

VEDTAK NR 136/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 17. mars 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Særskilt oppnevnte medlemmer

Kerry Louise Macallan, Fagforbundet
Gry Brandshaug Dale, KS

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 assistent i stilling på 14 prosent ved B Sjukeheim, B kommune.

Den 15. februar 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev av 23. april 2015.

Dokumentasjonen arbeidsgiver har fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 591,75 timer utover sin faste stilling i perioden fra og med 15. februar 2014 til og med 14. februar 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 28. april 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 28. april 2015
- brev av 22. mai 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 15. juni 2015
- e-post av 7. mars 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har utført merarbeid jevnlig i hele beregningsperioden, og har dermed rett til utvidet stilling tilsvarende dette. At hun utførte lite merarbeid i juni og juli skyldes at hun var sykemeldt i om lag en måned i denne perioden. Nedbemanningen ved sykehjemmet har resultert i mer arbeid på de resterende ansatte.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Merarbeidet er ikke utført jevnlig i lovens forstand. I forbindelse med As sykemelding sommeren 2014 gikk det 6 uker uten utført merarbeid. Det er også to andre perioder med henholdsvis to og tre uker uten merarbeid. Det er videre store variasjoner i antall utførte merarbeidstimer per måned i den aktuelle beregningsperioden.

Det ble gjort nedbemanninger i kommunen vinteren 2015, og det var på avslagstidspunktet derfor vanskelig å vite hvorvidt behovet for As merarbeid fortsatt ville foreligge.

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

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 15. februar 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 15. februar 2014 til 14. februar 2015.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 591,75 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 591,75 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 35,47.

Uenigheten mellom partene i denne saken handler om hvorvidt merarbeidet har vært utført «jevnlig» i bestemmelsens forstand, samt hvorvidt behovet for merarbeidet er bortfalt som følge av nedbemanning ved sykehjemmet.

Det fremkommer av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) 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 etter nemndas oppfatning 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.

Dokumentasjonen i saken viser at A har utført merarbeid flere ganger hver måned i beregningsperioden, selv om det er til dels store variasjoner i antall merarbeidstimer per måned. Slik saken er opplyst, er nemnda av den oppfatning at A jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid i den aktuelle perioden, og at merarbeidet fremstår som en etablert praksis som oppfyller kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om behovet for merarbeid ikke lenger foreligger, § 14-4 a (1). Det er opp til arbeidsgiver å dokumentere dette.

Nemnda har i sak 129/16 gitt en utførlig redegjørelse for sitt syn på unntaksbestemmelsen i § 14-4 a. I vedtaket legger 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 i desember 2014 vedtok at det skulle gjøres nedbemanning i den aktuelle sektoren, og at man på avslagstidspunktet 23. april 2015 ikke hadde tilstrekkelig kunnskap om eventuelle merarbeidsbehov fremover. 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.»

I sak 129/16 har nemndas flertall uttalt følgende om planlagte nedbemanninger på avslagstidspunktet:

«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. Enn 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, medlemmene Due, Hassellund Solberg og Macallan, er derfor av den oppfatning at det ikke er tilstrekkelig for arbeidsgiver å vise til at det er sannsynlig med nedbemanning i virksomheten som sådan eller at det er gjennomført en nedbemanning. Det må også sannsynliggjøres at det ikke lenger er behov for det konkrete merarbeidet den

aktuelle arbeidstakeren har utført i beregningsperioden. Flertallet viser til at en reduksjon i antall faste stillinger grunnet økonomiske forhold ikke nødvendigvis tilsier at behovet for de gjenværende ansattes merarbeid blir mindre. Det relevante i denne sammenheng må være om det også er planlagt en reduksjon i produksjon/tjenesteproduksjon som gjør at behovet for arbeidskraft blir mindre.

Nemndas mindretall, medlemmene Stadheim Almestrand og Brandshaug Dale, er ikke enig i at det relevante utelukkende må være at det er planlagt en reduksjon i tjenesteproduksjonen, da det kan være flere årsaker til at behovet for merarbeid blir mindre, for eksempel ny og mer effektiv turnusordning.

En enstemmig nemnd viser til at arbeidsgiver har dokumentert en reduksjon av årsverk innen pleie og omsorg, men samtidig opplyst at den ikke vet hva behovet for merarbeid vil være fremover. Slik saken er opplyst har nemnda etter en konkret vurdering kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid er bortfalt.

Det følger da av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedersperioden. Slik nemnda forstår lovens forarbeider, skal nemnda ved fastsettelsen av ny stillingsprosent i utgangspunktet komme frem til hvor stor stillingsprosent det samlede merarbeidet utgjør på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Det følger imidlertid også av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk.

Departementets opprinnelig forslag om at man skulle beregne den deltidsansattes gjennomsnittlige arbeidstid i tolv månedersperioden, ble forlatt etter høringsrunder, og det heter i forarbeidene at det «bør imidlertid være åpent for å benytte et visst skjønn i vurderingen». Nemnda ser det slik at det er arbeidsgivers *stabile og varige* behov for økt arbeidskraft som skal fylles, og at nemnda derfor skal fastsette en stillingsutvidelse i samsvar med det ekstraarbeidet som kan sies å være uttrykk for et slikt behov. Det må bl.a. bety at perioder med svært mye ekstraarbeid, f.eks. ved ferieavvikling eller i kortere perioder med typiske sesongsvingninger eller ekstraordinært sykefravær, ikke uten videre vil gi full uttelling ved fastsettelse av ny stillingsprosent.

Dokumentasjonen i saken viser at det i beregningsperioden har vært til dels store variasjoner i mengden merarbeid. Slik nemnda vurderer denne saken er verken månedene med mest merarbeid eller månedene med minst merarbeid grunnet sykemelding representative for arbeidsgivers stabile og varige behov for As merarbeid. Etter en skjønnsmessig vurdering basert på de ovennevnte momenter, fastsetter nemnda derfor at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling tilsvarende en stillingsprosent på 35.

Konklusjon

Arbeidstaker har etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 35.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 14.10.2016

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).