



Tvisteløysingsnemnda

Vedtaksdato
11. februar 2020

Vår referanse
2019/26553

Saksbehandlar
Mona Ekelund

VEDTAK NR 23/20 I TVISTELØYSINGSNEMNDA

Tvisteløysingsnemnda heldt møte torsdag 6. februar 2020.

Ved behandlinga av saka var Tvisteløysingsnemnda satt saman slik:

Faste medlem

Steffen G. Rogstad, nestleiar
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Mårten Brandsnes Faret, KS

Saka gjeld

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

Arbeidstakar

A

Arbeidsgivar

B

Det vart treft slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast tilsett som fagarbeidar i stilling på 40 prosent i B, med tenestestad ved C barnehage som fast vikar.

Barnehagen har totalt ca. 12 årsverk, kor ca. 10 er barnehagelærarar/fagarbeidarar.

Den 20. september 2019 fremma A krav om stillingsauke tilsvarande faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljølova § 14-4 a.

I brev datosett 24. september 2019 avviste arbeidsgivar kravet og viste til at fleire opphald i meirarbeidet i berekningsperioden førte til at kravet til jamlegheit ikkje var oppfylt.

Saka ble brakt inn for Tvisteløysningsnemnda ved e-post av 7. oktober 2019. Ovanfor nemnda har begge partar fått høve til å komme med utfyllande merknader.

Nemnda har mottatt følgjande dokument frå arbeidstakar:

- e-post av 7. oktober 2019, med vedlegg
- e-post av 13. oktober 2019, med vedlegg
- e-post av 15. november 2019
- e-post av 29. januar 2020

Nemnda har mottatt følgjande dokument frå arbeidsgivar:

- brev datosett 31. oktober 2019, med vedlegg
- brev datosett 3. desember 2019 med vedlegg
- e-post av 29. januar 2020

Utsegn frå arbeidstakar

A gjer gjeldande at meirarbeidet har vore jamleg og at ho har rett til utvida stilling med 25,48 prosent. Behovet for meirarbeidet er noko redusert, men framleis til stades.

Utsegn frå arbeidsgivar

B gjer gjeldande at A ikkje kan få medhald i sitt krav. Eit opphald på 5 veker gjer at meirarbeidet ikkje oppfyller kravet til jamlegheit. Behovet for meirarbeid ligg ikkje lenger føre. Bemanningsbehovet er redusert med eit heilt årsverk då talet på barn har gått ned. Det er difor ikkje lenger like naudsynt å sette inn vikar ved sjukdom eller å erstatta dei som framleis er sjukemelde, då ein likevel held seg innafor minimumsbemanning dei fleste dagane i veka.

Tvisteløysningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgivar og arbeidstakar om rett til stilling for deltidstilsette tilsvarande faktisk arbeidstid kan bringast inn for Tvisteløysningsnemnda, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 (1)

og § 14-4 a (2). Etter forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljølova § 2 settast nemnda med nestleiar og to faste medlemmar.

Arbeidsmiljølova § 14-4 a fastset at deltidstilsette som dei siste 12 månader jamleg har arbeidd utover avtalt arbeidstid, har rett til stilling tilsvarande faktisk arbeidstid i denne perioden, med mindre arbeidsgivar kan dokumentere at behovet for meirarbeidet ikkje lenger ligg føre. Perioden skal reknast med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstakar fremma sitt krav.

Arbeidstakar fremma sitt krav for arbeidsgivar 20. september 2019. Nemnda legg til grunn at siste dag i perioden er dagen før kravet blei sette fram for arbeidsgivar. Den relevante perioden i denne saka er dermed frå og med 20. september 2018 til og med 19. september 2019. Dokumentasjonen i saka viser at A har arbeidd 449,25 timar utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Usemjå mellom partane i denne saka gjeld kor vidt meirarbeidet har vore jamleg og om behovet for meirarbeidet har falle bort.

Inngangskriteriet om at den deltidstilsette har arbeidd «jamleg» utover avtalt arbeidstid byr på ei konkret og skjønsvurdering som i første instans ligg til Tvisteløsningsnemnda der partane ikkje sjølv blir einige.

Nemnda viser til at det går fram av forarbeida (Prop. 83 L for 2012-2013) at meirarbeidets hyppigheit, omfang og stabilitet vil være sentrale moment i vurderinga. Slik nemnda ser det, vil desse tre momenta i nokon grad gripe inn i kvarandre. Utan ein viss hyppigheit, vil f.eks. meirarbeidet heller ikkje få nemneverdig omfang eller stabilitet. Med unntak for periodar der forhold på arbeidstakers side gjer det umogleg, må det være utført eit visst meirarbeid gjennom heile berekningsperioden, men det kan ikkje stillast bestemte krav til at arbeidet er utført kvar veke e.l. For at «merarbeidet i det store og hele fremstår som en etablert praksis», er det tilstrekkeleg at det har førekomme slikt meirarbeid gjennom heile berekningsperioden at det vitnar om eit stabilt og varig behov hos arbeidsgivar.

Nemnda har komme til at meirarbeidet er utført jamleg. Meirarbeidet i denne saka går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Sjølv om det har vore visse variasjonar i intensiteten i berekningsperioden, har ekstraarbeidet vore tilstrekkeleg jamt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter i alle månadene i berekningsperioden bortsett frå i august 2019 då ho avvikla to veker ferie. Nemnda finn at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkeleg omfang, hyppigheit og stabilitet i tolv månadersperioden. Etter ei konkret heilskapsvurdering synast difor meirarbeidet som ein etablert praksis som oppfyller krava i lova.

Dokumentasjonen i saka viser at A har arbeidd 449,25 timar utover avtalt arbeidstid i berekningsperioden.

Arbeidsgivar har gjort gjeldande at behovet for meirarbeidet har falle bort. Barnetalet er redusert frå 47 til 41 barn i august 2019 og sjukefråværet er lågare enn i 2018/2019.

Kva som skal til for at behovet for meirarbeid ikkje lenger ligg føre, er ikkje nærmare definert i lova. I Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant anna at:

«Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid. (...) Departementet finner det ikke hensiktsmessig å fastsette konkrete krav til hvilken dokumentasjon som arbeidsgiver må legge fram. Arbeidsgiver vil i praksis måtte fremlegge informasjon som gjør det mulig for arbeidstaker og eventuelt Tvisteløsningsnemnda å etterprøve. Det avgjørende vil være hvorvidt og i hvilken grad arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har behov for merarbeidet i tiden framover.»

I sak 129/16 har nemnda uttalt følgjande til kva som går fram av forarbeida om nedbemanning og permitteringer:

«Tilsvarende må gjelde der behovet for merarbeid må forventes å bortfalle som følge av at arbeidsgiver har foretatt eller er i ferd med å foreta nyansettelser, eller kan legge til grunn at arbeidstakere snarlig vil vende tilbake til virksomheten etter syke- eller permisjonsopphold e.l.»

Slik denne saka er opplyst har nemnda komen til at arbeidsgivar i tilstrekkeleg grad har sannsynleggjort at behovet for delar av meirarbeidet er borte. Nemnda legg vekt på at det samla bemanningsbehovet er redusert med eit årsverk grunna færre barn og at det difor er mindre behov for å erstatta ved sjukemeldingar og anna fråvær. Arbeidstakar stadfestar også at behovet for meirarbeidet hennar er noko redusert.

Nemnda finn det vanskeleg å angje nøyaktig kor mykje av behovet som har falle bort, og har etter ei skjønsmessig vurdering komen til at arbeidstakar har krav på 10 prosent stillingsauke.

Konklusjon

Arbeidstakar har rett til stillingsauke med 10 prosent.

Tvisteløysingsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleiar

11. februar 2020

Til orientering:

Tvistar som nemnde i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringast inn for domstolane etter at avgjerd frå tvisteløysningsnemndas ligg føre, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 (2).

Konklusjonen til nemnda står ved lag medan saka er til behandling hjå domstolane. Dersom dette vil virke urimeleg, kan retten etter krav frå ein av partane fastsetje ei anna mellombels ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolane er åtte veker frå det tidspunktet parten vart underretta om avgjerda frå Tvisteløysningsnemnda, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 (3).

Reisast ikkje søksmål innan fristen, har vedtaket verknad som ein rettskraftig dom, og kan fullbyrdast etter reglane som gjeld for dommar, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 (4).