

Félag háskólamenntaðra starfsmanna Stjórnarráðsins  
B.t. Ólafs Grétars Kristjánssonar formanns

Reykjavík, hinn 15. desember 2004

**Efni: Álit laganefndar vegna erindis FHSS er varðar skuldajöfnun áunnins orlofs við „ónóg“ skil á yfirvinnu**

## I

Vísað er í bréf yðar, dags. 21. júní sl., þar sem Félag háskólamenntaðra starfsmanna Stjórnarráðsins (FHSS) óskar eftir formlegu, lögfræðilegu álitu um tilhögun starfsloka LBJ eins og nánar er rakið í kjölfarið.

## II

### Gögn málsins

Bréfi yðar fylgdu eftirfarandi fylgiskjöl í afriti:

1. Ráðningarsamningur LBJ og Ríkisbókhalds, dags. 24. janúar 2002, í starf sem viðskiptafræðingur.
2. Ráðningarsamningur LBJ og Ríkisbókhalds, dags. 23. október 2001, í starf sem viðskiptafræðinemi.
3. Útprint tölvuskeytis frá „GHHall“ fjársýslustjóra frá 9. janúar 2004 til Rutar Rútsdóttur og afrit til LBJ og Péturs Jónssonar um umdeilt samkomulag.
4. Bréf formanns FHSS til fjársýslustjóra, dags. 12. mars 2004.
5. Bréf fjársýslustjóra til formanns FHSS, dags. 22. mars 2004.

Einnig liggja fyrir eftirfarandi gögn um málið:

- a) Tölvuskeyti formanns FHSS frá 20. janúar 2004. Í kjölfarið bárust sömu gögn og greind eru í tölulíðum 1 og 3 hér að ofan. Bárust þau 28. janúar 2004.
- b) Tölvuskeyti framkvæmdastjóra BHM sama dag, 28. janúar 2004, þar sem gefið er óformlegt álit út frá þeim gögnum sem þá lágu fyrir.
- c) Tölvuskeyti formanns FHSS frá 13. apríl 2004.
- d) Minnisblað um mál LBJ sem fylgdi tölvuskeyti frá 13. apríl 2004.
- e) Svarekeyti framkvæmdastjóra frá 14. apríl 2004 þar sem vísað er í óformlegt álit frá 28. janúar 2004.
- f) Tölvuskeyti formanns FHSS frá 14. apríl 2004.
- g) Tölvuskeyti formanns FHSS frá 10. maí 2004.
- h) Svarekeyti undirritaðs frá 10. maí 2004.
- i) Formlegt lögfræðilegt álit Gísla Tryggvasonar hdl. frá 21. ágúst 2004.

### III

#### Málsatvik og ágreiningsefni

Ágreiningsefninu er lýst svo í bréfi yðar að Fjársýslan hafi tekið áunnið orlof LBJ upp í „ónóg skil á yfirvinnu sem stofnunin taldi að L skuldaði þar með.“ Orðalagið „ónóg skil á yfirvinnu“ er fengið úr fskj. 3. Um málsatvik vísast að öðru leyti til ofangreindra gagna.

Ekki er deilt um styttingu uppsagnarfrestsins sem Fjársýslan féllst á að beiðni LBJ. Sú stytting er hins vegar í bréfi fjársýslustjóra (fskj. 5) tengd samkomulaginu með óbeinum hætti.

Ekki virðist heldur deilt um um vinnuskil LBJ heldur er álitamálið aðeins

- A) hvort unnt er að telja starfsmann í skuld vegna ónógra skila á yfirvinnu og
- B) hvort heimilt er í gefnu falli að skuldajafna þeirri „skuld“ við áunnið og ótekið orlof.

Hið *lagalega* álitamál má að þessu leyti telja tvíþætt.

Eina álitamálið um *staðreyndir* virðist þá hið sama og fjallað er um í óformlegu álitni Gísla Tryggvasonar 28. janúar 2004, sbr. gagn b). Þar er komist að þeirri niðurstöðu í 1. tl. að líklegt sé (ef á málið reynir fyrir dómi) að Fjársýslunni takist sönnun um að LBJ og Fjársýslan hafi komist að samkomulagi eins og lýst er í tölvuskeyti fjársýslustjóra frá 9. janúar 2004 (fskj. 3). Ekki verður séð af gögnum málsins að því hafi verið mótmælt að samkomulag hafi tekist og í minnisblaði (gagn d) segir að hún hafi í orði kveðnu fallist á samkomulagið við Fjársýsluna. Niðurstaðan í álitni þessu er því enn fremur sú að um samkomulag hafi verið að ræða. Um hugsanlega nauð gagnvart LBJ verður fjallað í tengslum við álitamál um ógildanleika sammkomulagsins.

Samkomulagið sem virðist því hafa komist á er að áunnið orlof til þess dags, 9. janúar 2004 (44 stundir), og orlof sem ávinnist til umsaminnna starfsloka, 28. febrúar 2004 (28 stundir), alls 72 stundir, gangi upp í „ónóg skil hennar á yfirvinnu á árinu 2003 (sem eru ca 114 tímar). Með þessu er samkomulag um að hún skuldi ekkert vegna ársins 2003, en á móti á hún ekkert áunnið orlof í lok starfstímans.“ Mismunurinn er 42 stundir – Fjársýslunni í óhag standist samkomulagið.

### IV

#### Forsendur

##### *A) Er unnt að telja starfsmann í skuld vegna ónógra skila á yfirvinnu?*

Nokkrar tegundir yfirvinnu virðast tíðkast:

1. Upphaflega er yfirvinnutaxti samkvæmt kjarasamningum ætlaður fyrir *unna, mælda yfirvinnu* og er það væntanlega algengasta ástæðan fyrir greiðslu yfirvinnu.
2. Lengi hefur tíðkast – vegna þröngra launaramma fyrir dagvinnu í kjarasamningum – greiðsla fyrir *óunna yfirvinnu* og lýtur hún a.m.k. að sumu leyti sömu lögmálum og greiðsla fyrir dagvinnu samkvæmt kjarasamningum, sbr. dóm Hæstaréttar frá 7. nóvember 2000 í máli nr. 240/2002, sem BHM rak. Önnur yfirvinna er þá greidd þannig að hver unnin stund bætist við hina óunnu og óreglulegu – nema yfirvinnubann eða yfirvinnubak sé jafnframt fyrir hendi.
3. Greiðsla fyrir *ómælda yfirvinnu* þannig að föst greiðsla sé greidd sem nemur tilteknum yfirvinnustundafjölda sem stundum er unninn að einhverju eða öllu leyti
  - a) ýmist aðeins þegar unnið er en felld niður í orlofi eða

b) alla 12 mánuði ársins.

Er frekari yfirvinna þá greidd – nema yfirvinnubann eða yfirvinnuþak sé jafnframt fyrir hendi.

4. *Fastlaunasamningar* þannig að greidd sé mánaðarlega

- tiltekin fjárhæð,
- væntanlega byggð á tilteknum fjölda yfirvinnustundafjölda samkvæmt kjarasamningsbundnum taxa en
- aðskilin frá dagvinnulaunum sem er sérstök tala samkvæmt kjara- og stofnanasamningi.

Ef fastlaunasamningur er með þessum hætti hefur hann stoð í ákvæði 1.5.4 í kjarasamningum aðildarfélaganna BHM við ríkið og *þá er frekari yfirvinna ekki greidd* og er hann þannig frábrugðinn greiðslu fyrir óunna (2. tl.) og ómælda (3. tl.) yfirvinnu.

5. *Þóknanaeiningar*. Undanfarið hefur heyrst af og jafnvel færst í vöxt að hluti dagvinnu eða yfirvinnu sé greiddur með svonefndum þóknanaeiningum. Ekki liggur fyrir hvort þar er um að ræða þóknunir samkvæmt ákvörðun þóknanaeiningar fyrir nefndarstörf en ekki verður séð að slíkt fyrirkomulag standist lög og kjarasamninga enda eigi slíkar greiðslur aðeins að koma fyrir tiltekin nefndarstörf. Án þess að á það hafi reynt eða formlega hafi verið óskað eftir álitum þar um þá telur laganefnd líklegt að reglur um greiðslur í sjóði, launaútreikninga, veikindarétt og lífeyrisrétt koma í veg fyrir slíkt fyrirkomulag – sem engin hefð er fyrir. Hafa einstök aðildarfélög BHM amast við slíku fyrirkomulagi.

6. *Ársyfirvinna*. Í Stjórnarráðinu og fleiri miðlægum stofnunum ríkisins virðist ekki aðeins tíðkanlegt að hafa fastlaunasamninga með þeim skilyrðum og heimildum sem rakið er að ofan heldur virðist tíðkað að *semja um fasta yfirvinnu á ársgrundvelli sem að einhverju leyti beri að vinna* þannig að til vinnuskuldar geti stofnast. Ekki liggur fyrir á hvaða lagaheimild eða ákvæði kjarasamnings slíkt fyrirkomulag er talið byggt. Ekki er kunnugt um langa hefð fyrir slíku. Samkvæmt ákvæði 2.1.1 og 2. gr. laga nr. 88/1971 um 40 stunda vinnuviku, sbr. 1. gr. 1. 25/1979, er vinnuvika starfsmanns í fullu starfi 40 stundir. Samkvæmt báðum ákvæðunum er heimilt að semja um *skemmri* vinnutíma eða vinnuviku. Þá er samkvæmt 2. málslíð ákvæðis 2.1.1 heimilt að semja um tilflutning vinnuskyldu milli vikna eða árstíða. Samkvæmt því mætti gagnalykta svo að **óheimilt sé að semja fast um lengri vinnuviku eða lengri vinnutíma á ársgrundvelli**. Vinnuskyldu – þannig að um vanskil af hálfu starfsmanns geti verið að ræða – verður því að takmarka við fastar 40 stundir á viku eða að meðaltali 40 stundir á viku og síðan óreglulega yfirvinnu sem ákveðin er eftir öðrum reglum og innan marka samnings um ákveðna þætti er varða skipulag vinnutíma frá 23. janúar 1997 sem BHM og ríkið eru meðal aðila að. Ákvæði 17. gr. laga nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins (stml.) virðist einnig byggt á þeirri forsendu að yfirvinnuskylda sé ekki ákveðin fast fyrir lengri tíma heldur *hverju sinni* eftir þörfum og aðstæðum, almennt að hámarki 20% (eða um 35 stundir á mánuði).

Ekki virðist í þessu máli reyna á þóknanaeiningar, sbr. 5. tegund yfirvinnu hér að ofan, sem voru umsamdar 10 (fskj. 2) og síðan 30 (fskj. 1). Þó að fastar yfirvinnugreiðslur á mánuði, 20 talsins (fskj. 1 og 2), séu innan framangreinds hámarks 17. gr. stml. fer lögmæti þeirra eftir því hvers kyns yfirvinnugreiðsla þetta er; ef um væri að ræða óunna eða ómælda yfirvinnu væri enginn vafi. Ekki virðist um að ræða fastlaunasamning skv. 4. tl. enda er ekkert kveðið á um það í ráðningarsamningi frá 24. janúar 2002 að um sé að ræða fastlaunasamning eða það meginatriði hans að yfirvinna umfram 20 stundir verði ekki greidd. Ummæli í bréfi fjársýslustjóra, dags. 22. mars 2004, hljóta því að byggjast á annars konar hugtakanotkun en

hér er beitt. Af atvikum má ráða að Fjársýslan telur umsamda yfirvinnu í raun falla undir það sem í 6. tl. hér að ofan er nefnt ársyfyrvinna, þ.e. að vinnuskylda fylgi greiðslunni þannig að til skuldar geti stofnast. Með vísan í framangreind ákvæði laga og kjarasamninga *telur laganefnd þetta fyrirkomulag líklega óheimilt og mjög líklega þar sem Fjársýslan telur greinilega að skuld geti færst milli ára* eins og í tilviki LBJ. Styðst sú niðurstaða við áðurtilvitnuð efnisákvæði en niðurstaðan hefur einnig stoð í þeim formreglum sem um getur í 4. tl. reglna nr. 351/1996 um form ráðningarsamninga og skyldu til að upplýsa starfsmenn um ráðningarkjör; telja verður að slík veruleg vanræksla á skriflegri upplýsingaskyldu stjórnvalds geti bæði haft áhrif á efnislega niðurstöðu og varðað skaðabótum. Skiptir ekki meginmáli þótt Fjársýslan telji sig geta sannað munnlegt samkomulag um annað.

## V

### Niðurstaða

Svar við því hvort unnt sé að telja starfsmann í skuld vegna ónógra skila á yfirvinnu er neikvætt og afdráttarlaust nei ef skuldin er látin færast milli ára. Slík niðurstaða stenst ekki kjarasamninga og tilvitnuð lög um ákvörðun vinnu og réttarvernd starfsmanna og er því ógild skv. 24. gr. laga nr. 94/1986 um kjarasamninga opinberra starfsmanna og meginreglu 7. gr. laga nr. 88/1971 um 40 stunda vinnuviku. Munnlegt samkomulag LBJ og Fjársýslunnar, sem fjársýslustjóri telur fyrir hendi – um að 80% yfirvinnu í ráðningarsamningi frá 24. janúar 2002 skuli unnin – er ógilt.

Þá má til frekari stuðnings nefna að í minnisblaði formanns FHSS (gagn d) um málið sem sent var Gísla Tryggvasyni framkvæmdastjóra á fyrri stigum kemur fram að ástæða minni vinnuskila á árinu 2003 hafi verið fjarvera vegna veikinda LBJ (28 dagar) og veikinda barns (7 dagar) en ekki verður annað séð en að sú fjarvera sé innan marka launaðra fjarvista skv. 12. kafla kjarasamninga FHSS og ríkisins. Samkvæmt ákvæði 12.2.7 ber að greiða meðaltal yfirvinnustunda í lengri veikindum.

### ***B) Er heimilt í gefnu falli að skuldajafna þeirri „skuld“ við áunnið og ótekið orlof.***

Þarf þá ekki að leita svara við síðari spurningunni, þ.e. hvort heimilt sé í gefnu falli að skuldajafna þeirri „skuld“ við áunnið og ótekið orlof. Ef framangreind niðurstaða stæðist hins vegar ekki væru samt sem áður líkur til þess samkvæmt 2. og 8. gr. laga nr. 30/1987 um orlof að slík skuldajöfnun væri óheimil, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar frá 11. maí 2000 í máli nr. 473/1999. Þá má einnig líta til óskráðra reglna um endurheimtu ofgreiddra launa sem styðja þessa niðurstöðu.

Hvað sem framangreindu líður er líklegt að LBJ ætti rétt á hliðrun samkomulags skv. 36. gr. laga nr. 7/1936 um sammingsgerð, umboð og ógilda löggerninga með síðari breytingum eða skaðabótarétt eins og rakið er í álitinu mínu frá 28. janúar 2004 (gagn b).

Bréf FHSS til Fjársýslunnar var sent innan hálf mánaðar frá starfslokum LBJ og um tveimur mánuðum eftir samkomulag aðila og verður því að telja að Fjársýslan geti ekki borið fyrir sig tómlæti enda má skilja af gögnum málsins að málinu hafi síðan verið haldið opnu með viðræðum sem ekki hafa borið árangur.

## VI

### Lokaorð

Miðað við afstöðu Fjársýslunnar við endurtekin erindi FHSS verður að teljast líklegt að stofnunin vilji láta reyna á málið fyrir dómstólum. Bryn þörf er á því að leysa úr álitamáli um takmörk og gildi fastlaunasamninga á borð við þann sem hér um ræðir og er kunnugt um að sambærileg álitamál hafa risið víðar í miðlægum stofnunum ríkisins. Stjórn og miðstjórn BHM leggja mat á hvort álitamálið telst hafa nægilega almenna þýðingu til þess að BHM kosti málsókn.

Virðingarfyllt,  
f.h. laganefndar BHM

Halldóra Friðjónsdóttir,  
formaður BHM