

## **VEDTAK NR 212/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte 14. desember 2016.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder  
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS  
Gry Brandshaug Dale, KS

**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 i dag fast ansatt som deltidsekspeditor i stilling på 55,99 prosent (21 timer per uke) hos B. Ved fremsettelsen av kravet var A fast ansatt i 37,33 prosent stilling.

I perioden 1. oktober 2014 til 31. desember 2014 hadde A en midlertidig avtale på økt stilling til 21 timer i uken. A fikk utvidet sin faste stilling fra 37,33 prosent (14 timer per uke) til 55,99 prosent (21 timer per uke) fra og med 1. oktober 2016.

Den 23. januar 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev datert 21. august 2015. Avslaget var begrunnet med at behovet for merarbeid var bortfalt.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 654,75 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 23. januar 2014 til 22. januar 2015. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 16. september 2015, poststemplett 17. september 2015.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 16. september 2015
- brev datert 6. oktober 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 15. oktober 2015
- e-post av 4. november 2016
- e-post av 7. desember 2016
- e-post av 9. desember 2016

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir han rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører i det vesentligste at behovet for merarbeid er bortfalt. Omsetningen har gått ned og følgelig har behovet for arbeidskraft blitt redusert. 2014 var preget av mye fravær, blant annet mange langtidssykemeldinger. I 2015 har det ikke vært behov for å dekke opp for dette fraværet. As merarbeid har i stor grad blitt utført for å dekke sykefravær og permisjoner. Merarbeidet som følge av dette har skjedd etter arbeidstakers eget ønske og under en klar avtale om at merarbeidet var midlertidig. Arbeidsgiver har avvist krav som ikke er knyttet til

sesong, sykefravær og ferie ut fra en begrunnelse om at det ikke er jevnlig merarbeid. Arbeidsgiver anfører at sykefravær, personalmøter, kurs og smakinger ikke kan regnes som merarbeid. I tillegg er ikke butikken lenger en spesialbutikk, hvor faste lanseringer tidligere førte til merarbeid.

### **Tvistløsningsnemndas 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).

Etter 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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 23. januar 2015. 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 23. januar 2014 til 22. januar 2015.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt hvilke vakter som regnes som merarbeid, om merarbeidet er utført jevnlig og om behovet for merarbeidet har bortfalt.

Når det gjelder anførselen om at merarbeid som følge av sykefravær, personalmøter, kurs og smakinger ikke kan tas med i beregningen viser nemnda til departementets uttalelse i Prop. 83 L (2012-2013) pkt. 4.4.4.2:

*«Det bestemmelsen tar sikte på å omfatte, er jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Den typiske situasjonen vil være der arbeidstaker arbeider «ekstravakter» utover avtalen, eller av andre grunner arbeider «overtid» i sin deltidsstilling, såkalt merarbeid. Årsaken til ekstraarbeidet er for så vidt uten betydning. Bestemmelsen skal derfor gjelde uavhengig av om det er økt arbeidsmengde, sykefravær eller andre forhold som begrunner behovet.»*

Merarbeid som følge av sykefravær, personalmøter, kurs og smakinger er således omfattet av bestemmelsen og skal tas med i beregningen.

A har videre hatt en midlertidig arbeidsavtale om økt stilling til 21 timer per uke i perioden 1. oktober 2014 til 31. desember 2014. Det er opplyst at kontrakten ble justert i forbindelse med fravær til en navngitt arbeidstaker. Timer arbeidet under den midlertidige avtalen skal ikke tas med i beregningen, da arbeidet ikke kan betraktes som merarbeid utover avtalt arbeidstid.

Nemnda legger således til grunn at alt merarbeid utover fast stilling og avtalt midlertidig stilling i denne saken skal regnes med.

Videre må nemnda ta stilling til om merarbeidet er utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Vurderingen av jevnlighetskriteriet er utpreget skjønnsmessig og 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 opptjeningsperioden, 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 opptjeningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver. For øvrig vises det til vedtak 20/16, hvor nemnda har gitt en utførlig beskrivelse av sitt syn på forståelsen av jevnlighetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet må A ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i opptjeningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har utført merarbeid hver måned i beregningsperioden bortsett fra oktober hvor han hadde midlertidig økt stilling. 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.

Det følger imidlertid av arbeidsmiljøloven § 14-4 a at deltidsansatte har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, med mindre arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger.

Nemnda har i tidligere praksis lagt til grunn at det avgjørende vil være om arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver tok stilling til arbeidstakers krav eller at en sannsynlig utvikling i nær fremtid vil kunne ha samme virkning. Arbeidsgiver har anført at omsetningen har gått ned og at behovet for merarbeid dermed er redusert. Videre er det anført at 2014 var preget av mye fravær, blant annet mange langtidssykemeldinger. I 2015 har det ikke vært behov for å dekke opp for dette fraværet. I tillegg er ikke butikken lenger en spesialbutikk, hvor faste lanseringer tidligere førte til merarbeid.

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.*

På s. 86 heter det:

*Arbeidsgiver må i tilfelle legge fram konkret dokumentasjon som kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har samme behov for merarbeidet.*

Arbeidsgiver har opplyst at de har hatt en betydelig nedgang i omsetning grunnet etablering av flere butikker i Stavanger/Sandnes området de siste årene. Pr. 1. oktober 2015 var det en nedgang på over 60 000 liter, som utgjør en omsetningssvikt på litt over 4,3 mill. Som følge av den nedsatte omsetningen er behovet for arbeidskraft betydelig redusert. I 2014 brukte butikken 17454 timer, prognosene for 2015 var 14719 timer, en nedgang på 2735 timer. I tillegg er ikke butikken lenger en spesialbutikk, hvor faste lanseringer tidligere førte til merarbeid.

Nemnda har etter en konkret helhetsvurdering kommet til at virksomheten i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at behovet for merarbeid var bortfalt på avslagstidspunktet eller sannsynligvis ville bortfalle i nær framtid. Til tross for at arbeidsgiver ikke har erstattet arbeidstaker som har sluttet, så har arbeidsgiver dokumentert at behovet for As merarbeid har bortfalt. Merarbeidet kan således ikke anses som et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for As arbeidskraft. Nemnda finner at arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke gir A rett til ytterligere stillingsutvidelse for hans merarbeid i beregningsperioden.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

Oslo, 15.12.2016

### **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).