

## **VEDTAK NR 172/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 21. juni 2017.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder

Per Engeland, Virke

Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne

**Saken gjelder**

Twist 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 har vært fast ansatt som bussfører hos B fra 1. april 2008. Opprinnelig i en stilling på 40 prosent. Stillingen ble økt til 55 prosent 29. juli 2014, og senere til 73 prosent med virkning fra 1. oktober 2014.

B gikk til oppsigelse av A i brev datert 15. desember 2015, mottatt av A 28. desember 2015. Det ble avholdt forhandlingsmøte 25. januar 2016. A tok ut stevning for Oslo tingrett 18. februar 2016, med påstand om at oppsigelsen kjennes ugyldig. Det ble tatt forbehold om å kreve erstatning/oppreisning.

Ved prosesskriv 7. juli 2016 utvidet A søksmålet og fremsatte krav om fastsettelsesdom for at «A er fast ansatt hos B med stillingsbrøk 100 %» samt krav om erstatning/oppreisning. Det rettslige grunnlaget ble oppgitt å være den ulovfestede culperegelen, og at A hadde rett til å stå i stilling og fortsette å utføre arbeid i samme størrelsesorden som tidligere.

I prosesskriv av 24. juli 2016 la arbeidsgiver ned påstand om avvisning av kravet om fast ansettelse med den begrunnelse at det kunne synes som kravet var forankret i 14-4 a, og at kravet da først måtte bringes inn for tvisteløsningsnemnda. Alternativt en presumsjon om ulovlig midlertidig ansettelse etter § 14-11.

I prosesskriv av 11. august 2016 meddelte arbeidstaker at han trakk kravet om fast ansettelse i full stilling, da dette kravet ville bli fremmet for tvisteløsningsnemnda. A fremmet krav for tvisteløsningsnemnda ved brev av 11. august 2016.

Det ble avsagt dom i Oslo tingrett den 14. september 2016 med følgende slutning og kjennelse:

1. B frifinnes for kravet om at oppsigelsen er ugyldig.
2. B dømmes til å innen 14 dager etter dommen er forkynt å betale kr 100.000 i erstatning til A for for lite utbetalt lønn.
3. Sakskostnader tilkjennes ikke.

Kjennelse:

1. A fratrer sin stilling 14 dager etter kjennelsen er forkynt.
2. A dømmes til å innen 14 dager etter kjennelsen er forkynt å betale B' kr 1.800 i sakskostnader.

Tingretten tok prejudisielt stilling til om A ville kunne nå frem med et krav etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Tingretten kom til at kriteriene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a var oppfylt på bakgrunn av As merarbeid i 2014 og 2015, og at han dermed i realiteten hadde en høyere stillingsbrøk enn 73 prosent. Retten tok utgangspunkt i As krav om å fortsette i stillingen, og at han ut fra timetallet i 2015 hadde jobbet mer enn full stilling. Han hadde dermed krav på å fortsette i full stilling mens saken pågår, inntil fratreden, jf. kjennelsen (14 dager etter forkynnelsen), og fikk dermed tilkjent erstatning for for lite utbetalt lønn.

A har anket dommen og kjennelsen i sin helhet, og saken er berammet for Lagmannsretten 13.-15. februar 2018, med følgende påstand:

1. Oppsigelsen av 15 desember 2015 kjennes ugyldig.

2. B tilpliktes å betale erstatning/oppreisning til A med et beløp utmålt etter rettens skjønn.
3. A tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

Arbeidsgiver har inngitt avledet anke, og bestridt at det foreligger grunnlag for erstatning basert på at A hadde rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i henhold til arbeidsmiljøloven §14-4 a.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 11. august 2016. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 11. august 2016 med vedlegg
- brev datert 28. oktober 2016 med vedlegg
- brev datert 28. mars 2016 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 15. september 2016 med vedlegg
- e-post av 10. mars 2017 med vedlegg
- e-post av 15. mars 2017 med vedlegg
- e-post av 18. april 2017 med vedlegg
- e-post av 15. juni 2017 med vedlegg

### **Arbeidstakers anførsler**

A ber tvisteløsningsnemnda fastsette hans stillingsbrøk ved skjønn, oppad begrenset til full stilling, og anfører i det vesentligste:

Det anføres at A fremsatte krav til arbeidsgiver om at han var å anse som ansatt i full stilling. Kravet ble fremmet ved prosesskriv for Oslo tingrett 7. juli 2016. Arbeidsgiver besvarte kravet i prosesskriv av 24. juli 2016. As krav er dermed fremsatt innen fireukersfristen.

Det anføres at arbeidsgiver urettmessig har utestengt A fra ekstravakter siden årsskiftet 2015/2016, og at nemnda derfor bør fravike lovens angitte beregningsperiode. A har i 2014 og 2015 hyppig og jevnlig arbeidet mer enn sin faste stilling på 73 prosent. I kalenderåret 2015 arbeidet A 667 timer ekstravakter, noe som tilsvarer en stilling på 39,51 prosent. I 2014 anføres det at A har jobbet mer enn dette.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører primært at det ikke er fremmet noe krav ovenfor arbeidsgiver, og at A dermed ikke har noe krav etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Subsidiært anføres det at saken er for sent fremmet, da kravet baserer seg på As rett til å stå i stilling, som i tilfelle må anses å foreligge ved stevningen datert 18. februar 2016.

Atter subsidiært anføres at dersom prosesskrivet av 7. juli 2016 legges til grunn som et krav, vil ikke arbeidstaker ha utført merarbeid jevnlig, siden han ikke har utført merarbeid siden november 2015. Det anføres at det ikke finnes grunnlag for å legge en annen

beregningsperiode til grunn. Det anses ikke relevant at arbeidstaker tidligere har jobbet jevnlig.

### **Twisteløsningsnemndas merknader**

Twist 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.

Arbeidstaker har som følge av tingrettens kjennelse fratrudd stillingen, noe som reiser spørsmål om arbeidstaker har rettslig interesse i å få kravet om utvidet stilling avgjort av tvisteløsningsnemnda.

Etter arbeidsmiljøloven § 17-2 er det kun «tvister» som nevnt i § 14-4 a som kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda for avgjørelse. Nemnda har i tidligere saker lagt til grunn at det bare foreligger en tvist i bestemmelsens forstand der arbeidstaker har et reelt behov for å få avgjort saken. Om et reelt behov foreligger, må på samme måte som etter tvistelovens § 1-3 avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det. Kravet til et reelt behov for avgjørelse må etter nemndas oppfatning anses som et generelt vilkår og må også gjelde i denne saken. Aktualitetskravet er presisert av Høyesterett i en rekke avgjørelser.

Nemnda har kommet til at arbeidstakeren her har rettslig interesse i å få saken behandlet av tvisteløsningsnemnda. Arbeidstakeren har i dag fratrudd stillingen, og har ikke rett til å stå i stillingen under ankebehandlingen. Tingrettens dom er imidlertid anket, med påstand om at oppsigelsen er ugyldig. Arbeidstaker kan få medhold i at oppsigelsen er ugyldig, og vil da ha en interesse i å få avgjort hvilken stillingsprosent han skal tre inn i. Arbeidstaker har dermed en rettslig interesse i å få avgjort hvilken stillingsprosent han eventuelt skal tre inn i dersom lagmannsretten skulle konkludere med at oppsigelsen er ugyldig. Den rettslige interessen må foreligge helt frem til tvisteløsningsnemnda tar stilling til saken, jf. Schei m.fl. Kommentirutgave til tvisteloven side 77, og det foreligger dermed per i dag rettslig interesse i at nemnda tar stilling til kravet.

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.

Nemnda er av den oppfatning at rettigheten til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a utløses av arbeidstakers krav, og at det derfor må foreligge et krav fra arbeidstaker før man kan påberope seg en rettighet etter bestemmelsen. Departementet uttalte i Prop.83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.3 at «arbeidstaker selv i melding/søknad til arbeidsgiver må fremsette krav om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid og oppgi grunnlaget for sitt krav. Det er ikke foreslått noen formkrav for et slikt krav fra arbeidstaker.»

Nemnda må derfor i første omgang ta stilling til om og eventuelt når arbeidstaker har fremmet et krav.

A tok ut stevning for Oslo tingrett 18. februar 2016, med påstand om at oppsigelsen kjennes ugyldig. Det ble tatt forbehold om å kreve erstatning/oppreisning. Etter nemndas oppfatning ble det ikke fremsatt noe krav om økt stilling etter arbeidsmiljølovens § 14-4 a i stevningen.

Ved prosesskriv 7. juli 2016 utvidet arbeidstaker søksmålet med krav om fastsettelsesdom for at «A er fast ansatt hos B med stillingsbrøk 100 %» samt krav om erstatning/oppreisning. Det rettslige grunnlaget var oppgitt å være den ulovfestede culperegelen, og at A hadde rett til å stå i stilling og fortsette å utføre arbeid i samme størrelsesorden som tidligere. Til tross for at arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke ble nevnt, finner nemnda under tvil at dette i realiteten må anses som et krav om større stilling. Oppfatningen styrkes av at arbeidsgiver i prosesskriv av 24. juli 2016 oppga at det kunne synes som kravet var forankret i 14-4 a, og at kravet da først måtte bringes inn for tvisteløsningsnemnda. Nemnda legger etter dette til grunn at det ble fremsatt et krav etter arbeidsmiljøloven 14-4 a overfor arbeidsgiver den 7. juli 2016, og at kravet ble avslått ved prosesskrivet av 24. juli 2016, da arbeidsgiver la ned påstand om avvisning av kravet om fast ansettelse.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 11. august 2016, og er dermed fremsatt i tide, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 4 (1), som angir at frist for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet frem til arbeidstaker.

Det er videre påberopt, fra arbeidstakers side, at det skal legges en annen beregningsperiode til grunn enn den som følger av kravtidspunktet, slik lovteksten angir.

I Prop.83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.3 «Beregningsperiode på 12 måneder» uttaler departementet følgende om tidspunktet for beregningsperioden:

*«I høringsrunden har flere av høringsinstansene bedt om en klargjøring med hensyn til hvilket tidspunkt som skal være utgangspunkt for beregning av tolv månedersperioden. For å unngå enhver tolkningstvil på dette punkt foreslår departementet at det presiseres i lovteksten at referanseperioden på 12 måneder skal regnes tilbake i tid fra det tidspunkt da den deltidsansatte fremmet krav om rett til stilling etter bestemmelsen.*

*Departementet foreslår at arbeidstaker selv i melding/søknad til arbeidsgiver må fremsette krav om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid og oppgi grunnlaget for sitt krav. Det er ikke foreslått noen formkrav for et slikt krav fra arbeidstaker. Det vises til at lønnsplaner og arbeidsplaner kan være relevant dokumentasjon, og i følge arbeidsmiljøloven § 10-7 plikter arbeidsgiver å føre oversikt over arbeidstakers faktiske arbeidstid.»*

Det foreligger således ikke noe grunnlag for å fravike lovens ordlyd om at tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav. Med dette som utgangspunkt må nemnda legge til grunn at den relevante beregningsperioden i denne saken er fra og med 7. juli 2015 til og med 6. juli 2016.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet har A etter dette ikke krav på økt stilling. Kriteriet byr på en konkret og skjønsmessig 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. 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.

I denne saken er det kun utført merarbeid i de første 19 ukene av beregningsperioden, og av disse ukene er det i tillegg 5 sammenhengende uker uten merarbeid. Det er derfor ingen tvil om at merarbeidet ikke er utført jevnlig.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

03.07.2017

### **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).