



Vedtaksdato
16. april 2021

Vår referanse
2020/231

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 41/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 15. april 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Mårten Brandsnes Faret, 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 miljøterapeut i stilling på til sammen 90 prosent i B kommune, for tiden med tjenestested X skole. Han jobber 50 prosent i skolen hvor han assisterer i undervisningen på 6. trinn og 40 prosent i SFO. A er utdannet barnevernspedagog og har funksjonsnedsettelsen celebral parese.

I juni 2020 oppdaget arbeidsgiver at A hadde arbeidet 100 prosent de siste to årene grunnet en feil i turnusen. I etterkant, i september 2020, inngikk partene en avtale om engasjement i 10 prosent stilling for den aktuelle perioden, 1. august 2018 – 31. juli 2020. Arbeidsgiver etterbetalte lønn for perioden og rettet turnusen.

Den 9. oktober 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 protokoll av 20. november 2020. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet skyldtes en feil i turnus som var rettet, at det ikke var noe reelt behov for å øke stillingen, og at arbeidstaker ikke kunne fylle større deler av stillingen som assistent.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 7. desember 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 7. desember 2020 med vedlegg
- e-post av 18. desember 2020
- brev datert 18. desember 2020 med vedlegg
- brev datert 19. januar 2021 med vedlegg
- brev datert 8. mars 2021 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 10. februar 2021 med vedlegg
- brev datert 7. april 2021

Arbeidstakers anførsler

A mener at han har krav på 100 prosent fast stilling og anfører i det vesentligste at behovet for merarbeidet hans fremdeles er til stede, men at arbeidsgiver bruker vikarer i stedet for å innfri kravet. Funksjonsnedsettelsen utgjør ikke et reelt problem for arbeidsutførelsen hans og han har tidligere arbeidet i SFO med elever både på 1. og 2. trinn.

A anfører videre at den midlertidige avtalen er konstruert i ettertid og kan ikke vektlegges i vurderingen av kravet.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune mener at A ikke kan få medhold i sitt krav selv om han jevnlig har arbeidet 10 prosent utover avtalt arbeidstid de siste 12 måneder og anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for arbeidstakers arbeidskraft.

A arbeider tilnærmet full stilling på SFO og kan ikke fylle en annen stilling eller vikartimer i SFO. En utvidelse må derfor knyttes til skoledelen av stillingen. Det er imidlertid en overkapasitet i assistenttilbudet på 6. trinn ved at As stilling er allokert dit selv om det ikke er noen elever der med vedtak om særlig tilrettelegging. Da han arbeidet 100 prosent, måtte arbeidsgiver regelmessig lete etter egnete oppgaver. En økning av stillingen vil gå på bekostning av lærerressursene. Der behovet for arbeidskraft faktisk foreligger er i skolen på 1. -2. trinn, der A ikke kan arbeide fordi disse barna regelmessig krever at assistenten fysisk passer på dem og det ikke er flere ansatte til stede samtidig til å dekke akutte behov slik som i SFO.

Arbeidsgiver presiserer at de ikke anser merarbeidet som avtalt arbeidstid på grunn av den etterfølgende arbeidsavtalen som ble inngått for å formalisere etterbetalingen.

Tvistløsningsnemndas 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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 9. oktober 2020. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 9. oktober 2019 til og med 8. oktober 2021.

Arbeidsgiver er enig i at arbeidstaker har arbeidet 10 prosent utover avtalt arbeidstid selv om det ble inngått en etterfølgende arbeidsavtale for de aktuelle timene og at merarbeidet oppfyller kravet til jevnlighet. Nemnda har derfor ikke gått inn i disse vurderingene.

Det partene er uenige om, og som nemnda må ta stilling til, er om behovet for arbeidstakers merarbeid har falt bort.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. Ordlyden krever imidlertid at arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for

merarbeidet ikke lenger foreligger, og kravene til dokumentasjonen er i noen grad kommentert i forarbeidene, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5:

«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.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for As merarbeid er endret.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Partene er enige om at arbeidstaker har arbeidet tilsvarende en stillingsprosent på 10 utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 10.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

16. april 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.