



Vedtaksdato  
14. november 2019

Vår referanse  
2019/26432

Saksbehandler  
Anders R. Holm

## VEDTAK NR 152/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 7. november 2019.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder  
Silje Hassellund Solberg, LO  
Silje Stadheim Almestrand, NHO

### 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 er fast ansatt som butikkmedarbeider i stilling på 30 prosent hos B. A har vært ansatt siden 7. november 2016.

Den 2. mai 2019 fremsatte tillitsvalgte på vegne av A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Det ble avholdt et møte den 10. mai 2019, hvor A krav om stilling på 76 prosent ble avslått. Begrunnelsen var at merarbeidet skyldtes sykefravær og andre uforutsigbare hendelser, og at det derfor ikke var et varig behov. Arbeidsgiver mente at kravet derfor bortfalt siden de kunne dokumentere at behovet hadde bortfalt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 5. juni 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 5 juni 2019 med vedlegg
- e-post av 15. august 2019 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 9. juli 2019 med vedlegg
- e-post av 12. juli 2019 med vedlegg
- e-post av 3. oktober 2019 med vedlegg

### **Arbeidstakers anførsler**

A gjør gjeldende at hun har krav på utvidelse av sin stilling til 76 prosent og anfører i det vesentligste at hun har arbeidet mer enn sin opprinnelige stilling de siste 12 månedene. Hun har ikke fått kontrakt på at hun har jobbet for ansatte som var fraværende på grunn av sykdom, ferie, permisjon etc.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B mener at behovet for merarbeid ikke er varig og at behovet har bortfalt. Ekstravaktene A har arbeidet i beregningsperioden skyldes andre arbeidstakers ferie, sykefravær, vakante stillinger og andre påkommende behov. Butikken har hatt høyt sykefravær i perioden, noe i B jobber målrettet for å redusere. I tillegg har det vært vakanser i sentrale roller som salgsleder og butikksjef. Ny butikksjef er rekruttert, og tiltrer i august 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 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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 2. mai 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 2. mai 2018 til og med 1. mai 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 860 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget 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». 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».

Det fremgår av sakens dokumenter at A har hatt et midlertidig vikariat for salgsleder i perioden 2. juli 2018 til 5. august 2018. Fremlagt arbeidsavtale for vikariatet viser at stillingsstørrelsen er 27,31 prosent, og av timelistene fremgår det at det er utført til sammen 18,5 timer arbeid i vikariatet for salgsleder i den aktuelle perioden.

Arbeidstaker har tidligere opplyst at det ikke var arbeidsavtale for dette merarbeidet, men har ikke kommentert den aktuelle arbeidsavtalen som ble fremlagt under saksforberedelsen. Nemnda finner derfor at arbeidsavtalen for det midlertidige vikariatet må legges til grunn, slik at timene arbeidet i vikariat for salgsleder den aktuelle perioden ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, da det må anses som avtalt arbeidstid.

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 og at A må 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 beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter alle måneder i beregningsperioden, og tilnærmet i alle uker med unntak av kortere perioder med ferieavvikling. 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 som følge av redusert sykefravær og nyansettelser.

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 har dokumentert at deler av behovet for merarbeid har bortfalt.

#### Butikksjef

Det er fremlagt dokumentasjon på at tidligere butikksjef sa opp sin stilling den 21. februar 2019. Videre er det dokumentert at stilling som ny butikksjef ble utlyst i mars 2019, og at tilbud om stilling til ny butikksjef ble gitt den 13. mai 2019, med tiltredelse 1. august 2019.

Nemnda finner etter dette at arbeidsgiver på avslagstidspunktet var kjent med at behovet for merarbeid tilknyttet den forrige butikksjefens oppsigelse ville bortfalle i nærmeste framtid ved ansettelse av ny butikksjef. Timelistene viser at det i beregningsperioden ble utført 160 arbeidstimer i forbindelse med butikksjefens oppsigelse. Som følge av dette holdes 160 timer utenfor grunnlaget for stillingsutvidelse som følge av bortfalt behov.

#### Salgsleder

Det er fremlagt dokumentasjon på at tidligere salgsleder sa opp sin stilling den 11. mai 2018, og at ny salgsleder ble ansatt 6. august 2018. Timelistene viser at det i beregningsperioden ble utført 94,75 arbeidstimer i vakant stilling for salgsleder, i tillegg til timene dekket av midlertidig arbeidsavtale. Som følge av dette holdes 94,75 timer utenfor grunnlaget for stillingsutvidelse som følge av bortfalt behov.

#### Sykefravær

Arbeidsgiver har anført at behovet for merarbeid også er bortfalt som følge av redusert sykefravær. Dette som resultat av et målrettet og aktivt arbeid opp mot alle butikker. Til tross for at det har blitt etterspurt under saksforberedelsen, kan ikke nemnda se at arbeidsgiver har dokumentert et redusert sykefravær av betydning, verken i eller etter beregningsperioden.

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 1950 timer.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 841,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Etter fradrag for bortfalt behov på til sammen 254,75 timer gir det et grunnlag på 586,75 timer, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 33,3. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 63,3.

#### **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 33,3

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
Leder

14. november 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).