



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
08. desember 2020

Vår referanse
2020/97

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 165/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 8. oktober 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Marianne Pedersen, Virke

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 assistent i stilling på 20 prosent i vikarpool til barnehagene i B kommune. Hun avviklet foreldrepermisjon fra 13. september 2019 og ut beregningsperioden.

Den 28. april 2020 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 4. mai 2020. Avslaget ble begrunnet med at jevnlighetsvilkåret ikke er oppfylt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 22. mai 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 22. mai 2020
- brev datert 6. august 2020
- brev datert 28. august 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 12. august 2020
- brev datert 7. september 2020

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Hun anfører at svangerskapsrelatert fravær ikke skal trekkes fra jevnligheten og at dette er diskriminerende. Arbeidstaker har før og etter beregningsperioden jobbet ut over sin faste stilling.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig. Arbeidstaker har vært på jobb i en liten del av beregningsperioden. Av beregningsperioden på 12 måneder har A arbeidet 4,5 måned før hun gikk ut i foreldrepermisjon som varte ut beregningsperioden. For å kunne beregne jevnlighetskravet må medarbeideren ha arbeidet en langt større del av beregningsperioden enn det A her har gjort. Arbeidsgiver finner ikke at de krav til stabilitet og hyppighet som kan utledes av Tvisteløsningsnemndas praksis er oppfylt. Videre vises det til at alle vaktene A arbeidet i juli 2019 var for en ansatt som var ute i foreldrepermisjon.

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 28. april 2020. 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 28. april 2019 til og med 27. april 2020. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 322,5 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt deler av behovet for As sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til hvorvidt merarbeidet er utført jevnlig.

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.

Dokumentasjon i saken viser at A har avviklet ferie fra 8. juli 2019 til 4. august 2019 og hatt foreldrepermisjon fra 13. september 2019 og ut beregningsperioden. Dette utgjør over 8 måneder av beregningsperioden på 12 måneder.

Forarbeidene inneholder liten eller ingen veiledning om hvilken betydning foreldrepermisjon og annet lovlig fravær skal ha for vurderingen etter § 14-4 a. Et utgangspunkt er at slikt fravær som hovedregel ikke bør redusere arbeidstakers rettigheter etter arbeidsmiljøloven, hvilket skulle tilsi at fraværperioder ikke kan tale i arbeidstakers disfavør. På den annen side krever lovteksten at den deltidsansatte jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, og at

den utvidete stillingen skal beregnes på grunnlag av den faktiske arbeidstiden. Nemnda har i flere avgjørelser, se vedtak 62/18 og 138/19, slått fast at det kun er faktisk utført merarbeid i beregningsperioden som danner grunnlag for rett til stillingsutvidelse etter § 14-4 a. Dette tilsier at arbeidstaker i fraværperioder ikke kan opptjene rettigheter etter § 14-4 a basert på antagelser om hvordan de ville jobbet dersom fraværet tenkes bort. Nemnda kan heller ikke se at loven åpner for å utvide beregningsperioden tilsvarende foreldrepermisjonen. Beregningsperioden er eksplisitt fastsatt til 12 måneder, og er ment å gi et bilde av det varige behovet for arbeidskraft. Perioden er av lovgiver lagt til grunn som representativ for å vurdere hvorvidt merarbeidet er av mer permanent karakter, og det er ikke åpnet for noen utvidelse av denne.

På lik linje som ved annet fravær, må det foretas en konkret vurdering av merarbeidet som faktisk er utført utenfor fraværperioden, men innenfor beregningsperioden. Der ekstraarbeidet er særlig hyppig og stabilt utenfor fraværperiodene, kan det oppveie for noe lengre fraværperioder ved foreldrepermisjon. Ved omfattende fravær hos arbeidstaker, uansett årsak, vil vedkommende merarbeid sjeldent kunne indikere et permanent behov hos arbeidsgiver.

Etter en konkret vurdering har nemnda kommet til at A ikke kan gis medhold i sitt krav. Selv om arbeidstaker jevnlig har utført merarbeid før hun gikk ut i foreldrepermisjon, er fraværperioden uten merarbeid svært lang. Det har vært over 8 måneder av totalt 12 måneder uten merarbeid. Det utførte merarbeidet gir samlet sett ingen indikasjon på at behovet for merarbeid er av mer permanent karakter.

8 måneder uten merarbeid medfører at nemnda mangler det nødvendige grunnlaget for å kunne konstatere at merarbeidet er uttrykk for et jevnlig behov hos arbeidsgiver. Fraværet utgjør en så stor del av beregningsperioden at nemnda ikke har det nødvendige grunnlaget for å vurdere om jevnlighetsvilkåret er oppfylt. Nemnda har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a og derfor ikke kan få medhold.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

8. desember 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).