



Tvisteløysingsnemnda

Vedtaksdato
13.11.2023

Vår referanse
2023/150

Saksbehandlar
Ida Marie Wilhelmsen

VEDTAK NR 113/23 I TVISTELØYSINGSNEMNDA

Tvisteløysingsnemnda heldt møte tysdag 31.oktober 2023.

Ved behandlinga av saka var Tvisteløysingsnemnda sett saman slik:

Faste medlemmar:

Anne Marie Due, leiar

Ingrid Tordis Enoksen, UNIO, fast medlem arbeidstakarsida

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgivarsida

Saka gjeld

Tvist om rett til stilling for deltidstilsette tilsvarande faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljølova § 14-4 a

Arbeidstakar

A

Arbeidsgivar

B-barnehage

Nemnda vedtok:

Saksforhold

A er fast tilsett som barnehagemedarbeidar i stilling på 75 prosent i Avdeling C som drives av B-barnehage.

Den 12. mai 2023 sette A fram krav om stillingsutviding på grunnlag av utført meirarbeid dei siste 12 månadene, jf. arbeidsmiljølova § 14-4 a. A kravde 100 prosent fast stilling, som er en utviding på 25 prosent av hennar faste stilling på 75 prosent.

Arbeidsgivaren av slo kravet i brev av 27. juni 2023. Avslaget blei grunngitt med at dei til barnehageåret 23/24 ikkje hadde greidd å fylle opp med så mange barn som dei hadde barnehageåret 22/23, og at dei difor ikkje har nok stillingar til at A kan få auka stillingsprosenten sin.

Arbeidstakar fremma saka for Tvisteløysingsnemnda ved brev datert 29. juni 2023. Overfor nemnda har begge partar fått høve til å komme med utfyllande merknader i saka.

Nemnda har fått desse dokumenta frå arbeidstakaren:

- brev av 29. juni 2023
- brev av 21. september 2023
- brev av 22. september 2023
- brev av 28. september 2023
- brev av 3. oktober 2023
- brev av 11. oktober 2023

Nemnda har fått desse dokumenta frå arbeidsgivaren:

- brev av 12. juli 2023
- brev av 15. august 2023
- brev av 25. august 2023
- brev av 1. september 2023
- brev av 6. september 2023
- brev av 4. oktober 2023

Utsegner frå arbeidsgivar

Avdeling C gjer gjeldande at A ikkje har rett til stillingsutviding etter arbeidsmiljølova § 14-4 a.

Arbeidsgjevar hevdar at A har utført arbeid på grunnlag av midlertidige arbeidsavtalar på 25 prosent, fordi dei manglar barnehagelærar, og at dette arbeidet skal tas ut av berekningsgrunnlaget. Arbeidsgjevar viser til ein arbeidsavtale med tiltreding frå 1. desember 2021 med antatt varigheit til 14. august 2022, som ikkje vart skrevet før 3. august 2023 og ein

arbeidsavtale med tiltreding frå 15. august 2022 med antatt varigheit til 14. august 2023, som ikkje vart skrevet før 10. mai 2023.

Arbeidsgivar hevdar vidare at alt meirarbeid A har utført, er såkalla ukvalifiserte vakter og skal trekkjast ut frå berekningsgrunnlaget. Arbeidsgjevar viser til at A er barnehagemedarbeidar, og ikkje kvalifisert til å jobbe som barnehagelærer. Dei har behov for barnehagelærarar fordi nokon av dei som har denne kompetansen arbeider redusert, er i permisjon og har sjukemelding. Barnehagen har vurdert det som forsvarleg å la A jobbe i staden for ein barnehagelærer, fordi dei har andre tilsette med riktig kompetanse som kan rettleie henne. Dei viser vidare til at dei har utlyst fleire stillingar, og at dei ikkje har fått kvalifiserte søkarar til desse. I perioden A har utført meirarbeid har dei også prøvd å komma i kontakt med personar som har barnehagelærarutdanning eller som hald på med barnehagelærarutdanning, for å dekkje opp desse vaktene.

Arbeidsgivar opplyser avslutningsvis at så lenge dei manglar barnehagelærer har dei behov for As meirarbeid.

Utsegner frå arbeidstakar

A gjer gjeldande at ho har krav på utvida stilling tilsvarande utført meirarbeid dei siste 12 månadane etter arbeidsmiljølova § 14-4 a. Ho viser til at ho i snitt har jobba 25 prosent ut over si avtalte arbeidstid på 75 prosent stilling.

A opplyser at ho meiner at ho fekk munnleg beskjed om at ho skulle jobbe meir enn den faste stillinga si på 75 prosent, men at det ikkje vart vist til ein konkret stillingsprosent sjølv om ho har jobba 100 prosent heile perioden. Ho viser vidare til at ho i denne perioden er oppført med 100 prosent stilling i lønsslippene. Ho er også sett opp på vaktar tilsvarande 100 prosent resten av året, noko som visar at det framleis er behov for arbeidet hennar.

Arbeidstakar ynskjer også å vite om ho har fortrinnsrett på ledige vaker føre andre vikarar.

Merknader frå Tvisteløysingsnemnda

Tvist mellom arbeidsgivar og arbeidstakar om rett til stilling for deltidstilsette tilsvarande faktisk arbeidstid kan bringast inn for Tvisteløysingsnemnda, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 første ledd og § 14-4 a andre ledd. I samsvar med forskrift om tvisteløysingsnemnd etter arbeidsmiljølova § 2 blir nemnda sett med leiar og to faste medlemmar.

Arbeidsmiljølova § 14-4 a fastset at deltidstilsette som dei siste 12 månadene jamleg har arbeidd utover avtalt arbeidstid, har rett til stilling tilsvarande faktisk arbeidstid i denne perioden, med mindre arbeidsgivaren kan dokumentere at behovet for meirarbeidet ikkje lenger er til stades. Tolvmånadersperioden skal bereknast med utgangspunkt i det tidspunktet då arbeidstakaren la fram kravet.

Ueinighetene mellom partane i denne saka gjeld korleis timar som skal inngå i berekningsgrunnlaget.

Nemnda har einstemmig komme til at arbeidstakar ikkje får medhald i sitt krav, men den har delt seg i eit fleirtal og eit mindretal i grunngivinga.

Nemnda har gjort desse vurderingane:

Tolvmånadersperioden

Arbeidstakaren la fram kravet for arbeidsgivaren 12. mai 2023. Nemnda legg til grunn at siste dag i tolv månadersperioden er dagen før kravet blei lagt fram for arbeidsgivaren. Den relevante perioden i denne saka er dermed frå og med 12. mai 2022 til og med 11. mai 2023.

Kor mange timar har A arbeidd utover avtalt arbeidstid?

Både arbeid etter fast deltidsstilling og etter midlertidige arbeidsavtalar, for eksempel vikariat, blir rekna som avtalt arbeidstid. Dette inngår derfor ikkje i berekningsgrunnlaget. Dette står i forarbeida til føresegna (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2).

I denne saka føreligg det to midlertidige arbeidsavtalar på 25 prosent. Den eine arbeidsavtalen hadde tiltreding frå 1. desember 2021, med antatt varigheit til 14. august 2022, men den var ikkje skrevet og signert før 3. august 2023. Den andre arbeidsavtalen hadde tiltreding frå 15. august 2022 med antatt varigheit til 14. august 2023, men den var ikkje skrevet og signert før 10. mai 2023.

Sia arbeidsavtalane ikkje var skrevet og signert før etter perioden dei gjelder for, må nemnda vurdere om arbeidstakar hadde den nødvendige rettsvisse med tanke på kor mykje og når ho skulle arbeide, eller om arbeidet bærer preg av å vera enkeltstående vakter. Dette er i tråd med nemndas praksis, sjå for eksempel nemndas vedtak 119/22.

Fleirtalets vurdering

Nemndas fleirtal, medlemmane Due og Nilsen, har komme til at A ikkje har arbeida utover avtalt arbeidstid i tolv månadersperioden.

I si vurdering har nemndas fleirtal lagt vekt på at A sjølv opplyser at ho meiner dei munnleg avtalte at ho skulle arbeide i midlertidig stillingar, sjølv om det var uklart kordan stillingsprosent dei avtalte. Nemndas fleirtal leggjar vidare vekt på at A står oppført med 100 prosent stilling i framlagte lønnsliappar frå juni 2022 til juni 2023, med unntak av januar 2023 kor det ikkje er opplyst stillingsprosent, og at ho har mottatt fastlønn i denne perioden. Dette er også bekrefte i ettertid ved at arbeidstakar har signert dei midlertidige avtalane.

Timar arbeidd i tråd med de midlertidige stillingsavtalane skal etter det ovannemnte ikkje tas med i berekningsgrunnlaget. Når dessa timane trekast ut, er det ikkje arbeidd nokon timar meirarbeid i perioden. Etter dette har A ikkje rett til stillingsauke etter arbeidsmiljølova § 14-4 a.

Mindretalets vurdering

Nemndas mindretal, medlemen Enoksen, har komme til at A har arbeida 402 timar utover avtalt arbeidstid i tolvmånadarsperioden.

Mindretalet leggjar vekt på at dei to midlertidige arbeidsavtala vart signert lenge etter perioden dei gjaldt for var over. Mindretalet leggjar også vekt på As opplysning om at ho ikkje fekk vite kordan stillingsprosent ho skulle arbeide i. Etter mindretalets syn har A difor ikkje hatt den nødvendige rettsvisse med tanke på kor mykje eller når ho skulle arbeide i berekningsperioden. Nemndas mindretal har dermed komme til at arbeidet i berekningsperioden ikkje kan reknast som «avtalt arbeidstid» og at det difor skal inngå i berekningsgrunnlaget.

Nemndas mindretal må vidare vurdere om meirarbeid som krevjar barnehagekompetanse skal inngå i berekninga.

Mindretalet har komme til at A sitt meirarbeid som krev barnehagelærarkompetanse ikkje skal inngå i berekningsgrunnlaget, fordi A ikkje er kvalifisert for denne typen arbeid.

I utgangspunktet er det arbeidsgivaren som fastset kompetansesamansettinga i verksemda og kva kvalifikasjonskrav som skal gjelde for dei enkelte stillingane. Nemndas mindretal bør i avgrensa grad prøve arbeidsgivar si vurdering av dette. Nemndas mindretal har òg forståing for at ein arbeidsgivar i enkelttilfelle kan vurdere det som fagleg ansvarleg å gi vakter til ein barnehagemedarbeidar som vikar for barnehagelærar, utan at dette dermed er uttrykk for ei tilfredsstillande kompetansesamansetting i eit lengre tidsperspektiv. I tilfelle som dette, der arbeidsgivaren jamleg, over ein lengre periode, har sett ein arbeidstakar til å utføre meirarbeid i vakter tilhøyrande stillingar med krav om ein annan formalkompetanse enn det vedkommande har, blir spørsmålet om arbeidsgivaren rettmessig kan hevde at slike vakter ikkje skal gi utteljing ved krav om utvida stilling etter arbeidsmiljølova § 14-4 a. Etter nemndas praksis må dette kvile på ei konkret vurdering av fleire forhold, blant anna kva arbeidsgivaren har gjort for å dekkje det aktuelle meirarbeidsbehovet med kvalifisert arbeidskraft.

I si vurdering har nemndas mindretal lagt vekt på at arbeidsgivar har dokumentert at dei i berekningsperioden har utlyst fleire stillingar ved Avdeling C, der A har utført sitt meirarbeid. Ettersom dei utlyste stillingane krevjar annan kompetanse og anna utdanning enn det arbeidstakaren har, har mindretalet komme til at meirarbeidet som er utført i vakter tillagde barnehagelærarstillingar, ikkje skal vere med i berekningsgrunnlaget. Når dessa timane er trekt frå, står det ikkje att meirarbeid i perioden. Etter dette har A ikkje rett til stillingsauke etter arbeidsmiljølova § 14-4 a.

Til orientering

Nemnda vil opplyse om at arbeidsgjevar har ansvaret for at det skrivast arbeidsavtale snarast mogleg og seinast innan ein månad etter at arbeidsforholdet starta, når arbeidsforholdet har ein varigheit på meir enn ein månad, jf. arbeidsmiljølova § 14-5 første og andre ledd.

Avslutningsvis vil nemnda informere om at deltidstilsette i utgangspunktet kan ha fortrinnsrett til ekstravakter og legnande i verksemda framfor at arbeidsgivar tilsett eller leiar inn

arbeidstakarar til dette arbeidet etter arbeidsmiljølova § 14-3 andre ledd. Nemnda har ikkje kompetanse til å avgjere tvist om deltidstilsette har fortrinnsrett til ekstravakter.

Konklusjon

A har ikkje rett til utvida stilling tilsvarande faktisk arbeidstid, etter arbeidsmiljølova § 14-4 a.

Twisteløysingsnemnda

Anne Marie Due
Leiar

13. november 2023