



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
2. desember 2022

Vår referanse
2022/117

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR 117/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 1. desember 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Ingrid Tordis Enoksen, Unio
Andreas Dag Nilsen, 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 SFO-assistent i stilling på 50 prosent i B kommune, for tiden med arbeidssted ved X skole SFO.

Den 30. juni 2022 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. A mente midlertidige stillinger hun hadde hatt i skolen de siste årene som lærer uten godkjent utdanning og som miljøveileder/konsulent måtte regnes som merarbeid. De midlertidige stillingene har vært tilknyttet arbeid med særskilt tilrettelagt opplæringstilbud for elever med særskilte behov (Z-gruppen).

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i e-post av 1. juli 2022. Avslaget ble begrunnet med at arbeid utover hennes faste stillingsandel ikke var relevant, da de midlertidige stillingene hun har hatt i skolen ikke hadde noen sammenheng med hennes faste stilling som SFO-assistent.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 7. juli 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 7. juli 2022 med vedlegg
- e-post av 11. oktober 2022
- to e-poster av 12. oktober 2022
- e-post av 14. oktober 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 18. august 2022 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 månedene og anfører i det vesentligste at vikariatene hun har hatt er å regne som merarbeid.

A viser til at hun i tillegg til sin faste stilling som SFO-assistent de tre siste skoleårene har arbeidet pedagogisk ved skolen med barn med særskilte behov. De siste 12 månedene har dette arbeidet utgjort 44,5 prosent. Hun legger til grunn at skolen har et kontinuerlig behov for- og plikt til å opprettholde den type arbeidsoppgaver som hun har utført. A anfører dermed at kommunen har et jevnlig, vedvarende behov for hennes arbeid. Hun viser i den sammenheng til at hun stadig observerer nye vikarer i klasser hun kjenner godt fra før. A mener at det i vurderingen også må tas hensyn til hvilket behov for merarbeid hele virksomheten og B kommune ellers har.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune gjør gjeldende at A ikke har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 månedene og anfører i det vesentligste at arbeidet utført i vikariatene har vært avtalt arbeidstid.

B kommune viser til at partene inngikk en avtale om at A skulle jobbe som miljøarbeider ved X skole i 44,5 prosent stilling i skoleåret 2021/2022. Kommunen anfører dermed at dette arbeidet har vært avtalt arbeidstid som må holdes utenfor beregningsgrunnlaget. Følgelig har A ikke utført merarbeid jevnlig de siste 12 månedene.

Videre anfører kommunen at behovet for As arbeid i den såkalte Z-gruppen ikke lenger foreligger. Kommunen viser til at behovet varierer fra skoleår til skoleår. For inneværende skoleår er det kun én ny elev som har fått vedtak om krav på et særskilt tilrettelagt opplæringstilbud. Det er i tillegg et krav om at undervisningen for denne eleven følges opp av pedagog, og at miljøveilederen som følger opp faglig og sosialt har pedagogisk kompetanse.

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 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 30. juni 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 30. juni 2021 til og med 29. juni 2022. Timeoversikt som A har forelagt nemnda viser at hun har arbeidet og/eller skulle ha arbeidet totalt 825,75 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Dette inkluderer timer arbeidet i den midlertidige stillingen, planlagte timer hun skulle ha arbeidet, men ikke fikk arbeidet likevel pga. sykefravær og annet, i tillegg til ekstraarbeid. Arbeidsgiver har ikke kommentert timeoversikten. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Uenigheten mellom partene er hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, og om behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

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

Nemnda 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». Forarbeidene avgrenser imidlertid kriteriets anvendelsesområde mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt, og det understrekes at i slike tilfeller skal stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

A har inngått en midlertidig arbeidsavtale på 44,5 prosent for perioden 1. august 2021 til 31. juli 2022. Avtalen er signert av begge parter, og av A den 17. august 2021. Nemnda legger dermed til grunn at arbeid etter denne avtalen ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget, da det er «avtalt arbeidstid». Se også eksempelvis nemndas vedtak 42/22, 57/22, 65/22, 81/22 og 83/22.

Av As timeoversikt fremgår det at hun i tillegg til sin faste stilling og den midlertidige stillingen på 44,5 prosent har hatt totalt 9 timer og 5 minutter ekstraarbeid/overtid. Dette er merarbeid og inngår dermed i beregningsgrunnlaget.

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. 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.

Som nevnt har A utført 9 timer og 5 minutter merarbeid. Disse timene er fordelt over fem vakter arbeidet i perioden mars – juni 2022. Nemnda vurderer at det ikke er tvil om at jevnlighetsvilkåret ikke er oppfylt.

Det er etter dette ikke nødvendig for nemnda å vurdere om behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Konklusjon

A gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

2. 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.