



# Tvisteløsningsnemnda

---

**Vedtaksdato**  
02. mai 2022

**Vår referanse**  
2021/235

**Saksbehandler**  
Nina N. Hermansen

## VEDTAK NR 40/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 28. april 2022.**

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Steffen G. Rogstad, nestleder  
Silje Hassellund Solberg, LO  
Mårten Brandsnes Faret, 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 miljøarbeider i stilling på 32,39 prosent i B kommune, Barne- og familieetaten, med tjenestested Z avlastning. Utover dette tar hun også ekstravakter ved V dagsenter, X.

I perioden 22. juni 2020 til 9. august 2020 hadde hun et vikariat på 5,84 prosent.

Den 21. januar 2021 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble delvis innvilget og delvis avslått av arbeidsgiver i brev datert 1. november 2021. Avslaget ble begrunnet med at merarbeid utført ved Z avlastning som var overtid, merarbeid knyttet til koronasituasjonen og omlegging av ny arbeidsplan skulle trekkes fra det totale merarbeidet. Dermed skulle 168 timer legges til grunn for utvidet stilling ved Z avlastning. Når det gjelder merarbeid ved V dagsenter, mener arbeidsgiver at 129,5 timer utført i vakter for de med 3-årig høyskoleutdanning/vernepleier må trekkes fra ettersom A ikke tilfredsstillende utdanningskravet. Da gjenstår 293,5 timer merarbeid som legges til grunn for utvidet stilling ved V dagsenter. Arbeidsgiver mener A har rett til utvidet stilling med 15,9 prosent ved V dagsenter og 9,10 prosent ved Z avlastning.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 26. november 2021. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 26. november 2021
- e-post av 8. desember 2021
- e-post av 16. desember 2021
- e-post av 14. februar 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 26. januar 2022
- e-post av 28. januar 2022

### Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid uten fratrukket i timer. Arbeidstaker mener det fortsatt er behov for merarbeid ettersom hun også etter at hun fremsatte kravet har utført merarbeid. Hun har også fortsatt å utføre merarbeid i vakter arbeidsgiver anfører hun ikke er kvalifisert for. At arbeidsgiver ønsker å ansette tre vernepleiere er ikke ensbetydende med at de klarer å rekruttere fagpersonene. Selv om det har vært en ekstraordinær situasjon med korona-pandemien, så mener arbeidstaker at disse vaktene skal medregnes og at det ikke er dokumentert bortfalt behov for merarbeid. Når det gjelder ferievaktene, mener arbeidstaker at det ikke er grunnlag for å fjerne disse ettersom vaktene er beregnet som ekstravakter og ikke vikariat.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at merarbeid utført etter et ferievikariat på 5,84 prosent sommeren 2020 skal tas ut av beregningsgrunnlaget, dette er 14 timer. Videre mener arbeidsgiver at 2 timer overtid skal trekkes ut av beregningsgrunnlaget fordi overtid kun brukes i ekstraordinære situasjoner og ikke er et fast bemanningsbehov ved tjenestestedet. Arbeidsgiver mener også at 129,5 merarbeidstimer utført ved V dagsenter skal trekkes fra beregningsgrunnlaget fordi det er merarbeid utført i vakter for ansatte med 3-årig relevant høyskoleutdanning/vernepleier, som er et utdanningskrav A ikke tilfredsstillende. Ved V dagsenter vil de ansette tre vernepleiere i 100 prosent stilling, behovet for As merarbeid i disse vaktene vil dermed bortfalle. Arbeidsgiver viser også til at sykefraværet er betydelig redusert ved V dagsenter siden beregningsperioden. Ved Z avlastning er det iverksatt ny turnus, som innebærer at vakante stillinger vil bli besatt. Arbeidsgiver estimerer at behovet vil bli redusert med 70 prosent og at 60 av de 87 merarbeidstimene A har utført i vakante vakter må trekkes ut av beregningsgrunnlaget. Arbeidsgiver mener også at ekstravakter på grunn av koronasituasjonen, karantenebestemmelser og stengt dagtilbud for beboerne, skal trekkes ut fordi det er ekstraarbeid knyttet til en spesiell og forbigående situasjon. Dette utgjør 29 timer fordelt på fire vakter. A har utført merarbeid ved to forskjellige virksomheter i B kommune, og de ber Tvisteløsningsnemnda om å vurdere om jevnlighetsvilkåret er oppfylt.

A har ønsket utvidet fast stilling ved V dagsenter og arbeidsgiver mener utvidelsen av stillingen må fordeles mellom de to tjenestestedene med utgangspunkt i omfanget og type vakter ved det enkelte tjenestested. Arbeidstaker har krevd utvidet stilling tilsvarende 665,5 timer, hvorav 423 timer er ved V dagavlastning og 242,5 timer er ved Z avlastning. Arbeidsgiver mener kravet må reduseres med totalt 234,5 timer, herunder 129,5 timer ved V dagavlastning og 105 timer ved Z avlastning. Arbeidsgiver mener dermed at A har krav på utvidelsen av stillingen med 23,35 prosent, herunder 15,90 prosent ved V avlastning og 7,45 prosent ved Z avlastning.

### **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 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 21. januar 2021. 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 21. januar 2020 til og med 20. januar 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 665,5 timer utover sin faste stilling 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 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 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».

Det er fremlagt en arbeidsavtale for vikariat på 5,84 prosent for perioden 22. juni 2020 til 9. august 2020. Nemnda legger til grunn at arbeid etter denne avtalen ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget da det er avtalt arbeidstid, og 14 timer tas derfor ut av beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver anfører at 2 timer overtid skal trekkes ut av beregningsgrunnlaget fordi overtid kun brukes i ekstraordinære situasjoner og ikke er et fast bemanningsbehov ved tjenestestedet.

Nemnda viser til at i utgangspunktet inngår alt arbeid utover fast stilling, f.eks. opplæring, kurs, møter, overtid og ekstraordinær bemanning, jf. forarbeidene (Prop. 83 L (2012-2013)):

*«Ifølge lovteksten er det «arbeid utover avtalt arbeidstid» som utløser retten til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Den typiske situasjonen vil være der arbeidstaker arbeider «ekstravakter» utover avtalen, eller av andre grunner arbeider «overtid» i sin deltidsstilling; såkalt merarbeid. Bestemmelsen skal gjelde uavhengig av om det er økt arbeidsmengde, sykefravær eller andre forhold som begrunner behovet».*

Overtidstimene er merarbeid og tas derfor med i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har videre dokumentert at **Feil! Bokmerke er ikke definert.**129,5 timer av As merarbeid har vært utført i vakter som er tillagt stillinger for ansatte med 3-årig relevant høyskoleutdanning/vernepleier, og har anført at disse timene ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget på bakgrunn av at A ikke er kvalifisert for denne typen arbeid.

Nemnda bemerker innledningsvis at det i utgangspunktet er arbeidsgiver som fastsetter kompetansesammensetningen i virksomheten og hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde for den enkelte stilling. Nemnda bør i begrenset grad prøve arbeidsgivers vurdering av dette. Nemnda har også forståelse for at arbeidsgiver i enkelttilfeller kan vurdere det som faglig forsvarlig å tildele vakter til en miljøarbeider som vikar for vernepleier, uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv. I tilfeller som her, der arbeidsgiver jevnlig, over en lengre periode, har satt en arbeidstaker til

å utføre merarbeid i vakter tilhørende stillinger med krav om en annen formalkompetansene enn det vedkommende innehar, blir spørsmålet om arbeidsgiver rettmessig kan påberope at slike vakter ikke skal gi uttelling ved krav om utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Slik nemnda ser det, må dette bero på en konkret vurdering av flere forhold, deriblant hva arbeidsgiver har foretatt seg for å dekke det aktuelle merarbeidsbehovet med kvalifisert arbeidskraft.

Dersom arbeidsgiver ikke kan vise til at man ved stillingsutlysninger eller andre tiltak aktivt har forsøkt å rekruttere arbeidstakere med de ønskede kvalifikasjoner, skal det etter nemndas syn mye til for å sannsynliggjøre at merarbeidet arbeidstakeren har utført i slike stillinger ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for vedkommendes arbeidskraft. Dette er i tråd med nemndas senere praksis, se blant annet flertallets votum i vedtak 33/18, 110/18 og nemndas enstemmige vedtak 23/19.

Arbeidsgiver har i denne saken redegjort for at de vil ansette tre vernepleiere i 100 prosent stilling ved V dagsenter. I brev datert 26. januar 2022 til nemnda har arbeidsgiver opplyst at en utlysning vil skje snarlig.

Slik saken er opplyst kan nemnda ikke se at arbeidsgiver i løpet av beregningsperioden har dokumentert at man har jobbet aktivt for å dekke behovet for bemanning med 3-årig relevant høyskoleutdanning eller vernepleier, for eksempel ved utlysning av vikariater mv. Nemnda har også lagt vekt på at det gikk lang tid fra søknaden om økt stilling ble fremsatt uten at planene om å dekke kompetansebehovet ble iverksatt. Nemnda har derfor kommet til at også den delen av merarbeidet som er utført i vakter tilhørende 3-årig relevant høyskoleutdanning og vernepleier skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Når det ovennevnte merarbeidet er trukket fra gjenstår det et merarbeid tilsvarende 651,5 timer i beregningsperioden.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» 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 kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover

året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden og at det ikke har vært noen lange opphold i merarbeidet utover to/tre uker, hvorav hun avviklet ferie i en av ukene. Nemnda finner at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv måneders perioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har anført at deler av behovet for As merarbeid vil bortfalle fordi de ved Z avlastning har iverksatt ny turnus, som innebærer at vakante stillinger vil bli besatt. Arbeidsgiver estimerer at behovet vil bli redusert med 70 prosent og at 60 av de 87 merarbeidstimene A har utført i vakante vakter vil bortfalle. Arbeidsgiver anfører også at ekstravakter på grunn av koronasituasjonen, karantenebestemmelser og stengt dagtilbud for beboerne, ikke lenger foreligger fordi det er ekstraarbeid knyttet til en spesiell og forbigående situasjon. Dette utgjør 29 timer fordelt på fire vakter.

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.»*

#### Ansettelse i vakante stillinger

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 på avslagstidspunktet. Nemnda viser til tidligere praksis, se bl.a. vedtak 129/16, hvor flertallet uttaler:

*«Der arbeidsgiver påberoper redusert behov på grunn av kommende nyansettelser, kan det normalt ikke være tilstrekkelig å vise til ønsker eller planer. Som hovedregel må det kreves at det på tidspunktet for avslaget allerede er tatt skritt for å igangsette en tilsetningsprosess.»*

Nemnda kan etter dette ikke se at planene om å tilsette tre vernepleiere i denne saken var tilstrekkelig konkrete eller kunne forventes å medføre redusert behov for merarbeid i nærmeste fremtid.

#### Koronavakter

Nemnda er enig med arbeidsgiver i at Covid-19-pandemien utgjør en ekstraordinær og forbigående situasjon og mener det er sannsynlig at Z avlastning og V dagsenter på lik linje med mange andre helseinstitusjoner har hatt økt behov for merarbeid som følge av pandemien. Nemnda legger derfor i utgangspunktet til grunn at det er sannsynlig at noe av behovet for merarbeid vil falle bort når pandemien er over. Nemnda finner at det på avslagstidspunktet 1. november 2021 var sannsynlig at behovet for merarbeidet hadde

bortfalt eller ville falle bort i nær fremtid. Karantenebestemmelser og øvrige restriksjoner som følge av pandemien ble fjernet noen få måneder senere, og ekstravakter som følge av covid-19 gir ikke uttrykk for arbeidsgiver stabile og varige behov for merarbeid. Nemnda legger derfor til grunn at behovet for dette merarbeid har falt bort, og 29 timer tas ikke med beregningen av utvidet stilling.

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 1668,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 622,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 37,31. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 69,70.

A har ønsket utvidet fast stilling ved V dagsenter, til dette viser nemnda til Prop.83 L (2012-2013) pkt. 6.1 femte avsnitt, hvor det fremgår at:

*«Når det gjelder det nærmere innholdet i stillingen, slik som plassering av arbeidstid og arbeidssted, skal dette tilsvare innholdet i det merarbeid vedkommende faktisk har utført i den aktuelle perioden. I dette ligger at den deltidsansatte ikke selv kan velge hvilket sted eller avdeling hun eller han skal utføre arbeidet. Dersom merarbeidet har vært utført på et eller flere andre steder/avdelinger enn der arbeidstaker har sitt hovedarbeidssted, må den deltidsansatte akseptere at arbeidsgiver fortsatt velger å bruke vedkommende på forskjellige steder/avdelinger i virksomheten. Det betyr også at arbeidstaker må akseptere samme omfang av ubekvemme vakter som i merarbeidet, dersom arbeidsgiver ønsker dette.»*

Nemnda legger etter dette til grunn at arbeidsgiver innenfor sin styringsrett fritt kan beslutte hvor stillingsøkningen skal finne sted.

### **Konklusjon**

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 37,31.

### **Tvisteløsningsnemnda**

Steffen G. Rogstad  
Nestleder

2. mai 2022

**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 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.