeidsgiver for merarbeid i sykemeldingsperiodene.

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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

I denne saken er partene uenige om hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget og om merarbeidet er utført jevnlig.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at A ikke har rett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Tolv månedersperioden

Etter bestemmelsens ordlyd og fast praksis i nemnda, er siste dag i tolv månedersperioden dagen før arbeidstaker fremmet kravet. A fremmet kravet 27. oktober 2023. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 27. oktober 2023 til og med 22. oktober 2024.

Er merarbeidet utført jevnlig?

Nemnda har kommet til at det ikke er grunnlag til å vurdere jevnligheten.

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.

Det har vært to lange opphold i beregningsperioden uten merarbeid på henholdsvis 8 og 19 uker. I den første perioden var arbeidstaker sykemeldt i 8 uker og i den andre perioden var arbeidstaker sykemeldt i 15 uker og hadde 3 uker ferie.

Nemnda har i vurderingen lagt vekt på at A ikke har utført merarbeid i en lang periode av 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 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.

Etter en konkret vurdering har nemnda kommet til at en så vidt lang sykdomsperiode medfører at nemnda mangler det nødvendige grunnlaget for å kunne konstatere at merarbeidet er uttrykk for et jevnlig behov hos arbeidsgiver. Det samlede fraværet utgjør dermed en så stor del av beregningsperioden at nemnda ikke har det nødvendige grunnlaget for å vurdere om jevnlighetsvilkåret ikke er oppfylt.

A har derfor ikke rett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

12. april 2024