



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
15.12.2023

Vår referanse
2023/200

Saksbehandler
Anniken Sætran Hansen

VEDTAK NR 140/23 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 71,36 prosent ved C bo- og servicesenter i B-kommune.

Den 11. september 2023 krevde A stillingsutvidelse på 97 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B-kommune avslo kravet i brev av 12. september 2023 og begrunnet avslaget med at merarbeidet ikke var utført jevnlig. Kommunen viste til at det hadde vært syv lange opphold, på mellom 16 og 40 dager.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda 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 2. oktober 2023
- brev av 30. oktober 2023
- telefon av 30. oktober 2023

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 29. september 2023
- brev av 13. oktober 2023
- brev av 10. november 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B-kommune hevder A ikke kan få medhold i sitt krav fordi merarbeidet ikke er utført jevnlig og fordi at ikke alle timene skal anses som arbeid utover avtalt arbeidstid.

Antall timer utover avtalt arbeidstid

Kommunen viser til innsendt timeførings skjema hvor de har opplyst om at A har jobbet totalt 429 timer i merarbeid i beregningsperioden.

Kommunen viser til at timene som er arbeidet 21. juni 2023 (9,5 t) ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget, fordi vekten er registrert som «internt bytte». Denne vekten inngår i den ansattes grunnturnus, men er byttet med en annen dag, en annen kollega eller lignende. Det er dermed en vakt den ansatte er pliktig til å jobbe for å fylle sin arbeidsavtale. Timene som er arbeidet 6. og 7. september 2023 (9,5 t x 2) skal heller ikke medregnes, fordi disse timene ikke var en del av det opprinnelig kravet til arbeidsgiver som de mottok den 11. september 2023. Kommunen mener at tvisten må basere seg på dokumentasjonen i det opprinnelige kravet, og at ny timeliste som er levert i forbindelse med behandling i Tvisteløsningsnemnda, må avvises.

Merarbeidet er ikke utført jevnlig

Kommunen hevder at merarbeidet ikke er utført jevnlig da det er flere og lange opphold mellom ekstravaktene, som ikke skyldes ferie eller eget sykefravær. Merarbeidet er sporadisk og dermed ikke jevnlig.

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 fordi merarbeidet er utført jevnlig og at alle timene skal anses som arbeid utover avtalt arbeidstid.

Antall timer utover avtalt arbeidstid

A viser til at hun har jobbet 455,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. I turnusoversikt er vaktene 21. juni 2023 registrert som «internt bytte», og vaktene 6. og 7. september 2023 er registrert som «vikar vakant stilling/ sykdom». Vaktene 21. juni 2023 skal anses som arbeid utover avtalt arbeidstid fordi arbeidsgiver har betalt henne for timene hun var på jobb.

Merarbeidet er utført jevnlig

A hevder at i hennes faste turnus har hun vakter som er komprimerte, som gjør at hun ikke har hatt mulighet til å jobbe ekstra fordi det vil bli overtid.

Videre hevder A at uttak av ferie og sykefravær ikke skal regnes som opphold i beregningsperioden. I tillegg til at helligdager, ikke skal anses som opphold i perioden. Hun skal kun jobbe halvparten av de 12 helligdagene i året, og kan dermed ikke bli straffet for å ikke ha jobbet alle disse dagene.

I lys av dom fra Søndre Østfold tingrett av 18.10.2022, hevder A at det i jevnlighetsvurderingen må tas hensyn til stillingsbrøken hun har i bunn.

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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

I denne saken er partene uenige om hvilke timer som skal anses som arbeid utover avtalt arbeidstid og om merarbeidet er utført jevnlig.

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 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 448 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 (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2).

Kommunen har i timeskjema ført opp 429 timer, mens A har ført opp 455,5 timer merarbeid. Etter å ha summert timene registrert av A, finner nemnda at det anførte timeantallet er 457,5 timer. Differansen i timeantallet skyldes at A har tatt med timer som i timelisten er registrert som internt bytte av vakt (9,5t) og vikar (9,5t x 2). Timer som er en del av fast stilling, regnes ikke som arbeid utover avtalt arbeidstid. Nemnda har kommet til at vekten 21. juni 2023 er en del av ordinær turnus, og dermed er den avtalt arbeidstid. 9,5 timer tas ut av beregningsgrunnlaget. Videre legger nemnda til grunn at vaktene 6. og 7. september skal tas med i beregningsgrunnlaget ettersom disse vaktene inngår i tolvmånedersperioden.

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.

A har hevdet at helligdager ikke skal regnes som opphold i beregningsperioden, fordi hun kun kan jobbe halvparten av helligdagene i året. Stillingsutvidelse beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, fordi dette vil være den arbeidstiden som tilsvarer 100 prosent stilling. Nemnda kan ikke se at begrensninger i adgangen til å jobbe enkelte dager vil innvirke på det totale timeantallet for en 100 prosent

stilling. Etter nemndas syn må det legges til grunn at vakter og arbeidsdager normalt vil være tilrettelagt slik at årstimetallet vil være det samme uavhengig av fri- og helligdager.

Nemnda har i sin vurdering lagt vekt på at det er flere opphold i merarbeidet, selv når en ser bort fra ferieavvikling og enkeltdager med sykefravær, blant annet to lengre opphold på henholdsvis fem og åtte uker, og flere korte opphold på en til to uker. Det foreligger et visst merarbeid, men det er ikke tilstrekkelig jevnt fordelt utover beregningsperioden. I tre måneder, fra og med november 2022 til og med januar 2023, er det kun utført to merarbeidsvakter.

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

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

15. desember 2023