



# Tvisteløsningsnemnda

---

**Vedtaksdato**  
30. mai 2023

**Vår referanse**  
2023/34

**Saksbehandler**  
Birgit Espejord Jensen

## VEDTAK NR 57/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 25. mai 2023.**

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder  
Silje Hassellund Solberg, LO  
Andreas Dag Nilsen, KS

### **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 helsefagarbeider i stilling på 62,15 prosent i B kommune, for tiden ved X sykehjem.

Den 20. januar 2023 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev av 25. januar 2023. Avslaget ble begrunnet med merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 7. februar 2023. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 7. februar 2023
- brev av 20. februar 2023

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 24. april 2023

### **Arbeidstakers anførsler**

A gjør gjeldende at hun har rett til utvidet stilling og anfører at merarbeidet har vært jevnlig utført i hele beregningsperioden.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune gjør gjeldende at arbeidstaker ikke har rett til utvidet stilling fordi det er for mange og for lange opphold i merarbeidet til at det er jevnlig. Videre hevder kommunen at deler av behovet for merarbeidet har falt bort fordi det var et ekstra behov under pandemien som ikke eksisterer lenger. I tillegg mener arbeidsgiver at merarbeidet har falt bort fordi 4,5 årsverk er tilbake fra permisjon, og at de ansatte blir brukt ambulantly i begge avdelinger.

### **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 første ledd og § 14-4 a annet ledd. 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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver den 20. januar 2023. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 20. januar 2022 til og med 19. januar 2023. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 371,71 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken er om jevnlighetskravet er oppfylt, og om behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda finner i denne sammenheng grunn til å bemerke at arbeidsgivers nåværende eller fremtidige behov for merarbeid ikke er relevant i vurderingen av hva som skal med i beregningsgrunnlaget, men at det foretas en egen vurdering av arbeidsgivers behov for merarbeid dersom merarbeidet i beregningsperioden har vært utført jevnlig.

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 kommer frem 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.

Under avstemning delte nemnda seg i et flertall og et mindretall.

Nemnds flertall, medlemmene Due og Solberg har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter flertallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Flertallet viser til at arbeidstaker med unntak av august og september i 2022, har hatt ekstravakter hver måned. Nemndas flertall finner at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolvånedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Nemndas mindretall, medlemmet Nilsen, kom til at det etter mindretallets forståelse av kravet til jevnlighet så kan ikke A ha krav på økt stilling. Mindretallet viser til at det er en sammenhengende periode på ni uker der det ikke er utført merarbeid i tillegg til flere

kortere opphold i tolv-måneders perioden. Selv om A i fire av ukene under ni-ukers oppholdet har avvirket ferie, finner nemndas mindretall at merarbeidet likevel ikke har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolvmånedersperioden. Mindretallet har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Mindretallet gikk ikke videre i å vurdere de øvrige vilkårene saken.

Nemndas flertall gikk videre og vurderte om behovet for merarbeidet var bortfalt.

Arbeidsgiver mener at behovet for merarbeidet helt eller delvis har bortfalt både for at årsaken til merarbeidet er borte ved pandemien og at de har flere faste ansatte som er tilbake fra permisjon.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. Ordlyden krever imidlertid at arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger, og kravene til dokumentasjonen er i noen grad kommentert i forarbeidene, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5:

*«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.»*

Tilsvarende må gjelde der behovet for merarbeid må forventes å bortfalle som følge av at arbeidsgiver har foretatt eller er i ferd med å foreta nyansettelser, eller kan legge til grunn at arbeidstakere snarlig vil vende tilbake til virksomheten etter syke- eller permisjonsopphold e.l.

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.

Nemnda har kommet til at arbeidsgiver ikke har konkretisert en forventet nedgang av merarbeidet ved at flere tilsatte i den tilstøtende avdelingen har kommet tilbake. Etter nemnda praksis, blant annet i vedtak 129/16, er det ikke tilstrekkelig å vise til en generell forventet nedgang av merarbeidet, men at det som hovedregel må kreves at det allerede på avslagstidspunktet allerede er tatt skritt for å redusere behovet.

Nemnda har kommet til at merarbeid som skyldes fravær i forbindelse med covid-19-pandemien utgjorde en ekstraordinær situasjon, og det er sannsynlig at kommunen har hatt behov for økt merarbeid som følge av pandemien. I denne saken er omfanget av merarbeidet som er påberopt falt bort som følge av pandemien relativt lite, og timene er utført tidlig i tolvmåneders-perioden. Timeoversikten viser at frekvensen av merarbeid er stabilt og økende i siste del av tolv-måneders perioden, noe nemnda mener taler for at det

fortsatt er et behov for å dekke opp vakter som følge av sykdom, kurs og lignende, selv etter at covid-19-pandemien offisielt ble avsluttet våren 2022.

Nemnda har kommet til at det ikke er dokumentert i tilstrekkelig grad at behovet for merarbeidet var bortfalt i denne saken.

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 stillings økning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 371,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 22,28. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 84,43.

### **Konklusjon**

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 22,28.

### **Twisteløsningsnemnda**

Anne Marie Due  
Leder

30. mai 2023

### **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 Twisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 annet ledd. 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 tredje ledd.

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 fjerde ledd.