



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
15. februar 2021

Vår referanse
2020/211

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 14/21 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 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 19,13 prosent i B kommune, for tiden i X, med tjenestegjøring ved Q. A har hatt permisjon fra sin faste stilling og hatt en midlertidig ansettelse som miljøarbeider i 72,89 prosent stilling i perioden 8. april - 1. september 2019 samme sted, i påvente av en omstilling i 2019. As merarbeid er utført ved Q.

Q tilhører seksjonen TBO som også omfatter Bolig C, Z Bolig A og Z Bolig B. Til sammen utgjør seksjonen ca. 80 årsverk.

Den 26. mai 2020 fremsatte arbeidstaker krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 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.

Arbeidsgiver ga et foreløpig svar den 13. juli 2020. Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 13. oktober 2020. Avslaget ble begrunnet med at 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 innplasseringene skal behandles i drøftingsmøte den 21. januar 2021.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 9. 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 9. november 2020 med vedlegg
- e-post av 23. november 2020 med vedlegg
- 2 e-poster av 24. november 2020 med vedlegg
- brev datert 6. januar 2021 med vedlegg
- brev datert 7. januar 2021 med vedlegg
- brev datert 15. januar 2021 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 18. november 2020
- brev datert 3. desember 2020 med vedlegg
- e-post av 4. desember 2020 med vedlegg
- 2 e-poster av 8. desember 2020
- e-post av 14. desember 2020
- brev datert 8. januar 2021 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at behovet ikke kan anses bortfalt ettersom den endelige avgjørelsen om nedleggelse av Bolig C ble fattet nesten 4 måneder etter at kravet ble fremsatt. Arbeidsgiver kan ikke tilsidesette hans rett etter § 14-4 a ved å unnlate å ta stilling til kravet i 4-5 måneder i påvente av en avgjørelse om eventuelle endringer i etaten. 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 siden 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 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 for merarbeidet.

Alt arbeid utført i vikariatperioden skal tas med i beregningen uavhengig av hvordan det er registrert. Timene er ført på koden for hans faste stilling, ikke på vikariatet, kun en vakt er ført som ekstravakt.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at behovet 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 blant annet ved Q, der merarbeidet er utført. 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 da kravet ble fremsatt, men det var problematisk å avslå på dette tidspunktet, fordi avviklingen var unntatt offentlighet og begrunnelsen derfor ikke kunne formidles til de ansatte. Dialogen mellom X og Byrådsavdelingen om avviklingen av Bolig C var på det tidspunktet etablert, og det var kjent at en avvikling ville kunne være nært forestående. 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 opprettelsen av to nye byrådsavdelinger gjorde at saken ikke ble fulgt opp tidligere.

Merarbeid i perioden A var i vikariat kan ikke legges til grunn fordi han var i permisjon fra sin faste stilling.

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). 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 26. mai 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 26. mai 2019 til og med 25. mai 2020. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 813,25 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget og hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Arbeidsgiver har anført at merarbeid utført i perioden A hadde permisjon fra sin faste stilling ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at § 14-4 a tar sikte på å omfatte jevnlig ekstraarbeid utover den deltidsansattes formelle stillingsandel. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrenser imidlertid kriteriets anvendelsesområde mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt, og det understrekes at i slike tilfeller skal stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Nemnda kan ikke finne holdepunkter verken i ordlyden eller forarbeidene for at permisjon fra den faste stillingen i seg selv gjør at ekstravakter i den gjeldende periode ikke er å anse som merarbeid i bestemmelsens forstand, forutsatt at vaktene ikke inngår i en midlertidig avtale.

Arbeidsgiver er enig i at det er utført merarbeid utover den midlertidige stillingen i perioden A var i permisjon fra sin faste stilling. Utskrift fra timeføringssystemet viser at de aktuelle timene også der er angitt som «merarbeid». Nemnda har etter dette kommet til at merarbeid i tiden A var i permisjon skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har anført at behovet for arbeidstakers merarbeid ikke lenger foreligger fordi det vil oppstå overtallighet som følge av avviklingen av Bolig C og at avviklingen var overveiende sannsynlig allerede på kravtidspunktet, 26. mai 2020. Arbeidstaker har anført at

det på kravtidspunktet var uvisst hva utfallet av byrådsvedtaket ville bli og at den endelige avgjørelsen ikke kan tillegges vekt, ettersom kravet ble fremsatt fem måneder tidligere.

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.»

I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet videre 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, 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 sak 140/20 gikk det ett år fra kravet ble fremsatt til avslaget forelå, og nemnda kom til at arbeidsgiver ikke hadde dokumentert at behovet var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver skulle ha behandlet kravet.

Selv om arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke angir når arbeidsgiver må ta stilling til arbeidstakers krav har nemnda i vedtak 15/17 uttalt at: «Nemnda mener at arbeidsgiver må gis tid til å områ seg og vurdere kravet, men at arbeidsgiver må ta stilling til kravet etter en forsvarlig saksbehandlingstid.» I den konkrete saken anså nemnda at arbeidsgivers passivitet måtte betraktes som et avslag på kravet da saken ble fremmet for Tvisteløsningsnemnda i underkant av 4 måneder etter at det ble fremsatt.» Nemndas klare oppfatning er derfor at en saksbehandlingstid på 4,5 måneder i utgangspunktet ikke er innenfor hva som er å anse som forsvarlig.

I vurderingen av hvilket tidspunkt som skal danne grunnlag for vurderingen av om behovet for merarbeid er bortfalt og om merarbeidet har bortfalt, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Almestrand, har etter en konkret vurdering kommet til at det ikke kan legges en like streng terskel til grunn i denne saken. Flertallet viser til at kravet ble fremsatt kort tid etter utbruddet av koronapandemien. Pandemien medførte en helt ekstraordinær situasjon for kommunen, med nye og ressurskrevende oppgaver som arbeidsgiver måtte prioritere. Dette fremkommer også av arbeidsgivers foreløpige svar av 13. juli 2020. I denne situasjonen er det forståelig at det tok noe tid å ta endelig stilling til avviklingen av Bolig C og at det dermed ikke ble tatt stilling til kravet før det hadde gått i underkant av fem måneder.

Etter flertallets oppfatning må vurderingen av bortfalt behov i denne saken dermed tas ut fra situasjonen på avslagstidspunktet.

Spørsmålet blir da 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 flertallet kommet til at arbeidsgiver ut fra situasjonen på avslagstidspunktet har dokumentert at behovet for merarbeid kom til å falle bort i nær fremtid.

Flertallet har i vurderingen lagt vekt på at det allerede på kravtidspunktet hadde blitt anbefalt av X å avvikle TBO, at det hadde vært drøftet med hovedtillitsvalgte og verneombud, og vært oppe til behandling i direktørmøtet. Videre ble det i drøftingsmøte 4. juni 2020 fremlagt en plan for avvikling av Bolig C i sin helhet innen 31. desember 2020. På avslagstidspunktet var avviklingen av Bolig C fra 28. februar 2021 vedtatt av

Byrådsavdelingen, formidlet til alle hovedtillitsvalgte og behandlet i medbestemmelsesutvalget

Flertallet finner det tilstrekkelig sannsynliggjort at avviklingen av Bolig C vil føre til at det blir overtallige miljøarbeidere som må omplasseres og at merarbeidet ved Q vil dekkes opp.

Flertallet 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 ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for As arbeidskraft.

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

Nemndas mindretall, medlemmet Rasmussen, mener at arbeidsgiver til tross for de utfordringer som fulgte av koronapandemien, burde ha behandlet kravet på et langt tidligere tidspunkt. Arbeidsgiver fremhever at det på kravtidspunktet var til vurdering å redusere tilbudet, men problematisk å avslå kravet ettersom en eventuell fremtidig nedleggelse var unntatt offentligheten. Etter mindretallets syn kunne verken arbeidsgiver avstå fra å behandle kravet i påvente av en avklaring om fremtidig organisering, eller på grunn av eventuelle begrensninger i offentlighetens innsyn. Avvikling av TBO hadde vært til diskusjon i flere år uten at noen beslutning forelå, og til tross for at administrasjonen så for seg nedleggelse av Bolig C, måtte det være klart for arbeidsgiver at det både ville ta lang tid før et eventuelt vedtak forelå, samt ytterligere mange måneder før tilbudet eventuelt ble redusert.

Vurderingen av om behovet for arbeidskraften var bortfalt, eller om slikt bortfall var nært forestående, må etter mindretallets syn knyttes til forholdene rundt kravtidspunktet og ikke det langt senere avslagstidspunktet.

Slik denne saken er opplyst har mindretallet kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær framtid.

Mindretallet har i vurderingen lagt vekt på at selv avviklingen av Bolig C først ble vedtatt ca. 3,5 måneder etter at kravet ble fremsatt og at selve avviklingen først vil finne sted ytterligere 4,5 måneder etter dette. Både på tidspunktet for kravet og avslaget var det etter mindretallets oppfatning stor usikkerhet med hensyn til om avviklingen av Bolig C ville ha som virkning at behovet for arbeidstakers merarbeid ville bortfalle, ettersom det var uklart om, og hvor mange som eventuelt ville bli overtallige og bli omplassert til enheten der A har utført sitt merarbeid, Q.

Mindretallet viser også til partenes opplysninger om at det per 18. januar 2021 enda ikke er drøftet innplassering av eventuelle overtallige med tillitsvalgte og at det fremdeles fremstår uklart nøyaktig hvor mange som vil bli overtallige som følge av avviklingen fra 28. februar 2021, og hvor disse vil bli tilbudt ny stilling.

Mindretallet har også lagt vekt på at arbeidstaker har fortsatt å utføre merarbeid etter beregningsperioden, i månedene juni-desember 2020.

Ettersom flertallet har kommet til at behovet uansett kommer til å falle bort i nær framtid og arbeidstaker ikke kan gis medhold, ser ikke mindretallet det som nødvendig å fastsette en ny stillingsprosent basert på sin konklusjon.

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).