



# Tvisteløsningsnemnda

---

**Vedtaksdato**  
16.02.2024

**Vår referanse**  
2023/203

**Saksbehandler**  
Mona Ekelund

## SAK NR 20/24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

### Sakens tema

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

### Arbeidstaker

A

### Arbeidsgiver

B

### Vedtak

A har rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.  
A har rett til en stilling på 100 prosent.

### Nemndas sammensetning

Steffen Rogstad, nestleder

Jan Eikeland, Akademikerne, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

### **Sakens bakgrunn**

A er fast ansatt som deltidsekspeditor i stilling på 37,3 prosent (14 timer per uke) hos B, for tiden i butikken [avdeling].

Den 4. august 2023 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B avslo kravet i brev av 7. september 2023 og begrunnet avslaget med at omfanget av merarbeid var lavere enn angitt, at det ikke var jevnlig utført og at behovet for merarbeidet uansett var borte.

I perioden 1. september – 31. desember 2023 har A hatt midlertidige stillingsutvidelser til mellom 28,5 og 39 timer per uke.

A har opplyst at han har fått tilbud om ett års midlertidig stillingsutvidelse til 100 prosent.

### **Sakens dokumenter**

A sendte saken til nemnda 27. september 2023.

Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 27. september 2023
- brev av 3. oktober 2023
- brev av 7. desember 2023
- brev av 16. januar 2024
- brev av 17. januar 2024

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 25. oktober 2023
- brev av 15. november 2023
- brev av 15. desember 2023
- brev av 26. januar 2024

### **Arbeidsgivers syn på saken**

B hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi det ikke lenger er behov for mesteparten av merarbeidet på 1182 timer. Det gjenværende behovet for dekning av ferie og fridager, ca. 252 timer, fyller ikke kravet til jevnlighet.

Dersom nemnda ikke anser behovet bortfalt, er i alle fall omfanget av merarbeidet lavere enn hva A har opplyst.

### **Bortfalt behov**

Behovet for merarbeidet skyldtes i hovedsak langvarig sykefravær,

sesongsvingninger/arrangementer og ombygging av butikk. Behovet for til sammen 732,25 timer fordelt slik er det ikke lenger behov for:

- 306,5 t - sykefravær
- 117,25 t - kompetansehevende tiltak
- 193 t - ombygging av butikk i januar/februar 2023
- 7 t - jubileum
- 10 t - særavtale
- 4,5 t - andre butikker
- 85,25 t – annet /fravær andre ansatte

Fire av fem sykemeldte har returnert. Den siste er kun 50 prosent sykmeldt fra en 80 prosent stilling. I tillegg er to personer kommet tilbake fra permisjoner i 40 prosent stillinger.

Ombygging av butikken på [avdeling] var en omfattende renovering og oppgradering og det vil anslagsvis gå 10 år til neste gang et slikt behov oppstår.

Et eventuelt videre behov for merarbeid ved sesongsvingninger og ferieavvikling/fravær må fordeles på øvrige ansatte. Det gjenstående behovet etter dette vil ikke oppfylle jevnlighetskriteriene, men er typiske svingninger som ifølge forarbeidene ikke er tilstrekkelig for å få utvidet stilling etter § 14-4 a.

A sitt merarbeid utenfor beregningsperioden er ikke relevant og han har dessuten hatt midlertidige arbeidsavtaler etter beregningsperioden.

#### Omfanget av merarbeid er lavere enn kravet

Følgende ekstravakter anser arbeidsgiver uansett ikke som merarbeid:

Kompetansehevende tiltak og selvstudier, 117,25 timer, er frivillig og det står ingenting om dette i arbeidsavtalen. Selv om det er lønnet, er det ikke «arbeid» etter § 14-4 a, i motsatt fall vil det da være mulig å få utvidet stilling ved økende bruk av dette tilbudet.

10 timer av merarbeidet er regulert gjennom særavtale på aftensdager og må anses som avtalt arbeidstid. Dette er frivillig, planlagt i god tid og godtgjøres med 200 prosent lønn. Ansatte som har arbeidsdag kompenseres med fridag på påskeaften og nyttårsaften.

Fravær som A har hatt på dager han har vært oppsatt på ekstravakter, 37,5 timer, er ikke merarbeid.

#### **Arbeidstakers syn på saken**

A hevder at han har rett til stillingsutvidelse tilsvarende ekstravaktene som går fram av timelistene. Merarbeidet er jevnlig utført og arbeidsgiver har ikke lagt fram konkret dokumentasjon eller sannsynliggjort at behovet for merarbeidet har bortfalt. B har gjort seg

avhengig av ekstravakter og er en «deltidsversting». Hele 62,5 prosent er deltidsansatte. [fagforening] har de siste måneder fått et stort antall tilsvarende saker.

#### Alle ekstravakter skal med i beregningsgrunnlaget

Det ikke er inngått noen midlertidige arbeidsavtaler. A har under og etter beregningsperioden, jevnt over og fortløpende fått tildelt ekstravakter gjennom [...] -appen. Dette er gjennomgående uforutsigbart. Årsaken til merarbeidet er ikke relevant.

Særavtale om helligdagsvakter er mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte. Den gir ingen informasjon om når eller hvor mye den enkelte skal arbeide og er ikke en individuell arbeidsavtale som regulerer konkret fremtidig arbeidstid.

Kompetansehevende tiltak er også utført utover den opprinnelige avtalen, i regi av, og lønnet av arbeidsgiver.

#### Merarbeidet er jevnlig utført

A har hatt merarbeid hver uke, med få unntak. Både hyppigheten og omfanget av ekstraarbeidet har vært stort og det vitner om et stabilt behov for arbeidskraft.

#### Behovet for merarbeidet er ikke dokumentert bortfalt

Den faktiske bruken av arbeidstimer i 2023 hadde et veldig lite avvik i forhold til budsjettet. Dette kan tyde på at arbeidsgiver har innkalkulert behovet for merarbeid som tilsynelatende er stabilt og stort gjennom hele året.

Ombygging av butikk er vanlig på grunn av driftens art.

Etter beregningsperioden, i perioden 4. august - 31. desember 2023 har A utført 453,5 merarbeidstimer, til tross for at 4 av 5 langtidssykemeldte har kommet tilbake. De midlertidige avtalene er proforma og stillingsomfanget fylles inn på slutten av eller etter perioden.

Kollegers ferieavvikling vil det være behov for å dekke også framover.

Sykefraværet har ikke vært ekstraordinært og det er mange ansatte med lav stillingsbrøk, likevel er det utført mye merarbeid, 306,5 timer, noe som viser et stort behov.

Det vil alltid være et behov for arbeid tilknyttet høysesonger som kommer hvert år.

Det er vanlig med ulike arrangementer, så heller ikke behovet for 7 timer i tilknytning til 100-årsjubileum anses bortfalt.

## **Lovgrunnlag og hva partene er uenige om**

Etter arbeidsmiljøloven § 17-2 har Tvisteløsningsnemnda myndighet til å avgjøre tvister etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a:

*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 merarbeid ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.*

Slik nemnda forstår saken er partene uenige om hvor mye merarbeid A har utført, om det er utført jevnlig og om arbeidsgiver har dokumentert at behovet for merarbeid har bortfalt.

## **Nemndas begrunnelse**

Nemnda har enstemmig kommet til at arbeidstaker får medhold i sitt krav.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

### Tolvmånedersperioden

Etter bestemmelsens ordlyd og fast praksis i nemnda, er siste dag i tolvånedersperioden dagen før arbeidstaker fremmet kravet. A fremmet kravet 4. august 2023. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 4. august 2022 til og med 3. august 2023.

### Hvor mange timer har A arbeidet utover avtalt arbeidstid?

Nemnda har kommet til at A har arbeidet 1134,5 timer utover avtalt arbeidstid i tolvånedersperioden etter fratrukk av 37,5 timer han var fraværende.

Nemnda har tatt utgangspunkt i arbeidsgivers timeoversikt som partene er enige om, og som summert utgjør 1172 timer.

Både arbeid etter fast deltidsstilling og etter midlertidige arbeidsavtaler, for eksempel vikariater, regnes som avtalt arbeidstid. Dette inngår derfor ikke i beregningsgrunnlaget. Dette står i forarbeidene til bestemmelsen (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2).

Hvis det ikke er inngått en avtale om en midlertidig stillingsutvidelse, regnes merarbeid som «arbeid utover avtalt arbeidstid» uansett årsaken til merarbeidet. Dette står i forarbeidene til bestemmelsen (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2) og er fast praksis i nemnda.

Nemnda viser til at arbeidsgiver verken har opplyst om, eller lagt fram, arbeidsavtaler som dekker merarbeidet. Nemnda viser ellers til forarbeidene der det er understreket at årsaken ikke har betydning for hva som anses som merarbeid. Dette innebærer at alle timene A har arbeidet utenom den faste stillingen er «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Nemnda presiserer at også kurs/kompetanseheving i regi av arbeidsgiver, som også er lønnet av arbeidsgiver, og arbeid i andre butikker enn den faste anses som merarbeid etter § 14-4 a så lenge det ikke er inngått skriftlig avtale om dette.

Når det gjelder særavtale for helligdager, bemerker nemnda at dette ikke er den type midlertidig stillingsutvidelse som forarbeidene viser til. Særavtalen er inngått på virksomhetsnivå og gir ingen forutsigbarhet med hensyn til når eller hvor mye en arbeidstaker skal jobbe.

Arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende «faktisk arbeidstid». Beregningen skal derfor foretas på grunnlag av de timer arbeidstaker faktisk har arbeidet. Planlagte merarbeidstimer hvor arbeidstaker har hatt ferie, vært syk eller hatt permisjon med lønn holdes derfor utenfor beregningsgrunnlaget. Dette er også lagt til grunn i nemndas tidligere praksis, se for eksempel vedtak 154/20, 140/20, 131/20, 138/19, 88/19 og 62/18. Nemnda har derfor trukket fra 37,5 timer som det går fram av timelistene at A har vært fraværende.

#### Er merarbeidet utført jevnlig?

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig.

Det er et vilkår at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid. I forarbeidene (Prop. 83 L for 2012-2013) står det at man må vurdere merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet. Det må være utført et visst merarbeid gjennom hele beregningsperioden, men det kan være opphold i merarbeidet, for eksempel ved fravær som ferie eller sykefravær. Det er heller ikke nødvendig at merarbeidet er utført ukentlig e.l.

Nemnda bemerker at jevnlighetsvurderingen gjøres på bakgrunn av de faktisk utførte merarbeidstimene og ikke på bakgrunn av et eventuelt gjenværende behov for merarbeid.

Nemnda viser til at A har utført et stort omfang av merarbeid og at det er utført så godt som hver eneste uke gjennom hele tolv månedersperioden. Merarbeidet oppfylder utvilsomt kravet til jevnlighet.

#### Har B dokumentert at virksomheten ikke lenger har behov for A sitt merarbeid?

Nemnda har kommet til at B ikke har dokumentert at det ikke lenger er behov for A sitt merarbeid.

Arbeidsgiver må dokumentere at virksomheten ikke har behov for merarbeidet i tiden framover. Dette følger av lovens ordlyd og forarbeidene.

Planer om endringer i bemanningen må være konkrete og aktuelle å gjennomføre. Endringene må også redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der det er utført. Dette følger av forarbeidene og nemndas praksis.

Nemnda viser til at B ikke har lagt frem dokumentasjon som viser at det vil være mindre behov for A sitt merarbeid i tiden etter at avslaget ble gitt. Tvert imot har arbeidsgiver etter

beregningsperioden gitt A midlertidige stillingsutvidelser med stadig økende stillingsprosent, den siste er opplyst å være et års avtale på 100 prosent stilling.

Nemnda kan etter dette ikke se at behovet for merarbeidet har blitt redusert nevneverdig ved at de fleste sykmeldte har kommet tilbake og permisjoner er avsluttet. Å dekke opp for kollegers fravær, enten det er ferie, kurs, permisjon eller annet, vil etter nemndas oppfatning være et vedvarende behov hos arbeidsgiver. Nemnda viser i denne forbindelse til at arbeidsgiver selv opplyser at A har fått midlertidige ansettelsesavtaler i perioden september - desember 2023, blant annet på grunn av langvarige sykemeldinger.

Nemnda kan ikke se at behovet for merarbeid i forbindelse med høytider vil være endret i tiden framover. Dette er slik nemnda ser det, årlig gjentakende forutsigbare behov som vil være der også i framtiden.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedersperioden.

#### Utrekning av ny stillingsprosent

For å komme fram til riktig stillingsutvidelse må nemnda beregne hvor stor stillingsprosent merarbeidet utgjør i forhold til en full stilling. I en full stilling ville A arbeidet 1762,5 timer, når ferien han har rett til (25 dager) er trukket fra. A sitt merarbeid er 1134,5 timer. A har dermed utført merarbeid tilsvarende 64,37 prosent stilling. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 101,67. Ettersom en arbeidstaker ikke kan ha mer enn full stilling hos samme arbeidsgiver, har A krav på en økning av sin stilling til 100 prosent.

#### **Twisteløsningsnemnda**

Steffen Rogstad  
Nestleder

16. februar 2024