



# Tvisteløsningsnemnda

---

**Vedtaksdato**  
08.05.2024

**Møtedato**  
07.05.2024

**Vår referanse**  
2024/28

**Saksbehandler**  
Katarina Torrissen Revang

## SAK NR 54/24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

### Sakens tema

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

### Arbeidstaker

A

### Arbeidsgiver

B-kommune

### Vedtak

A har ikke rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

### Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Jan Eikeland, Akademikerne, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

## **Sakens bakgrunn**

A er fast ansatt som assistent i stilling på 24,48 prosent i B-kommune, for tiden ved [Lokasjon] BOA.

Arbeidstaker har hatt følgende vikariater i beregningsperioden:

- 09.01.2023-05.03.2023: 61,8 prosent stilling som assistent
- 27.06.2023-20.08.2023: 67,21 prosent stilling som assistent
- 21.08.2023-07.01.2024: 43,23 prosent stilling som assistent

Den 9. januar 2024 krevde arbeidstaker stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 månedene, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B-kommune avslo kravet i brev av 12. januar 2024, og begrunnet avslaget med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

## **Sakens dokumenter**

A sendte saken til nemnda 9. februar 2024.

Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 9. februar 2024
- brev av 6. mars 2024

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 19. februar 2024

## **Arbeidsgivers syn på saken**

B-kommune hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav. For det første mener kommunen at vikariatene er avtalt på forhånd og må holdes utenfor beregningsgrunnlaget.

Videre hevder kommunen at merarbeidet ikke er utført jevnlig i beregningsperioden. I perioden fra 17. februar 2023 til 16. mai 2023, har A ikke utført noe merarbeid. I store deler av denne perioden har A vært sykmeldt, samt avvirket to ukers ferie. Videre har A et langt opphold i merarbeidet, fra 15. august 2023 til 8. november 2023. Hun var sykmeldt også i store deler av denne perioden. I tillegg er det en lang periode, fra 9. november 2023 til 17. desember 2023, hvor A kun har hatt to vakter som merarbeid. Oppsummert er det to lengre opphold i beregningsperioden hvor det ikke er utført merarbeid. Selv om arbeidstaker har hatt sykefravær i disse periodene, er omfanget så stort at det i denne saken innebærer at jevnlighetsvilkåret ikke er oppfylt.

## **Arbeidstakers syn på saken**

A hevder at hun har rett til utvidet stilling. Arbeidstaker er enig i at hun har utført 328,25 timer merarbeid, men det sentrale spørsmålet i saken er om vikariatene hun har hatt i tolv månedersperioden også skal regnes som merarbeid, og dermed inngå i

beregningsgrunnlaget, herunder om disse vikariatene er lovlige. A viser til at kontraktene kun viser til arbeidsmiljøloven § 14-9. Etter turnusen synes det å være flere vakante årsverk. Videre hevder A at praksisen i kommunen er å legge inn vikariater for vakante stillinger i årsplanen. På bakgrunn av det massive behovet for innleie som er i tjenestene og drøftingene som er gjort vedrørende vakante linjer i planene ved enheten, er det ikke i tråd med arbeidsmiljøloven § 14-4 a at kommunen avslår kravet.

Når det gjelder vurderingen av jevnlighetsvilkåret, så kan deler av sykefraværet direkte knyttes til at hun har vært utsatt for vold på jobb.

### **Lovgrunnlag og hva partene er uenige om**

Etter arbeidsmiljøloven § 17-2 har Tvisteløsningsnemnda myndighet til å avgjøre tvister etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a:

*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 merarbeid ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.*

I denne saken er partene uenige om hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, og om merarbeidet er utført jevnlig.

### **Nemndas begrunnelse**

Nemnda har enstemmig kommet til at A ikke kan få medhold i sitt krav.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

#### Tolvmånedersperioden

Etter bestemmelsens ordlyd og fast praksis i nemnda, er siste dag i tolvånedersperioden dagen før arbeidstaker fremmet kravet. A fremmet kravet 9. januar 2024. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 9. januar 2023 til og med 8. januar 2024.

#### Hvor mange timer har A arbeidet utover avtalt arbeidstid?

Nemnda har kommet til at arbeidstaker har utført 328,25 timer utover avtalt arbeidstid i tolvånedersperioden, og at det er dette som utgjør beregningsgrunnlaget.

Både arbeid etter fast deltidstilling og etter midlertidige arbeidsavtaler, for eksempel vikariater, regnes som avtalt arbeidstid. Dette inngår derfor ikke i beregningsgrunnlaget. Dette står i forarbeidene til bestemmelsen (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2).

Nemnda har ikke kompetanse til å overprøve lovligheten av midlertidige arbeidsavtaler. Dette er underlagt domstolene. Uavhengig av om et vikariat er ulovlig eller ikke, vil ikke timene som inngår i vikariatet anses som merarbeid etter § 14-4 a. Etter arbeidsmiljøloven §

14-11 er konsekvensen av en ulovlig midlertidig ansettelse at det foreligger et fast arbeidsforhold, eller at arbeidsforholdet fortsetter.

Partene er enige om at A har hatt følgende vikariater i beregningsperioden:

- 09.01.2023-05.03.2023: 61,8 prosent stilling som assistent
- 27.06.2023-20.08.2023: 67,21 prosent stilling som assistent
- 21.08.2023-07.01.2024: 43,23 prosent stilling som assistent

Det går fram av dokumentene i saken at samtlige vikariater er inngått i forkant av periodene de gjelder for, de inneholder stillingsstørrelse, arbeidssted, og lønn. Slik nemnda ser det, er dette midlertidige stillingsutvidelser som forarbeidene viser til og som regnes som «avtalt arbeidstid» etter § 14-4 a. Disse skal dermed ikke regnes med ved beregningen av ny stillingsprosent.

#### Er merarbeidet utført jevnlig?

Nemnda har kommet til at det ikke er grunnlag for å vurdere om merarbeidet har vært jevnlig.

Det er et vilkår at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid. I forarbeidene (Prop. 83 L for 2012-2013) står det at man må vurdere merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet. Det må være utført et visst merarbeid gjennom hele beregningsperioden, men det kan være opphold i merarbeidet, for eksempel ved fravær som ferie eller sykefravær. Det er heller ikke nødvendig at merarbeidet er utført ukentlig e.l.

Innledningsvis vil nemnda presisere at det er uten betydning for vurderingen av jevnlighetsvilkåret hvorvidt årsaken til sykefraværet er arbeidsrelatert eller ikke.

A har i beregningsperioden to opphold i merarbeidet som overstiger 12 uker, hovedsakelig som følge av sykefravær.

Forarbeidene inneholder liten eller ingen veiledning om hvilken betydning sykemeldinger skal ha for vurderingen etter § 14-4 a. Et utgangspunkt er at sykdom som hovedregel ikke bør redusere arbeidstakers rettigheter etter arbeidsmiljøloven, hvilket skulle tilsi at sykdomsperioder, på samme måte som ferieperioder, ikke kan tale i arbeidstakers disfavør. På den annen side krever lovteksten at den deltidsansatte jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, og den utvidede stillingen skal beregnes på grunnlag av den faktiske arbeidstiden. Dette tilsier at arbeidstaker i sykdomsperioder ikke kan opptjene rettigheter etter § 14-4 a.

Nemnda er av den oppfatning at det avgjørende må være om man ut fra det ekstraarbeidet som er utført, har grunnlag for å konkludere med at ekstraarbeidet er uttrykk for et jevnlig behov hos arbeidsgiver. Der arbeidstaker har lengre sykmeldingsperioder vil nemnda ofte mangle det nødvendige grunnlaget. Det understrekes imidlertid at vurderingen alltid må være konkret. Der ekstraarbeidet er særlig hyppig og stabilt utenfor sykdomsperiodene, kan det oppveie for noe lengre sykdomsperioder.

Nemnda finner etter en konkret vurdering at det mangler et tilstrekkelig grunnlag for å kunne vurdere om merarbeidet er uttrykk for et jevnlig og varig behov for merarbeid hos arbeidsgiver som følge av de ovennevnte oppholdsperiodene. Nemnda har etter dette kommet til at A ikke kan få medhold i sitt krav om utvidet stilling.

### **Tvisteløsningsnemnda**

Anne Marie Due  
Leder

8. mai 2024