



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
19.12.2023

Vår referanse
2023/199

Saksbehandler
Katarina Torrissen Revang

VEDTAK NR 139/23 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 71,83 prosent i B-kommune, arbeidssted for tiden ved C bo- og servicesenter.

Den 11. september 2023 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Hun krevde å få stillingen utvidet til 83,2 prosent.

B-kommune avslo kravet i brev av 12. september 2023, og begrunnet avslaget med at merarbeidet ikke var jevnlig utført i tolv månedersperioden. Kommunen viste til at hun har hatt 11 lange opphold i perioden, på mellom 15 og 40 dager.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda den 20. september 2023.

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

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 20. september 2023
- brev av 3. oktober 2023
- brev av 9. oktober 2023
- brev av 7. november 2023

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 28. september 2023
- brev av 5. oktober 2023
- brev av 8. november 2023

Relevant for saken er også telefonsamtale mellom sekretariatet for Tvisteløsningsnemnda og arbeidsgiver av 13. oktober 2023.

Arbeidsgivers syn på saken

B-kommune hevder at A ikke har rett til utvidet stilling 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 258,25 timer merarbeid i tolv månedersperioden.

Arbeidsgiver viser til at 29,17 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:

- 1,67 timer den 13. september 2022
- 6 timer den 14. oktober 2022
- 9,75 timer den 26. oktober 2022

- 9,75 timer den 17. november 2022
- 2 timer den 20. april 2023

Kommunen er enig i at 76 timer merarbeid som er utført ved D bo- og servicesenter, skal inngå i beregningsgrunnlaget, selv om det ikke var en del av det opprinnelige kravet.

Merarbeidet er ikke utført jevnlig

Arbeidsgiver viser til at A har hatt flere og lange opphold mellom ekstravaktene, som ikke skyldes ferie og sykefravær. Arbeidsgiver anser derfor at merarbeidet fremstår som sporadisk og ikke jevnlig. Kommunen understreker at de i vurderingen ikke har brukt As ferie som et opphold da de tok stilling til jevnligheten. Det samme gjelder sykefravær.

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 gjør gjeldende at hun har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a fordi hun jevnlig har utført merarbeid i tolv månedersperioden.

Beregningsgrunnlaget

A anfører at hun har utført 287,42 timer merarbeid i tolv månedersperioden som skal inngå i beregningsgrunnlaget. A mener at vakter til avspasering også skal tas med, og at dette utgjør totalt 29,17 timer. A viser til at hun har fått utbetalt kvelds- og natt tillegg på 9,75 av disse timene.

Merarbeidet er utført jevnlig

A viser til at hun i sin faste turnus har komprimerte vakter, noe som betyr at det vil være uker hun ikke kan jobbe ekstra fordi det vil bli overtid. A er av den oppfatning at arbeidsgiver har regnet ukene hvor hun ikke har hatt mulighet til å jobbe overtid på grunn av dette, som opphold. I tillegg har kommunen brukt ferieperioden som opphold. Dette blir feil, da A har krav på å få avviklet ferie og ikke skal være tvunget til å jobbe ekstra i ferien for å oppfylle det kommunen mener er jevnlig nok. Videre har kommunen brukt perioder det er røde dager slik som jul, påske, pinse og så videre, som opphold. A presiserer at hun kun skal jobbe halvparten av de tolv dagene som er røde i året, og ikke bli straffet for ikke å jobbe alle disse. Videre mener A at kommunen har brukt sykefravær som opphold.

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 As vakter til avspasering skal inngå i beregningsgrunnlaget og om merarbeidet har vært jevnlig utført i tolvånedersperioden.

Nemndas begrunnelse

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

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Tolvånedersperioden

Etter bestemmelsens ordlyd og fast praksis i nemnda, er siste dag i tolvånedersperioden dagen før arbeidstaker fremmet kravet. A fremmet kravet 11. september 2023. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 11. september 2022 til og med 10. september 2023.

Hvor mange timer har A arbeidet utover avtalt arbeidstid?

Nemnda har kommet til at A har arbeidet 258,25 timer utover avtalt arbeidstid i tolvånedersperioden.

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 arbeidstakeren 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».

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.

Etter fradrag fra 29,17 timer som er registrert som vakt til avspasering, gjenstår det 258,25 timer merarbeid i beregningsperioden.

Nemnda har etter dette kommet til at A har arbeidet 258,25 timer utover avtalt arbeidstid i løpet av tolvånedersperioden.

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 sin vurdering lagt vekt på at det er flere opphold i beregningsperioden, herunder ett opphold på fem uker, tre opphold på ca. tre uker og ett opphold på nesten 10 uker. Selv om deler av oppholdene skyldes sykdom eller ferie, kan ikke nemnda se at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i hele tolv månedersperioden.

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
Leder

19. desember 2023