



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
21.12.2022

Vår referanse
2022/111

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 122/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 15. desember 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Marte Solberg, 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 70 prosent i B kommune ved X skole og SFO.

Den 16. mai 2022 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 av 1. juni 2022. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig de siste 12 månedene før kravet ble fremsatt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 29. juni 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 29. juni 2022
- brev av 7. juli 2022
- brev av 9. september 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 5. august 2022
- brev av 19. august 2022
- brev av 22. november 2022
- e-post av 24. november 2022

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har rett til utvidet arbeidstid og anfører i det vesentligste at merarbeidet er jevnlig. Hun anfører at 30,25 timer som ble utbetalt i november var arbeidet i august måned, og skal tas med i beregningsgrunnlaget.

A anfører videre at merarbeid i 26,33 timer som vikar for lærer med undervisningskompetanse skal tas med i beregningsgrunnlaget, da kommunen har lagt til grunn at det var forsvarlig å sette henne inn som lærer i disse timene.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke er utført jevnlig, da det ikke er utført merarbeid i august 2021 eller mellom 14. – 28. februar 2022. Videre anfører arbeidsgiver at 30,25 merarbeidstimer i august skal tas ut av beregningsgrunnlaget da dette er timer som ikke er dokumentert som utført i kommunens timeføringssystem.

B kommune anfører også at 26,33 merarbeidstimer er vikartimer for undervisningsstillinger som A ikke er kvalifisert for, jf. opplæringsloven, og at merarbeidet derved ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget.

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 første ledd og § 14-4 a annet ledd. I henhold til 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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver den 16. mai 2022. 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 16. mai 2021 til og med 15. mai 2022. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 312,17 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, og om kravet til at merarbeidet er utført jevnlig er oppfylt.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke timer som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

B kommune har anført at 26,33 timer har vært utført i lærerstillinger, og at dette merarbeidet derfor ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, da A ikke er kvalifisert for arbeidet. Kommunen viser til at det er forsøkt å få tak i lærervikarer til disse timene, men når de ikke får tak i kvalifiserte lærere velger skolen fagarbeidere/assistenter fremfor at eleven skal være uten lærer i de timene.

Nemnda bemerker at det etter opplæringsloven § 10-1 er stilt krav til at undervisningspersonell skal ha relevant faglig og pedagogisk kompetanse, noe som innebærer at skolen i utgangspunktet ikke står fritt med hensyn til å ansette arbeidstakere i undervisningsstillinger som ikke har nevnte kompetanse. Nemnda har imidlertid forståelse for at arbeidsgiver i enkelttilfeller kan vurdere det som faglig forsvarlig å tildele timer til en assistent som vikar for undervisningspersonell, uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv.

I tilfeller som her, der arbeidsgiver har satt en arbeidstaker til å utføre merarbeid i vakter tilhørende stillinger med krav om en annen formalkompetansene enn det vedkommende innehar, blir likevel spørsmålet om arbeidsgiver rettmessig kan påberope at slike vakter ikke skal gi uttelling ved krav om utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Slik nemnda ser det, må dette bero på en konkret vurdering av flere forhold, deriblant hva arbeidsgiver har foretatt seg for å dekke det aktuelle merarbeidsbehovet med kvalifisert arbeidskraft. Dersom arbeidsgiver ikke kan vise til at man ved aktive tiltak har forsøkt å dekke behovet med arbeidstakere med de ønskede kvalifikasjoner, skal det etter nemndas syn mye til for å sannsynliggjøre at merarbeidet arbeidstakeren har utført i slike stillinger

ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for vedkommende arbeidskraft. Dette er i tråd med nemndas senere praksis, se blant annet flertallets votum i vedtak 33/18, 110/18 og nemndas enstemmige vedtak 23/19.

B kommune opplyser at skolen har kvalifiserte lærervikarer som kontaktes ved behov. I tillegg spør de også andre ansatte lærere om de kan ta en ekstra time ved behov. Når de ikke får kvalifiserte vikarer spør de fagarbeidere/assistenter som arbeider på skolen.

Etter nemndas praksis må arbeidsgiver dokumentere aktive tiltak for å få tak i de ønskede kvalifikasjoner. Nemnda har kommet til at B kommune har dokumentert dette gjennom beskrivelsen av hvordan de jobber med først å få tak i kvalifiserte lærere til undervisningsstillinger, og at assistenter settes inn som vikarer bare der det ikke er mulig å få tak i kvalifisert personell. Nemnda er av den oppfatning at vikartimene for undervisningspersonell derfor ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Videre må nemnda ta stilling til om 30,25 timer som er ført inn i timeskjemaet 17. august 2021 er dokumentert som utført merarbeid.

Nemnda har kommet til at det ikke er dokumentert at det er arbeidet 30,25 timer i august måned. Arbeidstaker har skrevet under på utført merarbeid/timer i perioden juni til september uten å ha kommentert at det mangler 30,25 timer. Heller ikke utbetalingssystemet underbygger at timene er utbetalt i november. Nemnda legger da til grunn at det ikke er utført merarbeid i august, og at disse timene skal tas ut av 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.

Nemnda har i vurderingen av jevnlighet delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Solberg har kommet til at kravet til jevnlighet ikke er oppfylt, og at A ikke har krav på økt stilling. Det er en sammenhengende periode på ti uker mellom uke 25 og uke 34 uten merarbeid. Selv om det i denne perioden er avvirket lovbestemt ferie fremstår merarbeidet som sporadisk og tilfeldig. Merarbeidet har dermed

ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Nemndas flertall har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Nemndas mindretall, medlemmet Hassellund Solberg, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet i denne saken går etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Mindretallet viser til at A har hatt merarbeid jevnt fordelt over hele perioden med unntak av en sammenhengende periode på 10 uker mellom uke 25 og 34, der hun har avviklet fem ukers ferie som hindrer henne i å ta merarbeid. I tillegg antas at mulighetene for merarbeid er noe begrenset i skoleferien. Videre er det kortere opphold på en uke av gangen, der det har vært avviklet juleferie, vinterferie og påskeferie. Etter en samlet vurdering har nemndas mindretall kommet til at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Konklusjon

A gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

21. desember 2022

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 annet ledd. 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 tredje ledd.

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 fjerde ledd.