



Vedtaksdato
18.12.2023

Vår referanse
2023/198

Saksbehandler
Katarina Torrissen Revang

VEDTAK NR 138/23 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 en stilling på 87,64 prosent.

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 helsefagarbeider i stilling på 66 prosent i B-kommune ved Omsorg nord, for tiden ved C bo- og servicesenter.

Den 6. august 2023 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Hun krevde å få 79 prosent fast stilling, som er en 13 prosent økning fra stillingen hun har i dag. A viste til at hun har jobbet 383,25 timer ekstra de siste tolv månedene. Beregningen var gjort ut fra merarbeid utført fra 22. august 2022 til og med 20. august 2023.

B-kommune avsto kravet i brev av 11. september 2023, og begrunnet avslaget med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i beregningsperioden. De viste til at A hadde sju opphold med varighet på mellom 18 og 28 dager i perioden som var blitt lagt til grunn for kravet.

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 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
- brev av 8. november 2023

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 29. september 2023
- brev av 5. oktober 2023
- to brev av 8. november 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B-kommune hevder at A ikke kan få 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 361 timer merarbeid i tolv månedersperioden.

Arbeidsgiver viser til at 22,25 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:

- 3 timer den 23. august 2022
- 7,5 timer 10 oktober 2022
- 7,5 timer den 13. oktober 2022
- 1 time den 8. november 2022
- 3,25 timer 29. november 2022

Merarbeidet er ikke utført jevnlig

Kommunen viser til at A har hatt flere og lange opphold mellom ekstravaktene, som ikke skyldes sykefravær eller ferie. Kommunen mener at ekstraarbeidet fremstår som sporadiske og at det ikke er jevnlig merarbeid. Videre tilbakeviser kommunen på det sterkeste at de har brukt ferie og sykefravær som opphold i vurderingen av jevnligheten.

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 å få sin 66 prosent stilling utvidet med 13 prosent etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a fordi hun jevnlig har utført 383,25 timer merarbeid i tolv månedersperioden.

Timer til avspasering skal inngå i beregningsgrunnlaget

A mener at timer til avspasering skal inngå i beregningsgrunnlaget. Arbeidstaker viser til at kommunen i oktober og november 2022 har leid henne inn til å jobbe ekstra 19,25 timer. Arbeidstaker presiserer at hun har fått utbetalt kveldstillegg, nattillegg og ansvarstillegg på disse vaktene, noe som betyr at A har hatt ekstra betalt fordi det ikke har vært sykepleier på vakt, og hun derfor har hatt hovedansvaret på vakten.

Merarbeidet er utført jevnlig

A viser til at hun i sin faste turnus har komprimerte vakter, og at hun har uker i turnusen hvor hun ikke kan jobbe ekstra uten at det vil bli overtid. A mener det er feil av arbeidsgiver å regne disse ukene som opphold i merarbeidet, og det samme gjelder avviklet ferie og sykefravær. A understreker at hun har krav på å få avviklet ferie, og skal være tvunget til å jobbe ekstra for å oppfylle jevnlighetskravet. Videre er arbeidstaker av den oppfatning at arbeidsgiver har brukt perioder der det er røddager som opphold, og at dette er feil.

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 vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget, herunder om totalt 22,25 timer som er oppført til avspasering, skal trekkes ut av beregningsgrunnlaget. Videre er partene uenige om merarbeidet er utført jevnlig i tolvmånedersperioden.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at arbeidstaker 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 6. august 2023. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 6. august 2022 til og med 5. august 2023.

Hvor mange timer har A arbeidet utover avtalt arbeidstid?

Nemnda har kommet til at A har arbeidet 361 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).

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.

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 22,25 timer, skal trekkes ut av beregningsgrunnlaget. Etter fradrag fra disse gjenstår det 361 timer merarbeid i beregningsperioden.

Er merarbeidet utført jevnlig?

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

Det er et vilkår at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlige» 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 kalendermåned i tolv månedersperioden, bortsett fra august 2023, som kun utgjør fem dager. I disse dagene avvirket A ferie. Videre har nemnda lagt vekt på at det ikke er store opphold i merarbeidet som er utført. Nemnda viser til at det lengste oppholdet i perioden er på ca. fire uker, og at store deler av oppholdet har årsak i ferie og sykefravær. Utover dette er det etter nemndas syn ingen opphold av betydning mellom vaktene. Nemnda viser til at det er snakk om totalt seks opphold av relativt kort varighet (18-22 dager), som er spredt jevnt utover beregningsperioden.

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 1846 timer, når ferien A har rett til på (25 dager) er trukket fra. A sitt merarbeid er 361 timer. A har dermed utført merarbeid tilsvarende 21,64 prosent stilling og dette er utvidelsen A har rett til.

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 rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. A har rett til en stilling på 87,64 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

18. desember 2023