



Vedtaksdato
11. februar 2020

Vår referanse
2019/26575

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 24/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 6. februar 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
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

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som fagarbeider i stilling på 17,29 prosent i B, for tiden med tjenestested C.

Den 15. oktober 2019 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 20. oktober 2019. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke oppfylte kravet til jevnlighet da det ikke var utført merarbeid i store deler av beregningsperioden.

A var 100 prosent sykemeldt fra 5. august 2019. Hun ble 100 prosent friskmeldt 6. januar 2020.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved udatert brev, mottatt 7. november 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Arbeidstaker takket ja til stillingsutvidelse til 56,18 prosent med virkning fra 13. januar 2020.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- udatert brev mottatt 7. november 2019, med vedlegg
- e-post av 14. november 2019 med vedlegg
- e-post av 21. januar 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 15. januar 2020 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har krav på ytterligere utvidelse av sin stilling på bakgrunn av merarbeidet hun har utført. Når man ser bort fra sykemeldingen oppfyller merarbeidet kravet til jevnlighet.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke oppfyller kravet til jevnlighet på grunn av den lange sykemeldingsperioden der det ikke er utført noe merarbeid.

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 (1) og § 14-4 a (2). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 15. oktober 2019. 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 15. oktober 2018 til og med 14. oktober 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 862,3 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder om jevnlighetskravet er oppfylt.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønnsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til Tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige.

Nemnda viser til at 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 beregningsperioden, 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 beregningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Dokumentasjonen i saken viser at arbeidstaker har vært sammenhengende fraværende grunnet sykdom de siste 2,5 månedene 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, 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 nemndas forståelse av kravet til jevnlighet må A ha krav på økt stilling. Perioden uten merarbeid synes etter nemndas vurdering utelukkende å ha sin årsak i at hun var sykemeldt, snarere enn i et redusert behov for merarbeid hos arbeidsgiver.

Beregningsperioden viser et stabilt, høyt og varig behov for merarbeid i hele den perioden arbeidstaker har vært arbeidsfør. Slik nemnda ser det gir det er grunnlag for å konkludere med at ekstraarbeidet er uttrykk for et jevnlig behov hos arbeidsgiver. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar nemnda utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas 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 862,3 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 51,68. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 68,97 prosent. Hun har allerede fått utvidet sin stilling til 56,18 prosent og har dermed rett til ytterligere stillingsutvidelse på 12,79 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 12,79 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

11. februar 2020

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 (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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

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 (4).