

VEDTAK NR 156/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte 10. februar 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Mårten Brandsnes Faret, KS
Arne Løseth, Fagforbundet

Saken gjelder

Tvist 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 50 prosent i hjemmesykepleien, B kommune.

A fremsatte 14. januar 2015 krav om 70 prosent stilling med grunnlag i arbeidsmiljøloven § 14-4 a, stillingsutvidelse tilsvarende utført merarbeid de siste 12 måneder.

Kravet ble avvist av B kommune i brev av 19. februar 2015. Begrunnelsen for avslaget var at B kommune ikke har økonomi til å utvide stillinger, at sykefraværet har gått ned i helsesektoren og derav at behovet for merarbeid er redusert.

A har regnet ut at hun har arbeidet ca. 17,1 prosent utover sin stilling i perioden 1. januar 2014 til 1. januar 2015. A var sykemeldt frem til 14. februar 2014.

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 364,75 merarbeidstimer i perioden 14. januar 2014 til 13. januar 2015.

Etter beregningsperioden har A hatt et vikariat som helsefagarbeider på 28,2 prosent i perioden 23. februar 2015 til 17. mai 2015.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 13. mars 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 13. mars 2015
- e-post av 29. april 2015
- brev av 1. juni 2015
- tre e-poster av 2. desember 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 30. april 2015
- e-post av 27. november 2015
- to eposter av 2. desember 2015
- to eposter av 3. desember 2015
- brev av 4. januar 2016
- e-post av 20. januar 2016
- e-post av 2. februar 2016
- e-post av 10. februar 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun jevnlig har utført merarbeid i perioden januar 2014 til januar 2015 og at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører at de er i en omstillingsprosess og må foreta nedbemanninger i blant annet pleie, omsorg og rehabiliterings avdelingen. På bakgrunn av dette avvises krav om utvidet stilling. Videre har sykefraværet gått ned i kommunen, og de har grunn til å tro at fraværet vil fortsette å gå ytterligere ned. Behovet for innleie av vikar er dermed sterkt redusert.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist 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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav 14. januar 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 14. januar 2014 til 13. januar 2015.

Dokumentasjon som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 364,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, idet det vil være den arbeidstiden som tilsvarer 100 prosent stilling. Brutto arbeidstid i arbeidstakers stilling er oppgitt å være 1846 timer per år med en ukentlig arbeidstid på 35,5 timer i snitt. Etter fradrag for fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer. As merarbeid på 364,75 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 21,86.

Arbeidsgiver har ikke bestridt at A jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid gjennom opptjeningsperioden, men har anført at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger og at A derfor ikke har krav på økt stilling. Dette er en av de første sakene der nemnda tar stilling til unntaksbestemmelsen og vil derfor vise til sak 129/16, hvor nemnda ga en mer utførlig redegjørelse for sine synspunkter.

I vedtak 129/16 la nemnda til grunn at det avgjørende vil være om arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver tok stilling til arbeidstakers krav eller at en sannsynlig utvikling i nær fremtid vil kunne ha samme virkning. Arbeidsgiver har anført at kommunen er i en omstillingsprosess og må foreta nedbemanninger i blant annet pleie, omsorg og rehabiliterings avdelingen, det anføres at sykefraværet har gått ned i kommunen og de har grunn til å tro at fraværet vil fortsette å gå ytterligere ned. Nemnda må derfor ta stilling til hvorvidt kommunen i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for As merarbeid var bortfalt på avslagstidspunktet eller at det var sannsynlig at behovet ville bortfalle i nær fremtid.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid. (...) Departementet finner det ikke hensiktsmessig å fastsette konkrete krav til hvilken dokumentasjon som arbeidsgiver må legge fram. Arbeidsgiver vil i praksis måtte fremlegge informasjon som gjør det mulig for arbeidstaker og eventuelt Tvisteløsningsnemnda å etterprøve. Det avgjørende vil være hvorvidt og i hvilken grad arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har behov for merarbeidet i tiden framover.

På s. 86 heter det:

Arbeidsgiver må i tilfelle legge fram konkret dokumentasjon som kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har samme behov for merarbeidet.

I denne saken har partene kun fremlagt oversikter over arbeidstakers merarbeid i opptjeningsperioden. Planlagte nedbemanninger reiser spørsmål både om hvor konkrete nedbemanningsplanene er, hvor langt i prosessen man må ha kommet, og hvordan nedbemanningen vil påvirke den konkrete arbeidstakeren og dennes avdeling eller virksomhet, derunder om nedbemanningen vil medføre redusert behov for merarbeid.

B kommune har vist til at de står på den såkalte ROBEK-lista, at de har svak økonomi, og at de derfor er tvunget til å gjennomføre sparetiltak i inneværende og kommende budsjettår.

I vurderingen av saken har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, Harborg, Solberg og Løseth, har vanskeligheter for å se at slike generelle behov eller planer kan ha nevneverdig vekt i de konkrete sakene om stillingsutvidelser etter § 14-4 a. For at nedbemanningsplaner skal ha betydning i saken nemnda skal avgjøre, må de etter flertallets oppfatning ikke bare fremstå som målsetninger, men være konkrete og allerede under behandling på tidspunktet for arbeidsgivers avslag. Videre må den planlagte nedbemanningen redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der merarbeidet som har utløst kravet på økt stilling, er utført.

Flertallet understreker videre at nedbemanningen, for å være relevant, må ha som virkning at behovet for merarbeid reduseres. Det er på det rene at nedbemanning i forarbeidene trekkes frem som et tiltak som *kan* medføre redusert behov for merarbeid. Sammenhengen er imidlertid for flertallet ikke helt intuitiv. Der nedbemanningen er et ledd i nedskalering av en virksomhet, dvs. at den samlede aktivitet eller arbeidsoppgaver ved en virksomhet skal reduseres, ser flertallet at behovet for merarbeidet lett kan bli mindre. Arbeidsgiver synes ikke å ha som ambisjon å redusere tilbudet innenfor helse- og pleiesektoren eller andre lovpålagte oppgaver, men ønsker – av økonomiske grunner – å redusere antallet faste stillingshjemler. Det er for flertallet vanskelig å se hvordan slike nedbemanninger kan *redusere* behovet for merarbeid, i alle fall uten at det kan påvises tiltak med slik effekt. Tvert imot fremstår det mer

sannsynlig at behovet for merarbeid *øker* der oppgavene er de samme, men grunnbemanningen lavere.

Nemndas flertall kan ikke se at arbeidsgiver i denne saken har dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt eller redusert på tidspunktet for avslaget på As krav. Flertallet kan ikke se at de påberopte nedbemanningsplanene var tilstrekkelig konkrete eller kunne forventes å medføre redusert behov for merarbeid. Den påberopte nedgangen i sykefravær inntrådte, i alle fall i hovedsak, etter at arbeidsgiver avslo As krav.

As merarbeid på 364,75 timer tilsvarer en stillingsprosent på 21,86. Etter en konkret helhetsvurdering av sakens dokumenter har nemndas flertall kommet til at A gis rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 21,86.

Nemndas mindretall, medlemmene Strøm og Faret, mener det fremkommer av sakens dokumenter at B kommune siden 2014, har hatt økonomiske utfordringer som har medført at kommunen er satt under kostnadsstyring fra fylkesmannen. Kommunen har utarbeidet en forpliktende plan som må gjennomføres i perioden 2015-2016. I dette inngår blant annet en gjennomgang og reduksjon av stillinger i kommunen. Etter drøftelser med de tillitsvalgte i kommunen er det besluttet at området pleie, omsorg og rehabilitering skal reduseres med ca. 20 årsverk. I tillegg er sykefraværet redusert fra 17,95 % til 11,62 % i første kvartal 2015 og det er grunn til å tro at det vil gå ytterligere ned.

Mindretallet har således etter en konkret helhetsvurdering kommet til at kommunen i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger. Merarbeidet kan således ikke anses som et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for As arbeidskraft. Mindretallet finner at arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke gir A rett til ytterligere stillingsutvidelse for hennes merarbeid i beregningsperioden.

Etter mindretallets oppfatning er det fullt mulig å organisere og effektivisere driften i kommunale virksomheter, uten at tjenestetilbudet av den grunn reduseres. Mindretallet mener arbeidsgiver i denne saken på bakgrunn av ovennevnte må sies å ha sannsynliggjort at behovet for merarbeid var bortfalt på tidspunktet for avslaget på As krav.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 21,86 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 31.10.2016

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).