

VEDTAK NR 129/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda 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

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 omsorgsarbeider i 40, 96 prosent stilling, ved pleie-, rehabiliterings- og omsorgstjenesten i B kommune. I tillegg er han ansatt som tilkallingshjelp utover avtalt turnus.

A fremsatte 30. januar 2015 krav om 100 prosent stilling, med grunnlag i arbeidsmiljøloven § 14-4 a, stillingsutvidelse tilsvarende utført merarbeid de siste 12 måneder.

Kravet ble avvist av B kommune ved brev av 23. februar 2015. Begrunnelsen for avslaget var at B kommune ikke har økonomi til å utvide stillinger, at sykefraværet er gått ned i helsesektoren og derav at behovet for merarbeid er redusert.

Full stilling som fagarbeider utgjør 1846 timer per år. Fratrasket fem uker ferie utgjør dette 1668,5 timer per år. Vaktoversikt og oppgitt timeantall fra A viser at han har arbeidet omtrent 476,25 merarbeidstimer i perioden 30. januar 2014 til 29. januar 2015. A har opplyst at han har arbeidet mer enn 100 prosent i 2014, men at dette ikke fremkommer av vaktoversikten fordi den ikke ble ført like nøyaktig tidligere. Arbeidsgiver har fremlagt oversikt som viser at A har utført 1127,5 merarbeidstimer i perioden fra og med februar 2014 til 29. januar 2015.

Etter opptjeningsperioden har A hatt følgende vikariater i tillegg til sin faste stilling:

- 19,37 prosent i perioden 23. februar 2015 til 17. mai 2015 og et engasjement på 3,52 prosent i samme periode.
- 39,91 prosent i perioden 22. mai 2015 til 6. august 2015
- 30,52 prosent i perioden 2. november 2015 til 3. januar 2016.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 11. 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 11. mars 2015
- to e-poster av 1. desember 2015
- brev av 2. desember 2015 (utskrift av vaktoversikt fra «mingat»)
- e-post av 29. desember 2015
- e-post av 19. januar 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

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

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han har arbeidet mer enn 100 prosent i perioden januar 2014 til januar 2015 og at han har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Videre anfører A at han har fortsatt å arbeide utover avtalt arbeidstid etter merarbeidsperioden.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører at de er i en omstillingsprosess og må foreta nedbemanninger i blant annet pleie, omsorg og rehabiliteringsavdelingen. 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.

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

A fremsatte sitt krav 30. januar 2015 og anfører at han har arbeidet over 100 prosent i 2014, og har med det fremlagt krav om 100 prosent stilling. Etter § 14-4 a (1) annen setning skal tolv månedersperioden «beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremsatte sitt krav». Den relevante perioden i denne saken er derved 30. januar 2014 til 29. januar 2015.

Arbeidstaker har anført at han har arbeidet mer enn 100 prosent i 2014 og at han har fortsatt å utøve merarbeid i 2015, samt innehatt flere kortere vikariater. På bakgrunn av fremlagt dokumentasjon har nemnda lagt til grunn at arbeidstaker har utført 1127,5 merarbeidstimer i perioden 30. januar 2014 til 29. januar 2015. Dette tilsvarer en stillingsprosent på 67,57.

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. Nemnda vil derfor, som i sak 20/16, på bakgrunn av diskusjonen i denne saken og de andre sakene nemnda har hatt til behandling, gi en mer utførlig redegjørelse for sine synspunkter enn den pleier å gjøre.

Unntaksbestemmelsen var ikke med i det opprinnelige høringsforslaget, men ble tatt inn av departementet på bakgrunn av synspunkter fremsatt under høringen. Unntaksbestemmelsen reiser en rekke spørsmål nemnda må ta stilling til. Forarbeidene gir en viss veiledning for noen av spørsmålene, men ikke for alle.

Nemnda mener at ett av de vanskelige spørsmålene, der ordlyden og forarbeidene gir liten eller ingen veiledning, er hvilket tidspunkt nemndas vurdering skal knyttes til. Dette vil være

avgjørende for hvilket faktum avgjørelsen skal baseres på. Bestemmelsen i § 14-4 a gir arbeidstaker et rettskrav på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i opptjeningsperioden. Det kan tilsi at retten til utvidet stilling skal anses opptjent på tidspunktet kravet fremsettes, og at avgjørelsen derved må tas ut fra forholdene på kravstidspunktet. Det vil i så fall medføre at arbeidsgivere må dokumentere at behovet for merarbeidet var bortfalt allerede da, og at etterfølgende utvikling ikke er relevant.

Det motsatte ytterpunktet vil være at avgjørelsen skal tas ut fra forholdene på tidspunktet for nemndas vurdering, slik at utviklingen helt frem til da vil være relevant. Skulle saken gå videre til domstolene, kunne det i så fall argumenteres for at domstolenes avgjørelse – ettersom domstolene skal prøve selve kravet og ikke nemndas vedtak – må baseres på grunnlag av faktum på tidspunktet for rettens prøving. Selv om det ikke er uvanlig at forvaltningsvedtak baseres på faktum helt opp til vedtakstidspunktet, finner nemnda at en slik løsning harmonerer dårlig med at bestemmelsen gir arbeidstaker et rettskrav på grunnlag av merarbeidet i opptjeningsperioden.

Spørsmålet er imidlertid om ikke vurderingen må knyttes til det tidspunktet da arbeidsgiver tar stilling til arbeidstakers krav – i alle fall under forutsetning av at dette gjøres med en forsvarlig saksbehandlingstid. Slik nemnda ser det, er dette den løsningen som harmonerer best med ordlyden som sier at arbeidstaker har et krav på utvidet stilling "med mindre arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet *ikke lenger* foreligger". Også reelle grunner tilsier etter nemndas oppfatning at arbeidsgiver må kunne se hen til faktum på avgjørelsestidspunktet. I praksis vil det kunne være vanskelig for arbeidsgiver å skille mellom forholdene på kravstidspunktet og det tidspunkt da arbeidsgiver tar stilling til kravet. På den annen side vil, som allerede antydnet, de rettigheter bestemmelsen oppstiller bli betydelig utvannet dersom arbeidsgiver senere skulle kunne påberope en etterfølgende utvikling, dvs. en endring i arbeidsgivers behov som inntreffer etter avslaget, men før nemnda rekker å ta stilling til saken. Etter nemndas oppfatning vil det avgjørende altså være om arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver tok stilling til arbeidstakers krav – under forutsetning av at dette skjedde innen rimelig tid. Arbeidsgiver skal ikke kunne trenere saken i påvente av endringer som kan frata arbeidstaker en opparbeidet rettighet.

Nemndas syn er derved at utviklingen etter tidspunktet for arbeidsgivers avslag ikke er relevant. En vesentlig presisering må imidlertid gjøres. Selv om ordlyden tilsier at behovet for merarbeid allerede må være bortfalt for at arbeidstakers krav skal være avskåret, følger det ganske klart av forarbeidene at også en sannsynlig utvikling i nær fremtid vil kunne ha samme virkning:

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.

Tilsvarende må gjelde der behovet for merarbeid må forventes å bortfalle som følge av at arbeidsgiver har foretatt eller er i ferd med å foreta nyansettelser, eller kan legge til grunn at arbeidstakere snarlig vil vende tilbake til virksomheten etter syke- eller permisjonsopphold e.l.

Ordlyden krever at arbeidsgiver kan *dokumentere* at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger, og kravene til dokumentasjon er i noen grad kommentert i forarbeidene. I Prop. 83 L (2012-2013) s. 78 heter det:

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, og andre saker nemnda har hatt til behandling, har partene kun fremlagt oversikter over arbeidstakers merarbeid i opptjeningsperioden. Slik bestemmelsen er lagt opp, med opptjening over tolv måneder, er det ikke unaturlig. Der spørsmålet imidlertid er om behovet er bortfalt etter opptjeningsperioden (men før arbeidsgiver tar stilling til kravet), mener nemnda at også merarbeidet etter opptjeningsperioden er relevant. Det gjelder ikke bare den spesifikke arbeidstakerens merarbeid, men – ettersom det er arbeidsgivers behov for merarbeid som er relevant etter unntaksbestemmelsen – også merarbeid fra andre ved samme avdeling e.l. Nemnda ser det derfor slik at dokumentasjonen i praksis ofte også må gjelde utviklingen etter opptjeningsperioden for at nemnda skal kunne legge til grunn at behovet har bortfalt.

I det følgende har nemnda delt seg i et flertall og i et mindretall.

Nemndas flertall, Harborg, Solberg og Løseth, mener særlige vanskeligheter oppstår der arbeidsgiver ikke påberoper at behovet allerede har bortfalt, men at det vil bortfalle i fremtiden. I lys av forarbeidene er det, som allerede referert, ikke tvilsomt at kravet på utvidet stilling kan bortfalle på grunnlag av en forventet utvikling, men det er vanskelig å fastslå generelt hvilket tidsperspektiv som er relevant og hvilke krav til sannsynlighet og dokumentasjon som må kreves. Der arbeidsgiver påberoper bortfalt behov på grunn av forventet redusert langvarig sykefravær, må det etter flertallets oppfatning kreves konkrete holdepunkter for at bestemte arbeidstakere vil returnere til arbeid i løpet av nærmeste fremtid. Påberopes det en generell forventet nedgang i korttidsfraværet, må det etter flertallets oppfatning kreves at arbeidsgiver kan vise til tiltak som allerede er satt i verk og – helst – allerede har hatt en viss effekt. Der arbeidsgiver påberoper redusert behov på grunn av kommende nyansettelser, kan det normalt ikke være tilstrekkelig å vise til ønsker eller planer. Som hovedregel må det kreves at det på tidspunktet for avslaget allerede er tatt skritt for å igangsette en tilsettingsprosess.

Planlagte nedbemanninger byr på praktisk viktige spørsmål. Det er påberopt også i denne saken. Veldig mange av sakene gjelder – som denne – kommuner som pga. svak kommuneøkonomi eller prioriteringer har planer om nedbemanning i den sektoren arbeidstaker tilhører. Disse sakene 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.

En rekke kommuner nøyer seg med å vise til at de står på den såkalte ROBEK-lista eller at de for øvrig har svak økonomi, og at de derfor er tvunget til å gjennomføre sparetiltak i inneværende og kommende budsjettår. Flertallet har vanskelig for å se at slike generelle behov eller planer kan ha nevneverdig vekt i de konkrete sakene om stillingsutvidelser etter § 14-4a. For at nedbemanningsplaner skal ha betydning i de konkrete sakene 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. Mange av de sakene nemnda har hatt til behandling hittil, gjelder imidlertid, som denne, helse- og pleiesektoren eller andre lovpålagte oppgaver der arbeidsgiver ikke synes å ha som ambisjon å redusere tilbudet, men – av økonomiske grunner – bare 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 avslø As krav.

As merarbeid på 1127,5 timer tilsvarer en stillingsprosent på 67,57. Sammenlagt med As faste stilling utgjør dette en stillingsprosent på 108,53. 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 59,04, slik at han ender med en full stilling.

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 hans merarbeid i beregningsperioden.

Mindretallet viser videre til at departementet ikke finner det 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. Departementet legger således ikke opp til at nemnda i en av de første sakene skal gå i detalj og kommentere dokumentasjonskravet. Mindretallet mener departementets uttalelser må tolkes slik at de krav som må stilles til dokumentasjon må *utvikles* gjennom praksis. Mindretallet mener således nemnda ikke skal fastsette detaljert hva som kreves i en av de første sakene slik flertallet gjør.

Mindretallet mener videre det ikke kan oppstilles et krav om at den planlagte nedbemanningen må redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller den enheten der merarbeidet som har utløst kravet på økt stilling, er utført. Unntaksbestemmelsen kan ikke leses som en begrensning av arbeidsgivers styringsrett i en nedbemanningssituasjon eller andre tilfeller der det vil foreligge redusert behov for merarbeid. Det må foreligge en fortsatt styringsrett for arbeidsgiver til å bestemme hvem som skal ha rett til å utføre merarbeid ut fra kvalifikasjoner og andre saklige kriterier. Det kan for eksempel tenkes tilfeller der bedre kvalifiserte ansatte fra andre avdelinger eller enheter innenfor samme virksomhet fortsatt utfører merarbeid i den avdelingen eller enheten der kravsinnehaver har arbeidet, fordi det foreligger redusert behov for merarbeid i den delen av virksomheten de arbeider. Det er svært viktig for en kommune å sørge for at det er ansatte med fagutdanning som får økt stilling på grunn av merarbeidsregelen, og dette gjelder spesielt i en situasjon med nedbemanning.

I en omstilling/nedbemanningssituasjon vil arbeidsgiver kunne ha forpliktelse i henhold til lov og avtaleverk til å finne annet passende arbeid til overtallige. Det kan ikke utelukkes at ansatte som er overtallige og som må anses å ha et sterkere stillingsvern enn arbeidstaker i denne saken vil kunne fortrenge hans rett til utvidelse. Etter mindretallets oppfatning vil arbeidsgivers plikter etter aml. § 15-7 til å finne annet passende arbeid til arbeidstakere som er overtallige gå foran retten til utvidet stilling etter § 14-4 a.

Flertallet skriver at mange «av de sakene nemnda har hatt til behandling hittil, gjelder imidlertid, som denne, helse- og pleiesektoren eller andre lovpålagte oppgaver der arbeidsgiver ikke synes å ha som ambisjon å redusere tilbudet, men – av økonomiske grunner – bare 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.» Mindretallet kan ikke se at denne uttalelsen verken er nødvendig eller dekkende for de sakene som er behandlet og skal behandles framover. 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 59,04.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 12.10.2016

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).