



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
15. februar 2021

Vår referanse
2020/213

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 12/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 3. februar 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 tilsvarende faktisk arbeidstid for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som miljøarbeider i stilling på 19,19 prosent i B kommune, for tiden X med tjenestegjøring, for tiden Z Bolig A. I tillegg har han en rammeavtale ved Z verksted og Z Bolig B.

Z Bolig A tilhører seksjonen TBO som også omfatter Q, Bolig C og Z Bolig B. Til sammen utgjør seksjonen ca. 80 årsverk. Z verksted er et arbeidstreningssted for beboere ved Z Bolig A og B. Merarbeidet er hovedsakelig utført ved Z verksted, samt noe ved Z Bolig A.

I prinsippnotat av 19. september 2019 ba X byrådsavdeling for Eldre, helse og velferd vurdere videre planer for TBO og anbefalte avvikling. Byrådsavdelingen besluttet avvikling av Bolig C i slutten av juni 2020 og den 1. september 2020 vedtok byrådet nedleggelse fra 28. februar 2021. Avviklingen ble behandlet i medbestemmelsesutvalget 7. oktober 2020.

Den 14. september 2020 fremsatte arbeidstaker 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 13. oktober 2020. Avslaget ble begrunnet med avviklingen ville medføre overtallighet som vil dekke merarbeidsbehovet ved de øvrige Boligene.

Nemnda har fått opplyst av begge parter på telefon den 18. januar 2021 at innplasseringer skal behandles i drøftingsmøte den 21. januar 2021.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 10. november 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 10. november 2020 med vedlegg
- e-post av 23. november 2020 med vedlegg
- brev datert 6. januar 2021 med vedlegg
- brev datert 7. januar 2021 med vedlegg
- brev datert 15. januar 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 18. november 2020
- brev datert 3. desember 2020 med vedlegg
- to e-poster av 8. desember 2020
- e-post av 14. desember 2020
- brev datert 7. januar 2021
- brev datert 15. januar 2021

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet er utført jevnlig og at behovet ikke kan anses bortfalt, ettersom den endelige avgjørelsen om nedleggelse av Bolig C ble fattet etter at

kravet ble fremsatt. På kravtidspunktet hadde ikke arbeidsgiver noen forutsetning for å vite om det ble et avviklingsvedtak, hvilke tiltak som ville bli rammet, når avviklingen eventuelt skulle gjelde fra og heller ikke hvor mange ansatte som ville bli omfattet, særlig ettersom saken har vært diskutert siden 2018. Verken vakter i den faste stillingen eller merarbeidet er utført ved Bolig C. Det er derfor usikkert hvordan avviklingen påvirker behovet for As merarbeid. De overtallige er ansatt i X og har derfor krav på stilling i hele X med sine ca. 1100-1200 stillinger, ikke bare i seksjon TBO.

A anfører videre at omfattende merarbeid også etter beregningsperioden og ut 2020, viser at det fortsatt er behov.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at behovet for merarbeidet er bortfalt som følge av at Bolig C avvikles 28. februar 2021 og de ca. 20 faste ansatte derfra så langt det er mulig, skal innplasseres i de gjenværende Boligene. Det er dermed ikke relevant at A ikke arbeider eller har utført merarbeid ved Bolig C. X har ihht. kommunens rutiner over en periode holdt tilbake vakante stillinger i påvente av avviklingen og dette har gitt et økt behov for merarbeid i den aktuelle perioden. Selv om de overtallige er ansatt i X er handlingsrommet for å tilby disse annen passende stilling primært innenfor TBO fordi det er andre kvalifikasjonskrav til stillinger innen rusfeltet, som er det største tjenesteområdet i etaten. Per 15. januar 2021 er det minst 3 miljøarbeidere i 100 prosent stilling som vil bli overtallige ved avviklingen av Bolig C.

Avviklingen var overveiende sannsynlig allerede på kravtidspunktet. Det har siden 2018 vært vurdert om hele TBO skal avvikles. X har siden slutten av 2019 vært innstilt på at Bolig C skulle avvikles og byrådet ga sin tilslutning 1. september 2020. Endret ressursituasjon som følge av koronapandemien og opprettelse av to nye byrådsavdelinger gjorde at saken ikke ble fulgt opp tidligere.

Arbeidsgiver anfører også at kravet til jevnlighet ikke er oppfylt ettersom det har vært lengre perioder med få ekstravakter.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for Twisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-4 a (2). 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 14. september 2020. 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 14. september 2019 til og med 13. september 2020. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 866,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Merarbeidet er hovedsakelig utført ved Z verksted.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

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

Nemnda viser til at det går fram 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 jevnlign 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, at det er utført merarbeid i 41 av de 52 ukene og at hovedvekten av merarbeidet utgjør 15-30 timer i disse ukene. 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.

Arbeidsgiver har videre anført at behovet for arbeidstakers merarbeid ikke lenger foreligger fordi det vil oppstå overtallighet ved avviklingen av Bolig C, og at avviklingen var overveiende sannsynlig allerede på kravtidspunktet, 14. september 2020. Arbeidstaker har anført at det på kravtidspunktet var uvisst hva utfallet av byrådsvedtaket ville bli.

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 merarbeid i tiden framover.»

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.»

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 sak 140/20 uttalte nemnda:

«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.»

I denne saken ble kravet fremsatt 14. september 2020 og avslått 13. oktober 2020. Nemnda mener arbeidsgiver har vurdert kravet innen forsvarlig saksbehandlingstid og at vurderingen av bortfalt behov dermed skal tas med utgangspunkt i situasjonen på avslagstidspunktet.

Spørsmålet nemnda må ta stilling til er dermed om arbeidsgiver har dokumentert at behovet for As merarbeid var bortfalt på avslagstidspunktet eller om bortfall var en sannsynlig utvikling i nær framtid.

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver har dokumentert at behovet for merarbeid kom til å falle bort i nær fremtid.

Nemnda har i vurderingen lagt vekt på at avviklingen av Bolig C fra 28. februar 2021 var vedtatt av Byrådsavdelingen, formidlet til alle hovedtillitsvalgte og behandlet i medbestemmelsesutvalget før arbeidsgiver avslo kravet den 13. oktober 2020.

Nemnda finner det videre tilstrekkelig sannsynliggjort at avviklingen av Bolig C vil føre til at overtallige derfra må omplasseres og at merarbeidet ved Z verksted og Z A gjennom dette vil dekkes opp.

Nemnda legger til grunn arbeidsgivers opplysninger om at byrådsbehandlingen av planen om avvikling av Bolig C har blitt utsatt på grunn av koronapandemien. Det forhold at det er utført merarbeid etter beregningsperioden tillegges derfor ikke vekt, ettersom merarbeidet skyldes at det ikke ble ansatt noen i ledige stillinger i påvente av nedleggelsen av Bolig C og omplassering av ansatte som arbeidet der. Merarbeidet er derved ikke uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for As arbeidskraft.

Etter dette har nemnda kommet til at behovet kom til å bortfalle i nær framtid og A ikke kan få medhold i sitt krav.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

15. februar 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 (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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

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 (4).