



Vedtaksdato  
31. mai 2019

Vår referanse  
19/11815

Saksbehandler  
Nina N. Hermansen

## **VEDTAK NR. 80/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte 27. mai 2019.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Steffen G. Rogstad, nestleder  
Silje Hassellund Solberg, LO  
Silje Stadheim Almestrand, NHO

### **Saken gjelder**

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

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B AS

## **Det ble truffet slikt vedtak:**

### **Saksforhold**

A er fast ansatt som resepsjonist i stilling på 40 prosent, ca. 15 timer pr. uke, gjennomsnittlig 63 timer pr. måned, hos B AS. A gikk fra en nattevaktstilling til dagvaktstilling i 11. april 2018.

Den 23. januar 2019 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev av 24. januar 2019. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført som følge av virksomhetens behov for varig bemanningsøkning.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 15. februar 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 15. februar 2019
- brev datert 5. april 2019
- e-post av 20. mai 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 8. mars 2019
- e-post av 2. mai 2019
- to e-poster av 8. mai 2019
- to e-poster av 9. mai 2019
- e-post av 22. mai 2019

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Hun har utført jevnlig merarbeid og har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Det er fortsatt behov for merarbeid og ingen av hennes merarbeidstimer skal ut av beregningsgrunnlaget.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B AS anfører i det vesentligste:

A har ikke rett til utvidet stilling. Merarbeidet er opparbeidet på bakgrunn av ekstravakter, vaktbytter og vikariater og ikke som følge av virksomhetens behov for varig bemanningsøkning. På grunn av omorganisering vil A kun gå vakter ved X i V, og der er det ikke behov for økt bemanning. B AS gjennomførte en nedbemanningsprosess i desember 2018 hvor flere ansatte fikk sine stillinger redusert, ved en eventuell økning av bemanningen vil disse ha fortrinn for økt stillingsprosent. På X Hotel V har de fått ansatt ny booking manager 1. april 2019. Det er ikke lenger behov for merarbeid, de har kun ekstravakter i

forbindelse med arbeidstopper i høysesong. Bedriften har rett til å ha ekstravakter og er avhengig av å ha et visst antall ansatte for å ha nødvendig fleksibilitet og for å kunne operere innenfor gitte rammer og lover. Arbeidsgiver anfører at å avvike fra dette vil være en vesentlig ulempe for bedriften.

### **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 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 23. januar 2019. 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 23. januar 2018 til og med 22. januar 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 678,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1848 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at § 14-4 a tar sikte på å omfatte jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Årsaken til ekstraarbeidet er for så vidt uten betydning. Bestemmelsen gjelder uavhengig om det er økt arbeidsmengde, sykefravær eller andre forhold som begrunner behovet. Nemnda finner derfor at alle vaktene skal med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. 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 har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden bortsett fra desember 2018. 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 har anført at behovet for arbeidstakers merarbeid ikke lenger foreligger. 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.»*

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 dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Arbeidsgiver har opplyst at B AS gjennomførte en nedbemanningsprosess i desember 2018 hvor flere ansatte fikk sine stillinger redusert. Utover dette er det ikke konkretisert eller dokumentert hvilke følger nedbemanningen har hatt for behovet for merarbeid. I og med at opptjeningsperioden nesten var slutt da en resepsjonist tok over

funksjonen som booking manager, er det vanskelig se at noe av merarbeidet er opptjent som en konsekvens av dette forhold og det kan heller ikke ansees bortfalt som følge av at en ny booking manager tiltrådte i 2019. Nemnda kan heller ikke se at de øvrige endringene B AS har påberopt er tilstrekkelig konkretisert til at det kan legges til grunn at behovet for merarbeid har falt bort.

Nemnda har etter dette kommet til at A sitt merarbeid må gi full uttelling ved beregning av utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

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 1670,31 timer.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 678,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 40,62. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 80,62.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 40,62.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad  
Nestleder

31. mai 2019

### **Til orientering:**

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (4).