



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
18. september 2020

Vår referanse
2019/20488

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 130/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 17. september 2020.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
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 kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som miljøterapeut i stilling på 72,5 prosent i B kommune, bo- og dagtilbudet, med tjenestested X bofellesskap. A avviklet foreldrepermisjon i perioden 4. januar - 3. oktober 2018.

I februar 2019 takket A nei til arbeidsgivers tilbud om å øke hennes faste stilling til 100 prosent.

Den 27. februar 2019 fremsatte hun krav om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 14. mars 2019. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke oppfylte kravet til jevnlighet.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 10. april 2019, poststemplet 11. april 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 10. april 2019, med vedlegg
- e-post av 6. mai 2019, med vedlegg
- e-post av 21. mai 2019
- e-post av 11. juli 2019
- e-post av 29. juli 2019
- e-post av 18. august 2019
- brev datert 2. september 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 10. mai 2019, med vedlegg
- brev datert 12. august 2019, med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har krav på utvidelse av sin faste stilling tilsvarende merarbeidet som dannet grunnlaget for utregning av permisjonsgrunnlaget.

Arbeidstaker anfører at en annen beregningsperiode skal legges til grunn enn den som følger av kravtidspunktet og at den relevante perioden er tiden før foreldrepermisjonen, 4. januar - 3. oktober 2018.

Arbeidstaker anfører at merarbeidet utført i perioden 1. september 2017 – 30. november 2017 bør danne utgangspunkt for beregningen. Dette tilsvarer 27 prosent stillingsøkning. Merarbeid både før og etter foreldrepermisjonen indikerer et stabilt behov hos arbeidsgiver som tilsier at kravet må innfris.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at arbeidstaker ikke har utført jevnlig merarbeid i beregningsperioden og derfor ikke kan få medhold i sitt krav. Merarbeidet som ble lagt til grunn i utregningen av permisjonsgrunnlaget er ikke å anse som merarbeid utført de siste 12 måneder i henhold til krav om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

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 leder og to faste medlemmer.

Sak må reises for Tvisteløsningsnemnda senest fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet fram til arbeidstaker. Fristen beregnes og avbrytes etter reglene i domstolloven kapittel 8, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2a (1).

Det går fram av sakens dokumenter at avslaget ble sendt til arbeidstaker i e-post av 14. mars 2019. Fristen for å fremme saken for Tvisteløsningsnemnda utløp dermed 11. april 2019. Saken ble brakt inn til nemnda ved brev datert 10. april 2019, poststemplett 11. april 2019, og anses derfor som rettidig innbrakt.

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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 27. februar 2019. Arbeidstaker anfører at en annen beregningsperiode skal legges til grunn enn den som følger av kravtidspunktet og at den relevante perioden er tiden før foreldrepermisjonen, 1. september – 30. november 2017.

I Prop.83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.3 «Beregningsperiode på 12 måneder» uttaler departementet følgende om tidspunktet for beregningsperioden:

«I høringsrunden har flere av høringsinstansene bedt om en klargjøring med hensyn til hvilket tidspunkt som skal være utgangspunkt for beregning av tolv månedersperioden. For å unngå enhver tolkningstvil på dette punkt foreslår departementet at det presiseres i lovteksten at referanseperioden på 12 måneder skal regnes tilbake i tid fra det tidspunkt da den deltidsansatte fremmet krav om rett til stilling etter bestemmelsen. Departementet foreslår at arbeidstaker selv i melding/søknad til arbeidsgiver må fremsette krav om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid og oppgi grunnlaget for sitt krav. Det er ikke foreslått noen formkrav for et slikt krav fra arbeidstaker. Det vises til at lønns slipper og arbeidsplaner kan være relevant dokumentasjon, og ifølge arbeidsmiljøloven § 10-7 plikter arbeidsgiver å føre oversikt over arbeidstakers faktiske arbeidstid.»

Det foreligger etter nemndas vurdering ikke grunnlag for å fravike lovens ordlyd for hvordan tolv månedersperioden skal beregnes. Nemnda viser også til tilsvarende vurdering og konklusjon i vedtakene 172/17, 189/17, 216/17 og 22/19. Med dette som utgangspunkt må nemnda legge til grunn at den relevante beregningsperioden i denne saken er fra og med 27. februar 2018 til og med 26. februar 2019.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A kun har arbeidet 2 timer og 15 minutter utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Dokumentasjonen i saken viser at arbeidstaker har hatt foreldrepermisjon fra 4. januar 2018 til 3. oktober 2018 og avviklet ferie i perioden 5. oktober – 7. november 2018. Dette utgjør 8 måneder av beregningsperioden på totalt tolv 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 fraværsperioder 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 kan gi rett til stillingsutvidelse etter § 14-4 a. Dette tilsier at arbeidstaker i fraværsperioder ikke kan opptjene rettigheter etter § 14-4 a. Fordi det her dreier seg om foreldrepermisjon mener nemnda at man må foreta en konkret vurdering av merarbeidet som faktisk er utført utenfor fraværsperioden, men innenfor beregningsperioden. Der ekstraarbeidet er særlig hyppig og stabilt utenfor fraværsperiodene, kan det oppveie for noe lengre fraværsperioder ved foreldrepermisjon.

Etter en konkret vurdering har imidlertid nemnda kommet til at A ikke kan gis medhold i sitt krav. Ekstraarbeidet i beregningsperioden utenfor fraværsperiodene utgjør kun 2 timer og 15 minutter. Merarbeidet har derfor ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet utenfor fraværsperioden på totalt 8 måneder.

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

Anne Marie Due
Leder

18. september 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).