



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
28.09.2023

Vår referanse
2023/88

Saksbehandler
Anniken Sætran Hansen

VEDTAK NR 93/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Twist om deltidsansattes rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a mellom A og B kommune.

Vedtak

A har ikke rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemndas sammensetning

Steffen Rogstad, nestleder

Jan Eikeland, Akademikerne, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som helsefagarbeider i stilling på 70 prosent i hjemmetjenesten for tiden avdeling 1 i C i B kommune.

Hun var 100 prosent sykmeldt fra 1. november til 12. desember og 50 prosent sykmeldt fra 13. desember til 1. januar.

Den 2. mars 2023 krevde A stillingsutvidelse til 77,76 prosent på grunn av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Som begrunnelse for kravet viste hun til at hun hadde et merarbeid på 129 timer i beregningsperioden.

B kommune avslo kravet i brev av 21. april 2023 og begrunnet avslaget med at merarbeidet ikke var utført jevnlig. Det var flere måneder hvor A ikke hadde jobbet mer enn en ekstravakt, i tillegg til at det var flere opphold i beregningsperioden.

Sakens dokumenter

A brakte tvisten til nemnda den 27. april 2023.

Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt disse brevene til nemnda:

- brev av 27. april 2023
- brev av 4. mai 2023
- brev av 23. mai 2023
- brev av 12. juni 2023
- brev av 28. juli 2023
- brev av 6. august 2023

B kommune har sendt disse brevene til nemnda:

- brev av 16. mai 2023
- brev av 24. juli 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B kommune mener i hovedsak at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi merarbeidet ikke er utført jevnlig. Videre mener de at det ikke lenger er behov for merarbeidet som er utført i beregningsperioden.

Hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget

Arbeidsgiver mener at korte overtidstimer på 15- 30 minutter i etterkant av en vakt ikke skal anses som arbeid utover avtalt arbeidstid. Det samme gjelder timer som er en ren beregning av lønnstillegg (helligdagstillegg) på ordinære vakter. I timeoversikten har arbeidsgiver lagt inn 106, 5 timer, men i etterkant mener arbeidsgiver at de reelle ekstravaktene er:

Juli 2022: tre vakter (ferievikar)

August 2022: en vakt

September 2022: en vakt

Oktober 2022: tre vakter

Januar 2023: tre vakter
Februar 2023: fire vakter

Merarbeidet er ikke utført jevnlig

Merarbeidet startet under ferieavvikling i juli og hadde et visst omfang i fire måneder. Etter dette har det vært store opphold i merarbeidet. A arbeidet ikke ekstra i 10 uker fra november til desember 2022 og ikke i mai 2022, i tillegg til at det i mars, april og juni 2022, kun er tre tilfeller av overtid i etterkant av vakt. Det innebærer at vilkåret om stabilt og jevnlig merarbeid ikke er oppfylt.

Arbeidsgiver viser til at sykmeldingene som er forelagt nemnda, ikke ble anført under deres behandling av arbeidstakers krav. Videre viser arbeidsgiver til tidligere praksis i nemnda om at sykdom ikke skal få avgjørende betydning for vurderingen da det er faktisk arbeidstid som skal vurderes.

Arbeidsgiver er ikke enig i anførselen om at turnusen gjør at A ikke kan jobbe mer, da det ville ha ført til at enhver med høy stillingsprosent kunne påberope at det ikke var mulig å jobbe mer og dermed ha krav på økt stilling.

Merarbeidet har bortfalt

Arbeidsgiver mener at det på grunn av sykefravær, ferieavvikling og lignende fravær (permisjoner), så vil det i perioder være behov for merarbeid. Sykefraværet som har vært den største årsaken for behovet, har gått ned fra 30 prosent høsten 2022 til 15 prosent våren 2023. Behovet for merarbeid har blitt betydelig redusert. Arbeidsgiver mener at det ikke er nødvendig å dokumentere dette, da merarbeidet uansett ikke er jevnlig.

Arbeidstakers syn på saken

A mener at hun har rett til stillingsutvidelse fordi merarbeidet er utført jevnlig og fordi behovet for utført merarbeid ikke er bortfalt.

Hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget

I saksforberedelsen har A lagt ved dokumentasjon hvor det kommer frem at hun har jobbet totalt 139,75 timer i merarbeid.

Arbeidstaker er enig i at timer som gjelder beregning av lønnstillegg (helligdagstillegg) på ordinære vakter ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget. Det er vanskelig for arbeidstaker å finne tilbake til turnusen i 2022, men hun mener at 27,5 timer skal tas bort fra det totale merarbeidet.

Arbeidstaker er ikke enig med arbeidsgiver om at timer i forkant/ etterkant av vakt ikke skal telles med som merarbeid.

Merarbeidet er utført jevnlig

Oppholdet i merarbeidet i perioden fra 1. november 2022 til 1. januar 2023 skyldes et nødvendig og planlagt tiltak for å fungere bedre og ikke falle helt ut av jobben. Arbeidstaker viser til innsendt sykemelding.

Videre viser arbeidstaker til at turnusen gjør at hun ikke kan jobbe ekstra alle ukene grunnet at det blir «planlagt overtid».

Merarbeidet har ikke bortfalt

Arbeidstaker viser til at det fra januar til juni er brukt 9000 timer merarbeid og at det fortsatt er behov for hennes merarbeid.

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Etter arbeidsmiljøloven § 17-2 har Tvisteløsningsnemnda myndighet til å avgjøre tvister etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a:

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.

I denne saken er partene uenige om hvilke timer som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om merarbeidet er utført jevnlig og om behovet for As merarbeid har bortfalt.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at arbeidstaker ikke får medhold i sitt krav. Nemnda har gjort disse vurderingene:

Tolvmånedersperioden

Etter bestemmelsens ordlyd og fast praksis i nemnda, er siste dag i tolvånedersperioden dagen før arbeidstaker fremmet kravet. A fremmet kravet 2. mars 2023. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 2. mars 2022 til og med 1. mars 2023.

Hvor mange timer har A arbeidet utover avtalt arbeidstid?

Nemnda har kommet til at A har arbeidet 106,75 timer utover avtalt arbeidstid i tolvånedersperioden.

A mener at merarbeidet utgjør 112,25 timer og arbeidsgiver på sin side mener at det er totalt 15 vakter, som tilsvarer 97 timer i merarbeid. Differansen i timeantallet skyldes at arbeidsgiver ikke har medregnet overtidsarbeid i etterkant av vakt og en vakt i januar 2023, i tillegg til at arbeidsgiver ikke har medregnet alle timene som er registrert som beregning av lønnstillegg på ordinære vakter.

Hvis det ikke er inngått en avtale om en midlertidig stillingsutvidelse, regnes merarbeid som «arbeid utover avtalt arbeidstid» uansett årsaken til merarbeidet. Dette står i forarbeidene til bestemmelsen (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2) og er fast praksis i nemnda.

Arbeidsgiver mener at overtidsarbeid i etterkant av vakt på 15-30 minutter ikke skal anses som merarbeid. Nemnda kan ikke se at det er dokumentert at det er inngått en avtale om midlertidig stillingsutvidelse. Dermed skal også merarbeid som er utført i etterkant av vakt inngå beregningsgrunnlaget. Det er totalt 4,25 timer.

Videre er partene enige i at timene som er en ren beregning av lønnstillegg (helligdagstillegg) på ordinære vakter ikke skal tas med i beregningen, men det er uenighet hvor mange timer det er. I merarbeid-/ overtidsrapport utgjør det totalt 33 timer. A mener at det utgjør 27,5 timer, men kan ikke vise til ytterligere dokumentasjon. På bakgrunn av merarbeid-/ overtidsrapport, legger nemnda til grunn at det gjelder totalt 33 timer. Disse timene skal dermed ikke tas med i beregningsgrunnlaget.

Når det gjelder den ene vakten i januar 2023, kan ikke nemnda se at arbeidsgiver har dokumentert hvorfor denne vakten ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget. Denne vakten står i merarbeid/overtidsrapporten innsendt av arbeidstaker og i timeoversikten utfylt av arbeidsgiver. På bakgrunn av det, legger nemnda til grunn at denne vakten i januar også skal inngå i beregningsgrunnlaget. Det er 5,5 timer.

Nemnda har etter dette kommet til at A har arbeidet 106,75 timer utover avtalt arbeidstid i løpet av tolv månedersperioden.

Er merarbeidet utført jevnlig?

Nemnda har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig.

Det er et vilkår at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid. I forarbeidene (Prop. 83 L for 2012-2013) står det at man må vurdere merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet. Det må være utført et visst merarbeid gjennom hele beregningsperioden, men det kan være opphold i merarbeidet, for eksempel ved fravær som ferie eller sykefravær. Det er heller ikke nødvendig at merarbeidet er utført ukentlig e.l.

Nemnda har i vurderingen lagt vekt på at det er flere perioder uten merarbeid. Det er særlig et langt opphold fra starten av beregningsperioden, 2. mars 2022 og til slutten av juli hvor det kun er utført tre timer merarbeid. Det er også en periode på ca. 8 uker uten merarbeid, som skyldes sykmelding. Selv om siste del av oppholdet i beregningsperioden kan forklares med sykmelding, kan ikke nemnda se at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i hele tolv månedersperioden.

Vilkåret om at merarbeidet skal være utført jevnlig er ikke oppfylt, og A har derfor ikke rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Etter dette er det ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om behovet for merarbeidet har falt bort.

Konklusjon

A har ikke rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

28. september 2023