



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
18.12.2023

Vår referanse
2023/190

Saksbehandler
Katarina Torrissen Revang

VEDTAK NR 137/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist 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

Silje Hassellund Solberg, LO, fast medlem arbeidstakersiden

Silje Stadheim Almestrand, NHO, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som hjelpepleier i stilling på 72,51 prosent i B-kommune, for tiden ved C omsorgssenter.

Den 22. august 2023 krevde A stillingsutvidelse til 79 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. A hadde i kravet tatt utgangspunkt i at beregningsperioden var fra 29. august 2022 til og med 28. august 2023.

B-kommune avslo kravet i brev av 25. august 2023, og begrunnet avslaget med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Partene har i saksforberedelsen blitt gjort oppmerksom på at feil beregningsperiode var lagt til grunn for kravet. Partene har for Tvisteløsningsnemnda tatt utgangspunkt i riktig beregningsperiode.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda 15. september 2023.

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

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 15. september 2023
- brev av 19. oktober 2023
- brev av 8. november 2023

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 29. september 2023
- brev av 30. oktober 2023
- to brev av 8. november 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B-kommune hevder at A ikke har rett til å få utvidet stillingen etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Arbeidsgiver er uenig i at timer til avspasering skal inngå i timegrunnlaget og at merarbeidet er jevnlig utført.

Timer til avspasering skal trekkes ut av beregningsgrunnlaget

B-kommune mener at A har utført 103,33 timer merarbeid i tolv månedersperioden.

Arbeidsgiver viser til at 14 timer og 45 minutter av timene som arbeidstaker har anført er merarbeid, er timer til avspasering/timebank. Dette er vakter som jobbes etter den ansattes ønsker, mot avtale om fri på en senere, oppsatt og obligatorisk vakt. Dette er derfor ikke merarbeid, men timer som må anses som bytte av vakt, der regnestykket går i null. Dette gjelder følgende vakter:

- 7 timer den 10. oktober 2022
- 7 timer og 45 minutter den 14. januar 2023

Merarbeidet er ikke utført jevnlig

B-kommune viser til at A har hatt lange opphold i utført merarbeid i august, september, oktober og desember 2022, på mellom 14 og 39 dager. Videre viser arbeidsgiver til at det samme mønsteret har fortsatt i 2023, med lange opphold i januar og i februar. I mars 2023 har A ikke jobbet merarbeid i det hele tatt, og hun har kun utført én vakt i april 2023. I juni 2023 er det også et langt opphold.

Avslutningsvis ønsker arbeidsgiver at nemnda uttaler seg om det i jevnlighetsvurderingen skal tas hensyn til at ferieperioden er hektisk og at det derfor ikke kan forventes at ansatte påtar seg merarbeid i juni, juli og august. Arbeidsgiver ønsker også en uttalelse om hvordan dom 18.10.2022, i Søndre Østfold tingrett, Moss, Saksnr: 22-070054TVI-TSOS/TMSS, skal forstås, og da særlig om enhver stillingsandel den ansatte har i bunn skal få betydning for jevnlighetsvurderingen.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a fordi hun har utført 118,08 timer merarbeid i beregningsperioden.

A viser til at timene hun har jobbet tilsvarer under 1 arbeidsdag per 14. dag. Videre påpeker A at hun har tatt merarbeid ut fra det som hun er i stand til helsemessig, og at dette også må klaffe med at det er ledig dagvakt i perioder der hun ikke fra før av har 4-5 vakter per uke. Når det gjelder det lengste oppholdet i desember 2022/januar 2023, opplyser arbeidstaker at hun har hatt en uke med fem dager vakt i opprinnelig turnus, og tre uker med fire vakter per uke. Det presiseres at A ikke klarer å jobbe 100 prosent stilling, og at hun selv tar hensyn til dette når hun påtar seg 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 er uenige om beregningsgrunnlaget, herunder om vakter registrert med overføring til avspasering/timebank skal inngå i beregningsgrunnlaget. Videre er partene uenige i om merarbeidet er jevnlig utført i tolv månedersperioden.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at A ikke får medhold i sitt krav.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Tolvmånedersperioden

Etter bestemmelsens ordlyd og fast praksis i nemnda, er siste dag i tolvmånedersperioden dagen før arbeidstaker fremmet kravet. A fremmet kravet 22. august 2023. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 22. august 2022 til og med 21. august 2023.

Hvor mange timer har A arbeidet utover avtalt arbeidstid?

Nemnda har kommet til at A har arbeidet 103,33 timer utover avtalt arbeidstid i tolvmånedersperioden.

Både arbeid etter fast deltidsstilling og etter midlertidige arbeidsavtaler, for eksempel vikariater, regnes som avtalt arbeidstid. Dette inngår derfor ikke i beregningsgrunnlaget. Dette står i forarbeidene til bestemmelsen (Props. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2).

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 (props. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2) og er fast praksis i nemnda.

Når det gjelder vakter registrert i timebank som senere er avspasert har nemnda lagt til grunn at disse ikke kan inngå i beregningen da dette ikke kan anses som arbeid utover avtalt arbeidstid. Dette samsvarer med nemndas tidligere praksis, se for eksempel vedtak 38/22, 02/19, 157/17 og 19/17.

Nemnda har derfor kommet til at timene oppført til avspasering, totalt 14 timer og 45 minutter, skal trekkes ut av beregningsgrunnlaget. Etter fradrag fra disse gjenstår det 103,33 timer merarbeid i beregningsperioden.

Er merarbeidet utført jevnlig?

Nemnda har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig og at A derfor ikke kan få medhold i krav om utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

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 lange opphold i tolvmånedersperioden, og at det ikke er utført merarbeid i månedene september 2022, februar 2023, mars 2023 og august 2023. Nemnda viser til at det i starten av perioden er ett opphold på fem uker etter endt ferieavvikling, fra 5. september til 9. oktober 22. Videre viser nemnda til ett opphold på seks uker (12. desember 2022-22. januar 2023) i tillegg til ett opphold på hele 12 uker (25. januar 2023 – 23. april 2023).

Avslutningsvis bemerkes det at nemnda kun tar stilling til den konkrete saken. Nemnda gir med andre ord ikke uttalelser om forhold som er uten betydning for saken.

Konklusjon

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

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

18. desember 2023