

VEDTAK NR 125/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte 30. september 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due (vara for Henning Harborg), leder
Lornts Nagelhus (vara for Silje Hassellund Solberg), LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Gry Brandshaug Dale, KS
Hallfrid Kristoffersen, Fagforbundet

Saken gjelder

Twist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som hjelpepleier i stilling på 46,71 prosent i hjemmesykepleien, B kommune.

A fremsatte 18. februar 2015 krav om økt stilling tilsvarende utført merarbeid de siste 12 månedene på grunnlag av arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo kravet i brev av 26. mai 2015. Begrunnelsen for avslaget var at A ikke har arbeidet jevnlig utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden.

Full stilling som hjelpepleier utgjør 1846 timer per år. Fratrukket 5 uker ferie utgjør dette 1668,5 timer per år. Dokumentasjon som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 404,5 merarbeidstimer i perioden 18. februar 2014 til 17. februar 2015.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 11. juni 2015.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 11. juni 2015
- brev av 16. juni 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 28. august 2015
- brev av 15. juli 2016
- e-post av 14. september 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun jevnlig har utført merarbeid i opptjeningsperioden og at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at arbeidstaker ikke har utført merarbeid jevnlig i opptjeningsperioden. Det er tre perioder på henholdsvis 2 ½, 9 ½ og 5 uker der det ikke har vært utført merarbeid. Det påpekes også at 4. oktober 2014 deltok arbeidstaker på kurs i 1,5 timer og arbeidet derfor ikke ekstra. Merarbeidet har etter dette ikke den stabilitet som forarbeidene gir anvisning på og merarbeidet fremstår i det store og hele ikke som en etablert praksis i tolv månedersperioden.

Videre vises det til at 102,75 timer var innleie som ferievikar i opptjeningsperioden. Dette behovet oppstår ikke jevnlig fordelt utover året, men er primært konsentrert omkring sommerhalvåret. Det vises også til at all innleie på «engasjement» i opptjeningsperioden var innleie i forbindelse med spesielle behov hos en enkelt pasient som fikk innvilget flere timer med personlig assistent. Dette behovet opphørte høsten 2014.

Tvistløsningsnemndas merknader

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-4 a (2).

Arbeidsmiljøloven § 14-4 a fastsetter at 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.

A fremsatte sitt krav 18. februar 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed 18. februar 2014 til 17. februar 2015.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder først og fremst hvorvidt merarbeidet til A har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet byr på en konkret og skjønnsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige.

Det fremkommer av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-1013) at merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet vil være sentrale momenter i vurderingen av jevnlighetskriteriet. Slik nemnda ser det, vil disse tre momentene i noen grad gripe inn i hverandre. Uten en viss hyppighet, vil f.eks. merarbeidet heller ikke få nevneverdig omfang eller stabilitet. Med unntak for perioder der forhold på arbeidstakers side gjør det umulig, må det være utført et visst merarbeid gjennom hele opptjeningsperioden, men det kan ikke stilles bestemte krav til at arbeidet er utført ukentlig e.l. For at «*merarbeidet i det store og hele fremstår som en etablert praksis*», er det tilstrekkelig at det har forekommet slikt merarbeid gjennom hele opptjeningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver. For øvrig vises det til vedtak 20/16, hvor nemnda har gitt en utførlig beskrivelse av sitt syn på forståelsen av jevnlighetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Vurderingen av jevnlighetskriteriet er en utpreget skjønnsmessig vurdering. Nemnda har derfor i sin tidligere praksis ikke fastsatt en absolutt, kvantitativ grense for hvor lange opphold uten merarbeid kan være før jevnlighetskriteriet ikke er oppfylt. Etter nemndas oppfatning er det forholdsvis klart at ett eller flere opphold på to uker uten merarbeid ikke alene vil være tilstrekkelig til at jevnlighetskriteriet ikke er oppfylt.

Dokumentasjon som er forelagt nemnda viser at A har tre lengre perioder uten merarbeid. Disse periodene er på tre uker, i underkant av ti uker og fem uker. Det er ikke opplyst at det foreligger noen spesiell grunn for oppholdene. Nemnda kan dermed ikke se at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i opptjeningsperioden. Merarbeidet fremstår etter en helhetsvurdering ikke jevnlig og det kan ikke legges til grunn at det representerer en etablert praksis som fyller lovens krav.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 10.10.2016

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (2). Nemndas konklusjon står ved lag mens saken er til behandling ved domstolene. Dersom dette vil virke urimelig, kan retten etter krav fra en av partene fastsette en annen midlertidig ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolene er åtte uker regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).