

**Vedtaksdato**

25. juni 2021

Vår referanse

2021/71

Saksbehandler

Maria Schilvold

VEDTAK NR 82/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 24. juni 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder

Vetle Wetlesen Rasmussen, YS

Silje Stadheim Almestrand, NHO

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 helsefagarbeider i stilling på 63,38 prosent i B kommune ved Enhet for Pleie og Omsorg, per tiden organisert slik at hun jobber 30,52 prosent på natt ved X bo- og dagsenter og 32,86 prosent på natt ved Z bo- og dagsenter, avdeling C.

Den 5. februar 2021 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 datert 22. februar 2021, mottatt av A 5. mars 2021. Avslaget ble begrunnet med at behovet for merarbeid ville bortfalle som følge av gjennomføringen av ulike tiltak i forbindelse med den omfattende omstillingsprosessen kommunen befant seg i.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev poststemplet 25. mars 2021. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev poststemplet 25. mars 2021, med vedlegg
- brev datert 26. mai 2021, med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 16. april 2021
- brev datert 30. april 2021, med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 måneder, og anfører i det vesentligste at andre ansatte, herunder to stk. i senere tid, har fått utvidet sine stillinger etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a til tross for omstillingsprosessen kommunen befinner seg i.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune gjør gjeldende at A ikke har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 måneder, og anfører i det vesentligste at behovet for merarbeidet vil bortfalle etter at konkrete tiltak i forbindelse med omstillingsprosessen kommunen befinner seg i, er gjennomført. Kommunen viser til at omstillingsprosessen blant annet innebærer at Enhet for pleie og omsorg må redusere antall årsverk og endre turnuser. Videre viser kommunen til at bemanningen ved X bo- og dagsenter skal flyttes til en annen avdeling fra og med 1. september 2021 og at nattevaktstillingene da skal tas bort fra turnusen. Kommunen viser også til at bemanningen ved Z bo- og dagsenter, avdeling C er redusert med 1,92 årsverk på natt og til at en sykehjemsavdeling hvor det har vært totalt 11 årsverk er planlagt faset ned innen 1. september 2021. Kommunen oppgir at disse årsverkene skal omdisponeres til andre avdelinger med vakanser og hull i turnusene.

Når det gjelder arbeidstakers anførsel om at andre ansatte har fått innfridd sine krav etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a, anfører B kommune at alle utestående krav per høsten 2020 ble behandlet som et ledd i å rydde opp i arbeidsforholdene før omstillings- og nedbemanningsprosessen begynte, slik at man hadde et riktig grunnlag for vurderingene som da skulle foretas. Når det gjelder de to som ifølge A har fått utvidet sine stillinger i senere tid, hevder kommunen at den ene har fått fast stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-9, og at den andre må være én av de som ble behandlet høsten 2020.

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 første ledd og § 14-4 a annet ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer.

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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 5. februar 2021. 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 fra og med 5. februar 2020 til og med 4. februar 2021. Lønns slipper fra arbeidstaker og timelisteskjema fra arbeidsgiver viser begge at A har arbeidet 609,5 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Nemnda tar først stilling til om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til Tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige.

Nemnda viser til at 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 beregningsperioden, 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 beregningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned

i beregningsperioden, og at hun var sykemeldt i perioden hvor det er fem uker opphold i merarbeidet. Nemnda finner at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Partene er imidlertid uenige om hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt eller vil falle bort i nær fremtid.

Arbeidsgiver har anført at behovet for arbeidstakers merarbeid ikke lenger vil foreligge etter at nærmere angitte tiltak i forbindelse med omstillingsprosessen er gjennomført, som er estimert til 1. september 2021. Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. Ordlyden krever imidlertid at arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger, og kravene til dokumentasjonen er i noen grad kommentert i forarbeidene, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5:

«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.»

Etter nemndas vedtak 129/16 og senere praksis i nemnda vil det være avgjørende 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 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. 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 sykdom, permisjonsopphold e.l.

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. (...)»

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.»

Slik denne saken er opplyst, har nemnda kommet til at arbeidsgiver har dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Nemnda legger i vurderingen vekt på at arbeidsgiver har fremlagt konkrete nedbemannings- og tiltaksplaner for de ulike avdelingene ved Enhet for pleie og omsorg, i tillegg til kommunens reviderte budsjett for 2020, og at all denne dokumentasjonen viser at kommunens heldøgntjenester skal samles på ett sted, samt at bemanningen ved bo- og dagsentrene skal reduseres. Av det reviderte budsjettet fremgår også at en konsekvens av den reduserte bemanningen ved bo- og dagsentrene vil være at overtallige ansatte må omplasseres til andre stillinger. Nemnda finner etter dette at det er dokumentert at behovet for As merarbeid ikke lenger vil foreligge etter at disse tiltakene er gjennomført, som er estimert til 1. september 2021 og som må anses å være i nær fremtid fra tidspunktet da arbeidsgiver tok stilling til hennes krav. A kan dermed ikke få medhold i sitt krav.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

25. juni 2021

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for domstolene etter at Tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 annet ledd. 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 fjerde ledd.