



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
22.12.2023

Vår referanse
2023/196

Saksbehandler
Anniken Sætran Hansen

VEDTAK NR 136/23 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 rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. A har rett til ytterligere 23,22 prosent stilling.

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 pleiemedarbeider i stilling på 20,31 prosent i B-kommune for tiden i hjemmesykepleien ved avdeling C. Før dette hadde hun fra 3. august 2020 til 31. august 2022 en stilling på 15,38 prosent, og fra 1. september 2022 til 31. mars 2023 en stilling på 25,23 prosent. I tillegg har A inngått en arbeidsavtale om tilkallingsvakter/ekstravakter fra og med 14. oktober 2022 til 31. oktober 2024.

Den 21. august 2023 krevde A stillingsutvidelse til 80 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Det ble avholdt et møte med kommunen, tillitsvalgt og A den 4. september 2023. Kommunen har tilbudt henne en stilling på totalt 48 prosent, som er medregnet hennes faste helgestilling på 20,31 prosent. A har takket ja til tilbudet og hun har hatt denne stillingen siden 1. november 2023.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda den 19. september 2023.

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

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 19. september 2023
- brev av 7. november 2023

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 4. oktober 2023
- brev av 6. oktober 2023
- brev av 20. oktober 2023
- brev av 16. november 2023
- brev av 24. november 2023
- brev av 18. desember 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B-kommune hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi deler av merarbeidet må holdes utenfor fordi det er avtalt arbeidstid, merarbeidet ikke er utført jevnlig og fordi det ikke lengre er behov for merarbeidet.

Deler av merarbeidet er avtalt arbeidstid

Vakter som er utført i perioder med ferieavvikling på sommeren, julen og påsken er avtalt arbeidstid og skal ikke inngå i beregningsgrunnlaget. Kommunen har i samarbeid med tillitsvalgte inngått en turnusprotokoll hvor det kommer frem at de ansatte i perioder tilknyttet jul, påske og sommer går ut av grunnturnus og over i en hjelpeturnus. Hvilke vakter den ansatte skal jobbe i disse periodene avtales mellom arbeidsgiver og arbeidstaker per e-post. Arbeidsgiver viser til e-post korrespondanse med A om vakter i forbindelse med jul 2022, påske 2023 og sommer 2023.

Videre hevder kommunen at vakter som er markert som «internt bytte» i timeregisteringsoversikten, ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, fordi dette er vakter A har jobbet for en annen vikar, da hun opprinnelig hadde fri. Det gjelder følgende vakter:

- 2.9.2023: 7 t
- 3.9.2022: 7 t og 30 min
- 8.1.2023: 7 t og 30 min
- 5.3.2023: 7 t og 30 min
- 5.8.2023: 7 t og 30 min

Kommunen viser videre til at planlagte merarbeidstider hvor A var syk, ikke skal inngå i beregninggrunnlaget. Det gjelder følgende vakter:

- 18.9.2022: 7 t og 30 min
- 27.10.2022: 8 t og 15 min
- 9.12.2022: 7 t
- 20.12.2022: 6 t og 30 min
- 27.12.2022: 6 t og 30 min
- 17.2.2023: 6 t og 30 min
- 25.2.2023: 7 t og 30 min
- 29.4.2023: 6 t 30 min

Merarbeidet er ikke jevnlig utført

A har arbeidet jevnlig utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Unntaket er da hun har fått utdelt turnus/ tildelt vakter for å være vikar for faste ansatte som har fri for ferie og høytid.

Om det fortsatt er behov for merarbeid

Virksomheten har fortsatt behov for merarbeid, men det foreligger kun dersom A jobber annenhver helg og med samme omfang av ubekvemme vakter som hun har jobbet.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har rett til stillingsutvidelse fordi alt merarbeidet skal regnes som arbeid utover avtalt arbeidstid.

I timeoversikt utfylt av A er det oppført totalt 1457,50 timer. Hun bemerker at hun har fylt inn alle timene hun har jobbet, både i hennes faste stilling og merarbeid, fordi verken hun eller lederen klarte å skille det fra hverandre. Hun viser til at hun har hatt ulik stillingsprosent i beregningsperioden, og i perioden fra 12. juni 2023 til og med 4. juli 2023 hadde hun ferie.

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 hvilke timer som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om merarbeidet er utført jevnlig og om behovet for A sitt merarbeid har bortfalt.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at arbeidstaker får medhold i at hun har krav på utvidet stilling.

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 21. august 2023. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 21. august 2022 til og med 20. august 2023.

Hvor mange timer har A arbeidet utover avtalt arbeidstid?

Nemnda har kommet til at A har arbeidet 849,50 timer utover avtalt arbeidstid i tolvånedersperioden.

Nemnda tar utgangspunkt i utfylt timeskjema og oversikt fra timeregisteringssystemet innsendt av arbeidsgiver, da denne skiller mellom avtalt arbeidstid og timer utover avtalt arbeidstid.

Arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende «faktisk arbeidstid». Beregningen skal derfor foretas på grunnlag av de timer arbeidstaker faktisk har arbeidet utover avtalt arbeidstid. Planlagte merarbeidstimer hvor arbeidstaker har hatt ferie, vært syk eller hatt permisjon med lønn holdes derfor utenfor beregningsgrunnlaget. Dette er også lagt til grunn i nemndas tidligere praksis, se for eksempel vedtak 154/20, 140/20 og 131/20. Nemnda trekker derfor fra 48,75 timer fra beregningsgrunnlaget på grunn av sykdom. Vakten 25. februar 2023 er en del av hennes faste arbeidsavtale og skal uansett ikke tas med i vurderingen.

Kommunen anfører at vakter som hun har jobbet for en annen vikar, da hun opprinnelig hadde fri, ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget. Nemnda vil bemerke at det er nettopp ekstravakter på grunn av uforutsett fravær som er ment å omfattes av bestemmelsen, og at ekstravaktene ikke kan tas ut av den grunn. Disse vaktene er dermed å anse som arbeid utover avtalt arbeidstid.

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 opplyst om at det utarbeides egne hjelpeturnuser for sommer, jul og påske, som innebærer at disse vaktene skal anses som avtalt arbeidstid og ikke inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda har i sin tidligere praksis, se eksempelvis vedtak 154/20 og 109/19, lagt til grunn at ferievikarvakter som inngikk i en forhåndsavtalt sommerturnus ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». I denne saken er det lagt frem turnusplan for sommer 2023 og påske som A har fått tilsendt i god tid for turnusene startet. Nemnda har kommet til at vaktene i turnusplanene skal anses som avtalt arbeidstid og skal tas ut av beregningsgrunnlaget. Vakter som A har jobbet sommeren 2023 utover det som er avtalt i turnusplanen, skal ikke anses som avtalt arbeidstid og skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Videre har nemnda kommet til at vaktene som er arbeidet sommeren 2022 og julen 2022, skal inngå i beregninggrunnlaget, da arbeidsgiver ikke har lagt frem tilstrekkelig turnusoversikt for disse periodene.

Nemnda har også kommet til at avtalen om tilkallingsvakter/ekstravakter for perioden 14. oktober 2022 til 31. oktober 2024, ikke er en slik midlertidig arbeidsavtale som forarbeidene viser til. Avtalen har ingen fastsatt stillingsstørrelse eller minimum antall vakter, og må anses som en rammeavtale som ikke gir arbeidstaker nødvendig forutsigbarhet.

Er merarbeidet utført jevnlig?

Nemnda har kommet til at merarbeidet 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 A har utført merarbeid hver måned i beregningsperioden. Videre har nemnda lagt vekt på at det ikke er store opphold i merarbeidet som er utført. Nemnda viser til at det lengste oppholdet er på fire uker og at hele oppholdet skyldes ferie. Utover dette er det få opphold med varighet på 1-2 uker, som er spredt jevnt utover i beregningsperioden.

Har B-kommune dokumentert at virksomheten ikke lenger har behov for A sitt merarbeid?

Nemnda har kommet til at B-kommune ikke har dokumentert at det ikke lenger vil være behov for A sitt merarbeid.

Arbeidsgiver må dokumentere at virksomheten ikke har behov for merarbeidet i tiden framover. Dette følger av lovens ordlyd og forarbeidene. Kommunen har kun opplyst at det vil være behov for As sitt merarbeid dersom hun jobber annenhver helg og med samme omfang av ubekvemme vakter som i dag.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedersperioden.

Utrekning av ny stillingsprosent

For å komme fram til riktig stillingsutvidelse må nemnda beregne hvor stor stillingsprosent merarbeidet utgjør i forhold til en full stilling. I en full stilling ville A arbeidet 1668,50 timer, når ferien A har rett til på (25 dager) er trukket fra. A sitt merarbeid er 849,50 timer og har dermed utført merarbeid tilsvarende 50,91 prosent stilling. Ettersom hun allerede har fått innvilget en utvidet stillingsprosent på 27,69 har hun dermed rett på ytterligere 23,22 prosent.

Konklusjon

A har rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. A har rett til ytterligere 23,22 prosent stilling.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

22. desember 2023.