



# Tvisteløsningsnemnda

---

**Vedtaksdato**  
15.05.2024

**Vår referanse**  
2023/250

**Saksbehandler**  
Mona Ekelund

## VEDTAK NR 47/24 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 pleiemedarbeider i stilling på 50 prosent i B-kommune, ved [Ressursteam], [Avdeling]. Hun ble overført til denne stillingen 1. januar 2023.

A hadde ulønnet permisjon fra sin faste stilling til og med 31. desember 2022 mens hun mottok arbeidsavklaringspenger. Etter avtale med arbeidsgiver i september 2022 tok hun vakter som brukerstyrt personlig assistent til og med november måned. I desember tok hun vakter i hjemmetjenesten, før hun gikk tilbake til sin faste stilling den 1. januar 2023.

I perioden 21. februar 2024 – 31. desember 2024 har hun permisjon fra den faste stillingen og er i et vikariat på 100 prosent.

B-kommune har hatt følgende midlertidige stillingsutvidelser i 2023:

- 7 prosent i perioden 5. juni – 31. august
- 50 prosent i perioden 1. september - 4. desember

Hun var sykmeldt i perioden 16. – 20. august 2023.

Den 13. november 2023 krevde A stillingsutvidelse på grunn av utført merarbeid de siste 12 månedene, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B-kommune avslo kravet i protokoll av 6. desember 2023 og begrunnet avslaget med at behovet for merarbeidet har falt bort og at det arbeides aktivt med å rekruttere fagpersoner.

### **Sakens dokumenter**

A sendte saken til nemnda 14. desember 2023. Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 14. desember 2023
- brev av 11. april 2024
- brev av 25. april 2024

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 12. mars 2024
- brev av 15. mars 2024
- brev av 24. april 2024

### **Arbeidsgivers syn på saken**

B-kommune hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi omfanget av merarbeid er lavere enn hun har oppgitt, det er ikke utført jevnlig og dessuten har behovet for hennes merarbeid falt bort.

### Omfang av merarbeid

Arbeidstaker hadde permisjon fra sin faste stilling fram til årsskiftet 2022/2023, derfor kan bare arbeid utover den faste stillingsprosenten regnes som merarbeid i denne perioden. Dette tilsvarer 2 prosent stilling.

Vakter som tilhører vikariatene på 7 og 50 prosent er avtalt arbeidstid og ikke merarbeid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Vakter som er byttet utligner hverandre og skal ikke telles som merarbeid.

Arbeidstaker har til sammen utført 177,5 timer merarbeid i beregningsperioden.

#### Ikke jevnlig

Det er flere perioder av ulik varighet hvor arbeidstaker ikke har utført merarbeid. Hun utførte ikke merarbeid i periodene 12. november – 31. desember 2022 og 1. august – 12. november 2023, med unntak av en vakt 2. oktober 2023. Utover dette har det også vært arbeidsopphold fra 1-4 uker i perioden 1. januar – 31. juli 2023.

#### Behovet for merarbeidet har falt bort

Vaktene i november 2022 og vakt 27. januar 2024 var hos en BPA-bruker som kommunen ikke lenger gir tjenester til. Merarbeidet i desember var vakter i hjemmetjenesten som delvis var opplæring og forberedelse til ny stilling i [Avdeling].

Vikariatet i juni og august dekket økt behov i forbindelse med ferieavviklingen. Vikariatet i september til desember dekket delvis en vakant helsefagarbeiderstilling som ble besatt 10. november 2023. Avdelingen hadde i 2023 flere vakante stillinger etter omorganiseringen i januar 2023, samt høyt sykefravær blant annet på grunn av tre gravide arbeidstakere. Det er dokumentert gjennom møteprotokoll at alle faste sykepleier- og helsefagarbeiderstillinger (unntatt helgestillinger), er besatt pr. 6. desember 2023.

#### **Arbeidstakers syn på saken**

A hevder at hun har rett til ca. 30 prosent stillingsutvidelse fordi hun har utført cirka 500 timer merarbeid i beregningsperioden.

Kravet omfatter også vikariatet på 50 prosent fordi det var for en ikke navngitt person. Det er mulig at timene som inngikk i vikariatene ikke skal inngå i kravet, men ettersom dette ikke var for en navngitt person, viser det at det er et stort behov for ekstravakter innad i virksomheten [Ressursteam].

Det går fram av lønnslippene at hun har fått utbetalt lønn for ekstraarbeid i desember og januar, det er derfor merkelig at arbeidsgiver hevder at hun ikke har jobbet i denne perioden.

#### **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, om merarbeidet oppfyller kravet til jevnlighet og om behovet har falt bort.

### **Nemndas begrunnelse**

Nemnda har enstemmig kommet til at arbeidstaker ikke får 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 13. november 2023. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 13. november 2022 til og med 12. november 2023.

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

Nemnda har kommet til at A har arbeidet 209,16 timer utover avtalt arbeidstid i tolvånedersperioden.

Både arbeid etter fast deltidsstilling 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).

#### *Vakter utført mens arbeidstaker var i permisjon fra sin faste stilling*

Nemnda har kommet til at 17,25 av timene A arbeidet i 2022 skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda har lagt avgjørende vekt på ordlyden og formålet med bestemmelsen. En naturlig forståelse av ordlyden «arbeid utover avtalt arbeidstid» tilsier at arbeidstaker må arbeide mer enn stillingsprosenten i den faste stillingen for å kunne opparbeide seg rettigheter etter bestemmelsen.

Selv om de nevnte vaktene ikke inngikk i et vikariat eller en annen avtale, kan det etter nemndas vurdering ikke ha vært lovgivers intensjon at en arbeidstaker som har permisjon fra sin faste stilling av helsemessige årsaker og mottar arbeidsavklaringspenger samtidig skal kunne opparbeide seg rett til utvidet stilling etter bestemmelsen ved å påta seg ekstravakter, uavhengig av hvilken årsak.

Partene er enige om at A arbeidet totalt 129,25 timer i de 7 første ukene av beregningsperioden, fram til årsskiftet 2022/2023. Dette utgjør et gjennomsnitt på 18,46 timer per uke. Årstimetallet i en full stilling er 1846. Fratrullet lovpålagt ferie (25 dager), er netto årstimetall 1668,5. Netto uketimetall i den faste stillingen på 50 prosent er dermed 16,04 (834,25 t/52 uker).

Dersom A ikke hadde hatt permisjon, skulle hun ha arbeidet ca. 112 timer (16,04 x7 uker) i den aktuelle perioden. Når timene hun skulle ha arbeidet i den faste stillingen er trukket fra, gjenstår 17,25 timer merarbeid i denne perioden, gjennomsnittlig 2,42 timer per uke. Dette utgjør en stillingsprosent på 7,5 (2,42/32,08.)

#### *Vakter i vikariatet 1. september – 31. desember 2023*

Nemnda har kommet til at vaktene i vikariatet er avtalt arbeidstid og dermed ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda viser til fremlagt arbeidsavtale om midlertidig stillingsutvidelse på 50 prosent i perioden 1. september - 4. desember 2023. Arbeidstaker hevder, slik nemnda forstår opplysningene i saken, at vaktene likevel er å anse som merarbeid fordi det ikke er oppgitt hvem arbeidstaker vikarierer for. Nemnda viser til at det angis i avtalen at den er inngått etter arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd bokstav a) som gjelder arbeid av midlertidig karakter. Nemnda bemerker at det ikke er et vilkår for at en midlertidig stillingsutvidelse skal regnes som avtalt arbeidstid etter § 14-4 a) at det må opplyses om hvem det vikarieres for. Det avgjørende er om et konkret omfang arbeid er avtalt mellom partene. Både stillingsprosent og varighet for stillingsutvidelsen er angitt i den fremlagte avtalen. Dette er dermed en slik midlertidig stillingsutvidelse som forarbeidene viser til og som ikke inngår i beregningsgrunnlaget fordi det er avtalt arbeidstid.

Når vaktene i vikariatet er trukket fra og merarbeidet på 17,25 timer fra 2022 er tatt med, gjenstår til sammen 209,16 timer merarbeid i beregningsperioden.

#### Er merarbeidet utført jevnlig?

Nemnda har kommet til at merarbeidet ikke er 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.

Nemnda har i vurderingen lagt vekt på at merarbeidet ikke har vært hyppig eller stabilt nok. Det er flere lengre perioder der det ikke er utført merarbeid. Nemnda viser særlig til at det i en sammenhengende periode på nesten 15 uker mot slutten av beregningsperioden, fra 1. august til og med 12. november, kun er utført en merarbeidsvakt (2. oktober). I tillegg er det to opphold på over 3 uker i henholdsvis mars/april og mai/juni. Selv om det lengste

oppholdet omfatter en sykdomsperiode på 2 uker, har nemnda kommet til at merarbeidet ikke er hyppig og stabilt nok.

Vilkåret om at merarbeidet skal være utført jevnlig er ikke oppfylt, og A har derfor ikke rett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Det er etter dette ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om behovet for merarbeidet har falt bort.

### **Tvisteløsningsnemnda**

Anne Marie Due  
Leder

15. mai 2024