

VEDTAK NR 208/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 14. desember 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Gry Brandshaug Dale, 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 som omsorgsarbeider i stilling på 75 prosent i B kommune ved B sykehjem.

Den 5. mai 2015 fremsatte Fagforbundet, på vegne av arbeidstaker, krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo søknaden i tvisteprotokoll datert 19. august 2015. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke er utført jevnlig og at B kommune står i en vanskelig økonomisk situasjon med sannsynlig nedbemanning i nær fremtid.

Timelister forelagt nemnda viser at A har arbeidet 114,75 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 5. mai 2014 til 4. mai 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 21. august 2015. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 21. august 2015
- brev av 15. september 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 25. september 2015
- e-post av 21. november 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hennes viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling til 100 prosent tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

A har i flere, lengre perioder ikke utført merarbeid og lovens vilkår om «jevnlig» utførelse av merarbeid er dermed ikke oppfylt.

Kommunen er også i en vanskelig økonomisk situasjon og skal foreta nedbemanninger, og behovet for merarbeid er dermed bortfalt.

Tvisteløsningsnemndas 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 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 for arbeidsgiver 5. mai 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 5. mai 2014 til 4. mai 2015.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 114,75 timer utover avtalt arbeidstid i opptjeningsperioden. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, idet det vil være den arbeidstiden som tilsvarer 100 prosent stilling. Brutto arbeidstid i arbeidstakers stilling er oppgitt å være 1846 timer per år med en ukentlig arbeidstid på 35,5 timer i snitt. Etter fradrag for fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer. As merarbeid på 114,75 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 6,88.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet byr på en konkret og skjønnsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige. Videre har arbeidsgiver anført at kommunen er i en vanskelig økonomisk situasjon, og behovet for merarbeidet er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til jevnlighetsvilkåret.

Nemnda viser til at det fremkommer av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-1013) 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.

Dokumentasjonen i saken viser at arbeidstaker har vært sykemeldt i flere lange perioder, til sammen om lag fem og en halv måned av opptjeningsperioden på totalt tolv måneder. I tillegg har hun avvirket ferie i en måned. Det samlede fraværet utgjør en så stor del av opptjeningsperioden at nemnda ikke har det nødvendige grunnlaget for å vurdere om jevnlighetsvilkåret ikke er oppfylt. Det vil dermed ikke være nødvendig å ta stilling til hvorvidt behovet for merarbeid er bortfalt eller ikke.

Nemnda har etter dette kommet til at A ikke kan gis medhold i sitt krav om utvidelse av stilling.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 15.12.2016

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).