



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
02.10.2018

Vår referanse
2018/17762

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 84/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 20. september 2018.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Per Engeland, Virke

Saken gjelder

Tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som servitør i stilling på 78 prosent hos B.

A har vært permittert i perioden 15. juni til 1. september 2017, men ble kalt tilbake på jobb 22. august 2017.

Den 26. januar 2018 fremsatte A krav om økt stilling, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet ved e-post av 23. februar 2018. Avslaget var begrunnet med manglende fremtidig behov.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 812,75 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 26. januar 2017 til og med 25. januar 2018. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 20. mars 2018.

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 20. mars 2018
- e-post av 4. mai 2018
- e-post av 6. juni 2018
- e-post av 21. juni 2018
- e-post av 27. juli 2018
- e-post av 9. august 2018
- e-post av 28. august 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 3. mai 2018
- e-post av 31. mai 2018
- e-post av 26. juni 2018
- e-post av 22. august 2018
- brev datert 31. august 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han har krav på utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Det oppfattes som et vedvarende og fast behov for ekstra arbeidskraft ettersom det brukes et stort antall ekstrahjelper og han får jevnlig forespørsler om ekstraarbeid. A anfører at det ikke er påvist lavere behov for merarbeid. Arbeidstaker har jobbet utover sin faste stilling i både april og mai 2018.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at det ikke lenger er behov for merarbeid og at det dermed ikke er grunnlag for utvidet stilling. Situasjonen i 2017 har vært spesiell blant annet fordi deres største konkurrent har vært stengt for total renovering. Bt har konstatert at det ikke lengre er behov for samme omfang arbeidsmengde fra servitørene som det har vært i 2017. Det har vært iverksatt drøftelser med de tillitsvalgte for å vurdere permitteringer eller andre tiltak for å møte det nedsatte sysselsettingsbehovet. Fire servitører er utlånt til andre hoteller for å unngå permitteringer. Omsetningen har gått betydelig ned, og som følge av dette er behovet for merarbeid betydelig redusert. Arbeidsgiver legger til grunn at behovet for servitører vil være redusert også i tiden fremover. En av hotellets nærmeste konkurrenter åpner etter renovering 1. mars 2019 og i tillegg åpner det ny hotellkapasitet i X i løpet av høsten 2018 og videre inn i 2019. Behovet for merarbeid foreligger ikke lenger.

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. januar 2018. 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. januar 2017 til og med 25. januar 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 812,75 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt behovet for merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til om merarbeidet er utført jevnlig.

Inngangskriteriet 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.

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 totalt har arbeidet i over 100 prosent stilling og hatt ekstravakter 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 har bortfalt ettersom omsetningen har gått ned og en av hotellets nærmeste konkurrenter åpner etter renovering 1. mars 2019 og i tillegg blir det ny hotellkapasitet i X i løpet av høsten 2018 og videre inn i 2019.

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 merarbeid 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.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort og konkretisert at behovet for As merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Det vises til at arbeidsgiver har anført at de har vurdert

permitteringer eller andre tiltak for å møte det nedsatte sysselsettingsbehovet. Fire servitører er utlånt til andre hoteller for å unngå permitteringer. Videre vises det til at omsetningen har gått ned. Endelig hevder arbeidsgiver at behovet for servitører vil være redusert i tiden fremover, da et av hotellets nærmeste konkurrenter åpner etter renovering 1. mars 2019. I tillegg åpnes ny hotellkapasitet i X i løpet av høsten 2018 og videre inn i 2019. Utover dette er det ikke lagt frem dokumentasjon som sannsynliggjør at behovet for As merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Nemnda kan ikke se at de anførte omstendigheter dokumenterer at behovet for As merarbeid har falt bort.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar nemnda utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 812,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 48,71. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 126,71.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling til 100 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

02.10.2018

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a 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).