

## **VEDTAK NR 183/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Twisteløsningsnemnda avholdt torsdag 8. juni 2017.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Steffen Rogstad, nestleder  
Gry Brandshaug Dale, KS  
Silje Hassellund Solberg, LO

**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:**

A er fast ansatt som deltidsekspeditor i stilling på 49,33 prosent som utgjør 18,5 timer pr uke ved B.

I beregningsperioden har hun hatt 9 enkeltstående midlertidige vikariat for en dag:

- 23. februar 2015, 3. mars 2015, 5. mars 2015, 9. mars 2015, 27. april 2015, 30. april, 5. mai 2015, 12. mai 2015 og 25. januar 2016.

I beregningsperioden har hun hatt følgende midlertidige vikariat på to eller flere dager:

- 30. mars 2015 – 1. april 2015
- 20. april 2015 – 25. april 2015
- 1. juni 2015 - 22. august 2015
- 1. september 2015 – 30. september 2015
- 1. oktober 2015 til 31. oktober 2015
- 1. november 2015 til 30. november 2015
- 1. desember 2015 til 30. desember 2015

Den 17. februar 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse med grunnlag i utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo kravet i brev datert 18. oktober 2016. Avslaget var begrunnet med at behovet for merarbeid var bortfalt, herunder at det ikke var grunnlag til å tro at sykefravær av det omfang som har vært den siste tiden vil vedvare, samt at omstrukturering i selskapet vil føre til mindre utlån av timer til IT/butikkstøtte.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 730 timer utover sin faste stilling i perioden 17. februar 2015 til 16. februar 2016. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 8. november 2016.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 8. november 2016
- to eposter av 2. mai 2017
- brev av 31. mai 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- epost av 16. mai 2017
- epost av 1. juni 2017
- epost av 2. juni 2017
- epost av 14. juni 2017

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Behovet for merarbeid er fortsatt tilstede og retten til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid kan ikke omgås med enkeltstående midlertidige ansettelser. Arbeid etter dagvikariatene og de lengre midlertidige kontraktene skal regnes som merarbeid. De er oftest signert i ettertid og er kortvarig. Selv om de nå opplever salgssvikt på grunn av ombygging, har det vært behov for merarbeid. Fra juli 2017 og ut året skal hun midlertidig arbeide i en annen butikk på grunn av ombygging og nedgang i salg ved B.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører i det vesentligste at behovet for merarbeid har bortfalt. Behovet for å dekke opp for sykefravær og permisjoner er ikke lenger tilstede. Det er også nedgang i omsetning grunnet omfattende ombygging. Butikken har hatt en nedgang på over 44 000 liter som utgjør en omsetningssvikt på 7,4 millioner. Som en konsekvens av dette har de overført en stilling til en annen butikk. Behovet for merarbeid er betydelig redusert. Butikken anslår å bruke 2000 færre timer siden 2015. Nedgang i timeforbruket skyldes at to personer er gått over i uførepensjon og disse stillingene er ikke erstattet. I 2015 hadde butikken et høyere sykefravær og flere permisjoner enn normalt. Forholdene er nå normalisert ved at langtidssykemeldte og arbeidstakere i permisjon er tilbake i jobb.

Arbeidsgiver viser til at de har større behov for arbeidskraft på ukens siste dager enn tidligere i uken, noe som gjør det utfordrende å skape stillinger med stor stillingsbrøk.

### **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).

Etter 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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 17. februar 2016, og den påberopte opptjeningsperioden i denne saken er dermed fra 17. februar 2015 til 16. februar 2016.

Uenigheten mellom partene i denne saken er om behovet for merarbeid har bortfalt. Videre er de uenige om de avtalte vikariatene skal anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid» og derved inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda vil først ta stilling til om de avtalte vikariatene er «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at bestemmelsen 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 avgrensner 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». Som eksempel nevner forarbeidene en deltidsarbeidende med 50 prosent stilling som for en periode i tillegg er ansatt i et vikariat i 50 prosent for en kollega som er i foreldrepermisjon. I et slikt tilfelle vil arbeidstaker (for en tid) ha avtalt arbeidstid tilsvarende full stilling; tilleggsstillingen kan således ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». På den annen side presiseres det i forarbeidene at det ikke er «meningen at retten skal kunne uthules av at typiske ekstravakter konstrueres som enkeltstående midlertidige ansettelser». Det sentrale i vurderingen er «arbeidets varighet og dets karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon»» eller om det fremstår som «ekstraarbeid».

A har hatt 9 enkeltstående midlertidige avtaler for en dag, hvor avtalene som oftest enten er signert samme dag som arbeidet er utført eller i ettertid. Arbeidet er utført på grunn av ferie eller sykdom og fremstår for nemnda som ekstravakter som dekker en merarbeidssituasjon. Nemnda finner at vaktene etter alle disse enkeltstående midlertidige avtalene skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Arbeidstaker har også hatt flere midlertidige avtaler som strekker seg over en lengre tid.

A har hatt 5 midlertidige avtaler i periodene 20. april til 25. april 2015, 1. september til 30. september 2015, 1. oktober til 31. oktober 2015, 1. november til 30. november 2015 og 1. desember til 30. desember 2015. Alle disse avtalene er signert på slutten av avtaleperioden eller etter at arbeidet er utført. Nemnda finner følgende at vaktene etter disse avtalene skal tas med i beregningsgrunnlaget ettersom de fremstår for nemnda som ekstravakter som dekker en merarbeidssituasjon.

Arbeidstaker har også hatt en midlertidig avtale for perioden 30. mars til 1. april 2014 i forbindelse med påske. Avtalen er signert en stund på forhånd og nemnda finner at timene etter dette vikariatet ikke kan anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid» og skal trekkes fra beregningsgrunnlaget. Avtalen tilsvarende 21,75 timer.

Nemnda har i tidligere praksis, eksempelvis i sak 85/16, lagt til grunn at ferievikarvakter som inngikk i en forhåndsavklart sommerturnus, ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». I sak 182/16 ble en personlig underskrevet og avtalt turnus for arbeid som sommervikar ansett som avtalt arbeidstid.

Nemnda finner at merarbeidstimer etter midlertidig avtale for perioden 1. juni til 22. august 2015 ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget. Avtalen er signert første dag i vikariatet og arbeidsgiver har opplyst hvilke vakter arbeidstaker har utført i perioden som er utover fast stilling og nevnte vikariat.

Når det gjelder jevnlighetsvilkåret fremkommer av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-1013) 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 har vært jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden, bortsett fra de siste to ukene i februar 2016. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har anført at behovet for merarbeid har bortfalt ettersom behovet for å dekke opp for sykefravær og permisjoner ikke lenger er tilstede. Det er også nedgang i omsetning grunnet omfattende ombygging. Butikken har hatt en nedgang på over 44 000 liter som utgjør en omsetningssvikt på 7,4 millioner. Behovet for merarbeid er dermed betydelig redusert. Butikken anslår å bruke 2000 færre timer siden 2015. I 2015 hadde butikken et høyere sykefravær og flere permisjoner enn normalt. Forholdene er nå normalisert ved at langtidssykemeldte og arbeidstakere i permisjon er tilbake i jobb.

Nemnda må derfor ta stilling til hvorvidt arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for As merarbeid var bortfalt på avslagstidspunktet eller at det var sannsynlig at behovet ville bortfalle i nær fremtid.

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.»*

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at behovet for merarbeid har bortfalt.

Arbeidsgiver opplyste på avslagstidspunktet at behovet for å dekke opp for sykefravær og permisjoner ikke lenger var tilstede, samt at omstrukturering i selskapet ville føre til mindre utlån av timer til IT/butikkstøtte. Langtidssykemeldte og arbeidstakere i permisjon var tilbake i jobb. I ettertid har arbeidsgiver opplyst om nedgang i omsetning grunnet omfattende ombygging. Nemnda finner det ikke tilstrekkelig underbygget at det ikke vil være behov for ekstravakter. Nemnda bemerker at arbeidsgivers anførsler er for generelle, og sier ikke noe om det konkrete bemanningsbehovet ved butikken. Dokumentasjonen nemnda har mottatt er ikke tilstrekkelig konkret til at det er mulig å etterprøve arbeidsgivers vurdering av bortfalt behov på tidspunktet for avslaget.

Det følger av forarbeidene at nemnda kan utøve et visst skjønn ved fastsettelsen av ny stillingsprosent. Nemnda ser det slik at det er arbeidsgivers *stabile og varige* behov for økt arbeidskraft som skal fylles, og at nemnda derfor skal fastsette en stillingsutvidelse i samsvar med det ekstraarbeidet som kan sies å være uttrykk for et slikt behov.

Selv om merarbeidet etter en totalvurdering framstår som jevnt fordelt utover året, viser timelistene at det i desember 2015 ble utført en betydelig høyere andel merarbeid, enn i de øvrige månedene. Nemnda finner følgelig at merarbeidet A har utført denne perioden ikke kan gi full uttelling i beregningen. Etter en skjønnsmessig vurdering basert på de ovennevnte momenter, fastsetter nemnda at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling tilsvarende 30 prosent.

### **Konklusjon**

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 30.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad  
nestleder

24.08.2017

### **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).