



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
19. februar 2021

Vår referanse
2020/163

Saksbehandler
Ingunn Lien Solberg

VEDTAK NR 18/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 18. februar 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
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 vernepleier i stilling på 45 prosent hos B kommune.

Arbeidstaker har fremsatt 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. september 2020. Avslaget ble begrunnet med at arbeidstaker ikke har arbeidet jevnlig på grunn av mange perioder på 3-5 uker uten merarbeid.

Det fremgår av e-korrespondansen etter avslaget at arbeidsgiver og arbeidstaker er uenige om hvorvidt vakter arbeidstaker er sykmeldt fra skal med i beregningsgrunnlaget. Arbeidsgiver viser til vedtak 109/20 fra Tvisteløsningsnemnda og anfører at ekstravakter arbeidstaker er satt opp på, men har fravær i, skal trekkes ut fra beregningsgrunnlaget. Arbeidstaker anfører at vaktene hun har vært sykmeldt fra skal med i beregningsgrunnlaget og at de viser at arbeidsgiver har behov for merarbeidet.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 8. september 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 8. september 2020
- brev datert 19. september 2020
- brev datert 10. oktober 2020
- brev datert 11. oktober 2020
- brev datert 16. oktober 2020
- brev datert 13. november 2020
- brev datert 13. november 2020
- brev datert 21. november 2020
- brev datert 16. desember 2020
- brev datert 3. februar 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 4. november 2020
- brev datert 17. november 2020
- brev datert 26. november 2020
- brev datert 21. desember 2020
- brev datert 8. februar 2021

Etter at saken ble oversendt til Tvisteløsningsnemnda har nemnda mottatt kopi av arbeidstakers krav. Samtlige krav har angivelse av «godkjent dato» 17. april 2019 i toppteksten på brevet og angir kravperioden til 1. mars 2019 – 23. februar 2020. Utskriftsdato på krav mottatt fra arbeidstaker er 20. oktober 2020, og er mottatt

sekretariatet for Tvisteløsningsnemnda 10. oktober 2020. Kravet mottatt fra arbeidsgiver har utskriftdato 25. april 2020 og er stemplet «mottatt av B byarkiv» 8. september 2020.

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

A anfører at hun skrev ut kravskjema og leverte kravet i hyllen til sin leder den 17. april 2020. A har registrert at hun har fremmet kravet den 17. april 2020, øverst på kravet. Dokumentet endrer utskriftdato når hun åpner det på nytt. Arbeidstaker vet ikke når dette ble hentet fordi flere ledere hadde hjemmekontor på grunn av koronasituasjonen i denne perioden. Arbeidstaker anfører at hun sendte e-post om at hun hadde lagt kravskjema i leders hylle den 25. april 2020.

Arbeidstaker anfører også at hun hadde fått opplyst av tillitsvalgt at hun kunne tilbakedatere kravet til den perioden hun jobbet mest, og at arbeidsgiveren ikke har sagt noe på dette.

Arbeidstaker anfører videre at vakter hun har vært sykmeldt fra skal være med i beregningen, fordi de viser at arbeidsplassen har behov for merarbeid. Arbeidstaker anfører også at det ikke er noe krav at hun skal ha utført merarbeid hver uke.

Arbeidstaker opplyser at hun ble satt opp på merarbeid 4. oktober 2019, men ble sykmeldt. Den 16. januar 2020 jobber hun merarbeid på X. Dette var en opplæringsvakt i en annen avdeling.

Arbeidstaker anfører at hun har trukket søknader, og ikke søkt på stillinger, fordi de ikke har passet hennes hverdag, og hun ønsker å jobbe natt.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver anfører at kravet ble fremsatt 25. april 2020, uavhengig av når det kom saksbehandler i hende. Arbeidsgiver viser til at utskriftsdatoen på kravet er 25. april 2020, og at denne datoen ble automatisk generert når arbeidstaker skrev det ut. Det er derfor ikke sannsynlig at arbeidstaker kan ha lagt kravet i leders posthylle 17. april 2020. Arbeidsgiver opplyser at det ikke er stedlig ledelse på botiltaket hvor arbeidstaker jobber, og at posthyllen derfor ikke blir sjekket hver dag. Det kan ta enda noen dager før papirpost blir skannet inn i saksbehandlingssystemet.

Arbeidsgiver anfører at arbeidstaker har flere perioder på 3-5 uker hvor hun ikke har jobbet merarbeid, og at vakter arbeidstaker er sykmeldt fra ikke er merarbeid.

Arbeidsgiver anfører at arbeidstaker ikke er registret med merarbeidsvakt 4. oktober 2019 eller 16. januar 2020. Arbeidsgiver bekrefter at hun hadde opplæringsvakt i et annet botiltak den 16. januar 2020.

Arbeidsgiver opplyser at arbeidstaker er kvalifisert til oppsatte sykepleiervakter.

Arbeidsgiver anfører videre at arbeidstaker har tatt ekstravakter ved sykdom og ved avvikling av feriedager.

Arbeidsgiver anfører at det har vært utlyst flere stillinger i etaten, samt ved botiltaket arbeidstaker jobber, og at A ikke har søkt eller trukket søknad på disse stillingene. Arbeidsgiver anfører at det for tiden ikke er ytterligere vakanse i avdelingen hvor arbeidstaker har sin faste stilling, men at det er anledning til å påta seg ekstravakter, i forbindelse med egenmeldt korttidsfravær/ved avvikling av feriedager.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for Twisteløsningsnemnda, 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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Det er uenighet mellom partene om kravet ble fremmet 17. april eller 25. april 2020. I kravet er videre beregningsperioden angitt til 1. mars 2019 – 23. februar 2020. Arbeidstaker anfører at hun hadde fått opplyst av tillitsvalgt at hun kunne tilbakedatere kravet til den perioden hun jobbet mest, og at arbeidsgiver ikke har sagt noe på dette.

Nemnda må derfor først ta stilling til når arbeidstaker fremmet sitt krav for arbeidsgiver, og hvilken beregningsperiode som dermed skal legges til grunn.

Det foreligger etter nemndas vurdering ikke grunnlag for å fravike lovens ordlyd for hvordan tolvmånedersperioden skal beregnes. Nemnda viser også til tilsvarende vurdering og konklusjon i vedtakene 172/17, 189/17, 216/17, 22/19 og 137/20.

Arbeidstaker anfører at kravet ble lagt i leders hylle den 17. april 2020, noe som kan støttes av at «godkjent dato» på kravet er angitt riktig til 17. april, men med en feil til 2019. Arbeidsgiver anfører at kravet ble fremmet 25. april 2020 på bakgrunn av utskriftdatoen på kravet som nå ligger i byarkivet. Krav fra arbeidstaker viser utskriftsdato 20. oktober 2020 og er mottatt sekretariatet for tvisteløsningsnemnda 10. oktober 2020. På bakgrunn av datoen på kravet vurderer nemnda at det er tilstrekkelig sannsynliggjort at kravet ble gjort tilgjengelig for arbeidsgiver 17. april 2020.

Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Beregningsperioden i denne saken er dermed fra og med 17. april 2019 til og med 16. april 2020.

Mottatt vaktoversikt viser at A har arbeidet 418,25 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder videre hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, og om jevnlighetskravet er oppfylt.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget, og viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at § 14-4 a tar sikte på å omfatte jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Nemnda legger til grunn at beregningen skal foretas på grunnlag av de timer arbeidstaker faktisk har arbeidet utover fast stilling. Planlagte merarbeidstimer hvor arbeidstaker har vært syk tas derfor ikke med i beregningsgrunnlaget. Dette er også lagt til grunn i nemndas tidligere praksis, se vedtak 62/18, 88/19 og 138/19. Vakter med sykefravær trekkes derfor fra siden de faktisk ikke er utført. Dette gjelder også ekstravakter hvor arbeidstaker har vært borte på grunn av sykt barn, eller permisjon.

Disse vaktene utgjør til sammen 132 timer.

Vakten 16. januar 2020 fremgår ikke av den genererte oversikten over arbeidstakers merarbeid. I vaktlisten «min timeliste» er vekten omtalt som «merarbeid (ekstra)» og opplæring ved X. Nemnda legger til grunn at dette er arbeid utover avtalt arbeidstid. Det fremgår klart av forarbeidene at årsaken til merarbeidet ikke er relevant.

Nemnda legger til grunn at det øvrige merarbeidet skal tas med i beregningen.

Det står da igjen 286,25 timer i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a 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.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet kan ikke A ha krav på økt stilling. Hun har fire lengre opphold fra merarbeid på over seks og syv uker hver. Over 16 av disse ukene er lengre sykmeldingsperioder, og de inkluderer også uttak av ferie. Hun har ikke utført merarbeid de siste 6 ukene og to dagene av beregningsperioden.

Forarbeidene inneholder liten eller ingen veiledning om hvilken betydning sykemeldinger 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 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 sykemeldingsperioder vil nemnda ofte mangle det nødvendige grunnlaget. Det understrekes imidlertid at vurderingen alltid må være konkret. Der ekstraarbeidet er særlig hyppig og stabilt utenfor fraværsperiodene, kan det oppveie for noe lengre sykdomsperioder.

Etter en konkret vurdering har nemnda kommet til at tre lengre sykdomsperioder på til sammen over 16 uker, i tillegg til opphold i merarbeidet for øvrig, medfører at merarbeidet ikke kan anses som jevnlig i denne saken. Arbeidstaker kan derfor ikke få medhold i sitt krav om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

19. februar 2021

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).