



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
28. juni 2021

Vår referanse
2021/38

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 87/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 24. juni 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Saken gjelder

Tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som assistent i stilling på 50 prosent i B, X Gårdsbarnehage.

Den 21. desember 2020 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 datert 28. januar 2021. Avslaget ble begrunnet med at hun har arbeidet ekstra i midlertidige vikarstillinger og at hun ikke har utført merarbeid.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 8. februar 2021, poststemplet 18. februar 2021. 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. februar 2021
- brev datert 9. mars 2021
- brev datert 7. april 2021
- e-post av 11. juni 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 22. mars 2021
- brev datert 28. mai 2021
- e-post av 16. juni 2021

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun ikke har gått i noen avtalte vikariater og at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Hun har arbeidet 50 prosent ekstra etter en muntlig avtale.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at A ikke har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Merarbeidet har vært avtalt merarbeid, hvor arbeidstaker har gått inn i konkrete vikariater for andre arbeidstakere som har hatt permisjon, vært syk eller hatt ferie. Vikariatene har vært muntlig avtalt. Merarbeidet som er utført har heller ikke vært utført jevnlig. Arbeidsgiver har vedtak på at de kun skal ansette fagutdannet barnehagepersonell og A har ingen formell barnehageutdanning.

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 merarbeid ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 21. desember 2020. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 21. desember 2019 til og med 20. desember 2020. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1098,75 timer i denne perioden. Dette er både timer etter fast stilling og timer utover fast stilling ettersom Nemnda kun har fått fremlagt timeoversikt som viser arbeidstakers samlede vakter i perioden. Det er imidlertid trukket fra vakter der vi har fått opplyst at vaktene som er arbeidet, er arbeidstakers faste stilling. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Unigheten mellom partene i denne saken gjelder 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.

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 avgrensner 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».

Arbeidsgiver anfører at alt arbeid utover fast stilling har vært avtalt merarbeid, hvor arbeidstaker har gått i vikariater for andre arbeidstakere. Vikariatene er muntlig avtalt. Nemnda forstår det slik at arbeidstaker mener arbeidet skal regnes som merarbeid ettersom hun ikke har signert noen kontrakt for vikariatene.

I perioden 01.01.20-17.08.20 har A arbeidet i et 100 prosent vikariat for en navngitt arbeidstaker.

I perioden 01.10.20-31.12.20 har A avviklet ferie i sin faste stilling og arbeidet i et 50 prosent vikariat.

Ettersom det i denne saken ikke er inngått en skriftlig arbeidsavtale for det utførte merarbeidet, må nemnda foreta en konkret vurdering av om det likevel kan anses som avtalt midlertidig merarbeid, som ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget. I vurderingen tar nemnda

utgangspunkt i at det er de reelle forhold som er avgjørende for om det er avtalt en utvidelse av stillingen, og at kravet til skriftlighet ikke er avgjørende.

Etter nemndas oppfatning bærer merarbeidet preg av å være avtalte vikariater. Arbeidstaker har også selv opplyst at hun har arbeidet 50 prosent etter en muntlig avtale. Den første vikariatperioden har vært lang og for en bestemt person og i den andre perioden har arbeidstaker avviklet ferie i sin faste stilling og fått aksept for å arbeide i et 50 prosent vikariat. I tillegg har arbeidstaker mottatt turnus/arbeidsplan for et halvt år frem i tid, slik at A har vært gitt den nødvendige forutberegnelighet med hensyn til hvor mye og når hun skal arbeide. Nemnda finner dermed at vikariatene er av en slik varighet og karakter at de må regnes som avtalt merarbeid og derfor holdes utenfor beregningsgrunnlaget for arbeid utover avtalt arbeidstid.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» 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.

Ettersom det ikke er utført arbeid utover avtalt arbeidstid har ikke A rett til utvidet stilling.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

28. juni 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 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