

VEDTAK NR 15/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 15. februar 2018.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Per H. Engeland, Virke

Saken gjelder

Tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a og tvist om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som butikkselger, 10 timer i uken, hos B.

Den 27. mars 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo kravet i brev datert 18. april 2017. Begrunnelsen for avslaget var at merarbeidssituasjon hadde vært midlertidig på grunn av flytting til nye lokaler og drift uten butikksjef eller med butikksjef lite tilstede. Nå som ny butikksjef er ansatt, foreligger det ikke lenger behov for merarbeid.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A samlet har arbeidet 947,25 timer fra og med 27. mars 2016 til og med 26. mars 2017. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 15. mai 2017.

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 15. mai 2017
- e-post av 30. januar 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 22. juni 2017
- e-post av 28. november 2017
- to e-poster av 29. november 2017
- e-post av 30. januar 2018
- e-post av 14. februar 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Hun har ikke mottatt noen arbeidsavtaler som reflekterer hennes arbeidshverdag i bedriften utenom fast stilling med 10 timer i uken. A har jevnlig bidratt med ekstraarbeid utover sin faste stilling og dekket varig behov for arbeidskraft i bedriften.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at behovet for merarbeid har bortfalt og at A har utført merarbeid midlertidig i påvente av å få en permanent bemanningssituasjon med fast ansatt butikksjef. I tillegg var det behov for midlertidig merarbeid i forbindelse med flytting av butikken høsten 2015. I forhold til krav om fortrinnsrett anfører arbeidsgiver at de ikke har utlyst noen stillinger eller foretatt noen nye ansettelser i avdeling X i 2017.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Nemnda anser at denne saken kun gjelder tvist om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Det vises til sekretariatets brev datert 28. november 2017 til arbeidstaker vedrørende krav om fortrinnsrett, henvendelsen er ubesvart.

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 nestleder 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 27. mars 2017. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 27. mars 2016 til og med 26. mars 2017. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A totalt har arbeidet 947,25 timer i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Nemnda har oppfordret både arbeidsgiver og arbeidstaker om å fremlegge oversikt som viser hva som er ekstravakter og hva som er arbeidstakers faste vakter, uten at det er mottatt. Det er opplyst at arbeidstaker skal ha arbeidet mandag, tirsdag og torsdag, samt annenhver fredag og lørdag fast frem til mars 2017. Etter en gjennomgang av timelistene ser nemnda at det er arbeidet ulike dager hver uke. Det foreligger arbeidskontrakt som viser at arbeidstaker har fast 10 timer i uken. Arbeidsgiver har opplyst at dette utgjør i snitt 43 timer pr. måned. Dermed vil alt arbeid over 10 timer pr. uke være merarbeid i beregningsperioden.

Uenigheten mellom partene i denne saken omhandler hvorvidt A har krav på utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Arbeidsgiver anfører at behovet for merarbeid har bortfalt.

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) pkt. 4.4.4.6, hvor det forutsetningsvis fremkommer at arbeidstaker har sitt krav i behold også der merarbeidet er utført på forskjellige arbeidssteder/avdelinger i virksomheten.

Arbeidstaker har også utført arbeid ved en annen butikk, Z, som er en annen avdeling hos samme arbeidsgiver. Nemnda finner at arbeid utført ved Z også skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Vilkåret om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» 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 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.

Etter at nemnda har trukket ifra to vakter pr uke, ca 10 timer i henhold til kontrakt, så har A utført 413,5 merarbeidstimer i beregningsperioden.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har arbeidet utover sin faste stilling hver måned i beregningsperioden. 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 anfører at behovet for merarbeid er bortfalt og at A har utført merarbeid midlertidig i påvente av å få en permanent bemanningssituasjon med fast ansatt butikksjef.

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.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Arbeidsgiver har opplyst at situasjonen var midlertidig og at A tok ekstravakter i en periode inntil det ble fast ansatt butikksjef. I begynnelsen av 2017 ble det ansatt permanent butikksjef ved avdeling X og behovet for merarbeid har dermed bortfalt. Nemnda viser til at arbeidstaker ikke har imøtegått arbeidsgivers anførsel om at behovet for merarbeid har bortfalt som følge av ansettelse av fast butikksjef.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
nestleder

20.02.2018

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).