



Vedtaksdato  
06. desember 2019

Vår referanse  
2019/26506

Saksbehandler  
Mona Ekelund

## **VEDTAK NR 164/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 5. desember 2019.**

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Steffen G. Rogstad, nestleder  
Marianne Pedersen, Virke  
Silje Hassellund Solberg, LO

### **Saken gjelder**

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

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B kommune

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

### **Saksforhold**

A er fast ansatt som miljøarbeider i stilling på 33,92 prosent i B kommune, for tiden med tjenestested i C bofelleskap. Han hadde permisjon fra sin faste stilling i perioden 9. oktober 2017 - 31. juli 2018 og tiltrådte et vikariat på 57 prosent.

Den 25. mars 2019 fremsatte A krav om stillingsutvidelse til minst 60 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Den 1. april 2019 fikk A stillingsøkning med 5,16 prosent grunnet en vakant stilling som ble fordelt på flere ansatte.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 3. juli 2019. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke oppfylte kravet til jevnlighet og at deler av behovet var bortfalt som følge av tilsetninger i vakante stillinger og redusert bemanning etter ny bemanningsplan fra 1. april 2019.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 12. august 2019, poststempelt 13. august 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 12. august 2019 med vedlegg
- e-post av 27. august 2019 med vedlegg
- brev datert 27. august 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- 2 e-poster av 11. september 2019 med vedlegg

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Han har krav på økning av sin faste stilling med 29 prosent.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

Merarbeidet oppfyller ikke kravet til jevnlighet da det nesten ikke er utført merarbeid de fire første månedene i beregningsperioden. En del av behovet er bortfalt som følge av ansettelse i vakante stillinger, endring av bemanningsplanen og ny grunnturnus fra 1. april 2019.

### **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.

Frist for å bringe saken inn for Tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet fram til arbeidstaker, jf. arbeidsmiljøloven § 17 2 a (1).

Arbeidsgiver avsto kravet i brev datert 3. juli 2019. Arbeidsgiver informerte hovedtillitsvalgte i Fagforbundet muntlig den 9. juli 2019 om at avslagsbrevet var lagt i posthyllen hennes på rådhuset. Vedkommende ble først kjent med avslaget 23. juli 2019 da hun returnerte til jobb etter ferie.

Etter nemndas oppfatning kan ikke fireukersfristen begynne å løpe før avslag har kommet frem til arbeidstaker eller dennes representant. Når arbeidsgiver i dette tilfellet valgte å benytte Fagforbundet sin posthylle på arbeidsplassen, kan ikke vedtaket etter nemndas oppfatning anses å ha kommet frem før vedkommende igjen var på jobb.

Nemnda har etter dette kommet til at tidspunktet for mottak av avslaget, den 23. juli 2019, gjelder som utgangspunkt for fristberegningen. I sak 32/07 konkluderte nemnda med at fristen løper fra arbeidsgivers brev blir lagt i arbeidstakers postkasse ved vanlig postforsendelse. Dette skiller seg fra denne saken ved at avslaget ble lagt i arbeidstakers representant sin posthylle på arbeidsstedet, se tilsvarende i sak 17/08. Fristen for å fremme saken for Tvisteløsningsnemnda utløp dermed 13. august 2019. Fagforbundet brakte saken inn ved brev datert 12. august 2019, poststemplet 13. august 2019. Nemnda har etter dette kommet til at saken er rettidig innbrakt.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 25. mars 2019. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 25. mars 2018 til og med 24. mars 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 583,83 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet for deler av merarbeidet har bortfalt.

Arbeidsgiver har anført at timer jobbet i forlengelsen av oppsatt vakt og timer i vakante stillinger som nå er besatt eller avviklet ikke skal tas med.

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 formelle stillingsandelen den deltidsansatte 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. Forarbeidene avgrenser imidlertid kriteriets anvendelsesområde mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt, og det understrekes at i slike tilfeller skal stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

I tråd med dette har nemnda kommet til at både timer arbeidet i forlengelsen av oppsatt vakt og vaktene A har arbeidet i de vakante stillingene er å anse som merarbeid som skal tas med i beregningstunlaget da det ikke foreligger noen midlertidig avtale om utføringen av dette arbeidet.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 583,83 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden.

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 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.

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Pedersens, har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig og at A ikke har krav på økt stilling. I de tre første ukene av beregningsperioden er det kun utført 2,5 timer merarbeid. I tillegg er det i en sammenhengende periode på 9 uker fra 2. mai - 8. juli 2018 kun utført merarbeid i form av en enkelt vakt. Samlet sett har merarbeidet etter flertallets oppfatning dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Flertallet har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a kommet til at A ikke kan få medhold.

Nemndas mindretall, medlemmet Solberg, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter mindretallets oppfatning

utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Mindretallet viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden. Mindretallet finner at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Ettersom flertallet har konkludert med at merarbeidet ikke er jevnlig er det ikke nødvendig for mindretallet å ta stilling til hvorvidt behovet for noe av merarbeidet er bortfalt, eller å foreta en utregning av ny fast stillingsprosent basert på mindretallets konklusjon.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad  
Nestleder

6. desember 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).