



# Tvisteløsningsnemnda

---

**Vedtaksdato**  
16.04.2024

**Vår referanse**  
2024/6

**Saksbehandler**  
Katarina Torrissen Revang

## SAK NR 39/24 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 rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a, og har rett til en stilling på 67,43 prosent.

### **Nemndas sammensetning**

Steffen Rogstad, nestleder

Vetle Wetlesen Rasmussen, YS, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

## **Sakens bakgrunn**

A er fast ansatt som fagarbeider i stilling på 50 prosent i B-kommune, for tiden ved Boveiledning sentrum [Avdeling] dagsenter.

A arbeider henholdsvis to og tre vakter annenhver uke. A har vært sykmeldt siden 2. august 2023.

Den 19. oktober 2023 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av i merarbeid utført de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Hun viste til at hun hadde utført 368,75 timer merarbeid i beregningsperioden.

B-kommune avsto kravet i brev av 14. desember 2023, og begrunnet avslaget med at merarbeidet ikke er utført jevnlig. Arbeidsgiver viste til at A har hatt et langvarig og fortsatt pågående sykefravær, og at merarbeidet som er utført utenfor sykdomsperioden heller ikke er hyppig og stabilt.

## **Sakens dokumenter**

A sendte saken til nemnda per brev av 5. januar 2024.

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

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 5. januar 2024
- brev av 10. januar 2024
- brev av 1. februar 2024

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 25. januar 2024
- brev av 16. februar 2024

I tillegg er telefonsamtale med arbeidstaker den 8. februar 2024 relevant for saken. I denne telefonsamtalen opplyste arbeidstaker at hun er enig i timeantallet som arbeidsgiver har ført opp i timeskjema.

## **Arbeidsgivers syn på saken**

B-kommune hevder at A ikke kan få rett til utvidet stilling, fordi merarbeidet ikke er utført jevnlig og fordi behovet for merarbeidet har falt bort.

### Merarbeidet er ikke jevnlig utført

På grunn av langvarig og pågående sykefravær, har A ikke vært på arbeid siden 31. juli 2023. Selv om sykdom som hovedregel ikke bør redusere arbeidstakers rettigheter til utvidet stilling, så er merarbeidet som faktisk er utført utenfor sykdomsperioden, ikke er stabilt og hyppig nok til at merarbeidet er jevnlig. A har hatt flere opphold i merarbeidet utenfor sykdomsperioden, blant annet fra 20. januar 2023 til 13. februar 2023, og fra 10. mai 2023 til 31. mai 2023. Videre har hun fire perioder med opphold i tiden fra oktober 2022 til oktober 2023, som ikke er direkte tilknyttet sykefravær, som er over 14 dager.

Ledige ekstravakter er tilgjengelig for alle ansatte og i utgangspunktet er det førstemann til mølla, men teamleder avgjør om vedkommende er kvalifisert til å ta vakten. Kommunen opplyser at A i perioden med opphold ble tilbudt en vakt 24. mai 2024. Denne har hun ikke jobbet, så den må hun ha avslått selv ettersom hun ikke står registrert med fravær.

#### Behovet for merarbeidet har falt bort

Fravær har i beregningsperioden blitt dekket av vikarer som hadde kontrakter som utløp den 1. februar 2024. I 2024 skal kommunen redusere vikarutgiftene tilsvarende ca. to årsverk. Ressursstillinger på 1,6 årsverk i fast turnus skal nå dekke opp for fravær. Innleie utover dette vil kun skje i unntakstilfeller, da rammene er kuttet. Det er ikke økonomiske midler til flere vikarer enn de faste ansatte i ressursstillinger, og tjenestetilbudet er tilpasset de økonomiske rammene. Behovet har derfor falt bort.

#### **Arbeidstakers syn på saken**

A hevder at hun har rett til utvidet stilling fordi merarbeidet på 290,25 timer er jevnlig utført og fordi behovet ikke har falt bort.

I perioden uten merarbeid på 21 dager i januar/februar var hun innlagt på sykehus i 5 dager. I uke 4 og uke 6 fikk hun ikke ekstravakter. For oppholdet i merarbeid i mai må det tas hensyn til at aktivitetssenteret var stengt i forbindelse med tre helligdager. Videre ble A sykmeldt og fikk ikke jobbet planlagte vakter i hele august 2023. Hun har fått lønn for disse vaktene, utenom 18. august, 23. august og 25. august 2023.

Videre bemerker A at virksomheten i beregningsperioden brukte 4364,35 timelønnede vikarer, noe som tilsvarer 2,33 årsverk. Av disse timene var 1728 timer brukt av ansatte på pensjonistvilkår, noe som tilsvarer ca. 90 prosent stilling.

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

I denne saken er partene uenige om As merarbeid er utført jevnlig og om behovet for merarbeidet har falt bort.

#### **Nemndas begrunnelse**

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall. Flertallet, medlemmene Rogstad og Rasmussen, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at behovet ikke er bortfalt, og at arbeidstaker får medhold i sitt krav. Mindretallet, medlemmet Nilsen, har kommet til at

det ikke er grunnlag til å vurdere om jevnlighetsvilkåret er oppfylt, og at arbeidstaker derfor 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 tolvmånedersperioden dagen før arbeidstaker fremmet kravet. A fremmet kravet 19. oktober 2023. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 19. oktober 2022 til og med 18. oktober 2023.

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

Partene er enige om at A har arbeidet 290,75 timer utover avtalt arbeidstid i tolvmånedersperioden. Nemnda legger derfor dette til grunn.

#### Er merarbeidet utført 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.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Rasmussen, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Nemndas flertall har i vurderingen lagt vekt at det lengste oppholdet i merarbeid er på ca. 11 uker, og at dette har årsak i sykmelding. Flertallet finner derfor ikke grunn til å legge avgjørende vekt på denne perioden. Utover dette har arbeidstaker kun ett opphold av lengre varighet, på 32 dager. Ellers er det etter flertallets syn få opphold av relativt kort varighet, som er spredt jevnt utover beregningsperioden. Det er også utført merarbeid hver kalendermåned i beregningsperioden, bortsett fra de månedene A har vært sykmeldt. Flertallet har derfor kommet til at jevnlighetsvilkåret er oppfylt.

Nemndas mindretall, medlemmet Nilsen, har kommet til at det ikke er grunnlag for å vurdere om merarbeidet er utført jevnlig. Mindretallet har i vurderingen lagt vekt på at A har vært sykmeldt i en periode på 11 uker. I tillegg har hun en periode med fem dagers sykmelding/sykehusinnleggelse.

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.

Mindretallet 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. Mindretallet understreker imidlertid at vurderingen alltid må være konkret. Der ekstraarbeidet er særlig hyppig og stabilt utenfor sykdomsperiodene, kan det oppveie for noe lengre sykdomsperioder.

Mindretallet 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 når sykdomsperioden utgjør nesten tre måneder til sammen. Dette er i tråd med nemndas praksis. Se eksempelvis vedtak 34/20, hvor arbeidstaker hadde en sykdomsperiode på nærmere to måneder, og nemnda kom til at det nødvendige grunnlaget for å vurdere jevnlighetsvilkåret manglet.

Mindretallet har etter dette kommet til at A ikke kan få medhold i sitt krav om utvidet stilling. Mindretallet tar derfor ikke stilling til om behovet har falt bort.

#### Har B-kommune dokumentert at behovet for A sitt merarbeid har falt bort?

Nemndas flertall har kommet til at B-kommune ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for av A sitt merarbeid har falt bort.

Arbeidsgiver må dokumentere at virksomheten ikke har behov for merarbeidet i tiden framover. Dette følger av lovens ordlyd og forarbeidene.

Flertallet har i vurderingen lagt vekt på at kommunen har ikke framlagt noen form for dokumentasjon som viser hvordan tjenestetilbudet er tilpasset de økonomiske rammene etter at disse er blitt kuttet. Flertallet viser til at det i saken er opplyst at kommunen i beregningsperioden brukte både vikarer og A til å dekke opp for fravær. Det er likevel ikke forklart eller dokumentert hvordan tjenestetilbudet skal tilpasses/er tilpasset til kun å benytte ressursstillingene tilsvarende 1,6 årsverk. Slik nemnda forstår sakens opplysninger, var ressursstillingene også tilgjengelige i beregningsperioden, men da i tillegg til både vikariatene og As merarbeid. Uten dokumentasjon eller forklaring på hvordan tilbudet er tilpasset, kan derfor nemnda ikke se at arbeidsgiver har sannsynliggjort at behovet har falt bort.

A har dermed rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

#### Utrekning av ny stillingsprosent

For å komme fram til riktig stillingsutvidelse må nemnda beregne hvor stor stillingsprosent merarbeidet utgjør i forhold til en full stilling. I en full stilling ville A arbeidet 1846 timer, når ferien A har rett til på (25 dager) er trukket fra. A sitt merarbeid er 290,75 timer. A har dermed utført merarbeid tilsvarende 17,43 prosent stilling og dette er utvidelsen A har rett til.

## **Tvisteløsningsnemnda**

Steffen Rogstad  
Nestleder

16. april 2024