



Vedtaksdato  
15. oktober 2020

Vår referanse  
2020/107

Saksbehandler  
Birgit Espejord Jensen

## **VEDTAK NR 140/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 8. oktober 2020.**

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Steffen G. Rogstad, nestleder  
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS  
Marianne Pedersen, Virke

### **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 assistent i stilling på 26,99 prosent i B kommune. Hun har jobbet som ekstravakt i kommunen i 11 år. I 2018 tok hun fagbrev og ble deltidsansatt i 26,99 prosent stilling fra 1. mars 2018. I tillegg har hun en rammeavtale som tilkallingsvikar og avtale om sommervikariat i 2018 med inntil 73,01 prosent stilling for ukene 25 til 32. Hun satte fram krav om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i mars 2019, og fikk svar på kravet 5. mai 2020.

Den 19. mars 2019 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Fagforeningen ba da om forhandlingsmøte etter § 14-4 a på vegne av henne. Det ble ikke avholdt slikt møte. Det ble gjennomført en telefonsamtale mellom arbeidsgiver og A, hvor arbeidsgiver muntlig skal ha informert at de ville ta kravet til vurdering på et senere tidspunkt på grunn av hennes sykefraværssituasjon.

Som ledd i å tilrettelegge for henne i sykemelding ble det gjennomført IA-samtaler. De avtalte der at hun skulle jobbe ved en annen avdeling ved enheten og at de endret helgevaktene for henne. Kravet om økt stilling ble ikke behandlet.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 5. mai 2020. Avslaget ble begrunnet med at kommunen var i en omstillingsprosess og at det inntil videre var ansettelsesstopp. Det fremgår også at selve kravet vil bli behandlet når omstillingsprosessen er avklart.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 2. mai 2020, poststemplet den 2. juni 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev innkommet den 4. juni 2020
- brev innkommet den 29. september 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 23. juni 2020
- brev datert 8. juli 2020
- brev datert 20. august 2020

### Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har jevnlig utført merarbeid de siste 12 måneder før kravet. Hun har ikke fått svar på kravet som ble fremsatt for over et år siden. Når arbeidsgiver nå anfører nedbemanning, kom dette først opp et år etter kravet ble fremsatt. Hun anfører at kommunen har tatt seg litt for lang tid til å saksbehandle kravet hennes.

Til sykemeldingsperiodene i beregningsperioden anfører A at hun har jobbet hos samme arbeidsgiver siden 2006, og det har hele tiden basert seg på en liten deltidsstilling, og at hun

må «jakte» på vakter ut over det. Hun har fire barn og et av barna har spesielle behov som krever forutsigbarhet i hverdagen. Arbeidssituasjonen beskrives som uforutsigbar og belastende for hele familien. Dette førte til at hun i en periode i 2019 ble utbrent og sykemeldt. Hun fikk etter det tilrettelagt sin faste stilling, og det fungerte godt slik at hun ikke hadde sykefravær. Siden varsel om nedbemanning kom i februar eller mars 2020, er hun tilbake der hun var i 2019 og må jakte på vakter, og dette sliter på hennes helse. Hun mener kommunen har plikt til å gi henne stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter § 14-4 a.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke kan anses som jevnlig pga. sykefravær i beregningsperioden. De anfører også at behovet er bortfalt da kommunen på grunn av dårlig økonomi må endre bruk av vikarer.

Brevet som blir omtalt som avslaget, var et generelt brev som var sendt som bekreftelse på at de hadde mottatt kravet. Kommunen anfører at de ikke anser dette som et avslag på hennes krav. Arbeidsgiver er av den oppfatning at de behandlet kravet når det kom inn, men at de ikke konkluderte i saken. På grunn av hennes sykefravær hadde arbeidsgiver betenkeligheter med å utvide stillingen hennes. De har forsøkt å legge til rette for utvidet stilling gjennom tilrettelegging for at hun kunne stå i sin deltidsstilling og etter hvert få utvidet stilling i samsvar med hennes tilstedeværelse på arbeid. Brevet datert 5. mai 2020 var et fellesbrev til alle ansatte som hadde levert krav om økt stilling. Intensjonen med brevet var å bekrefte at kravet fortsatt var gjeldende og forsikre arbeidstakerne om at kravet skulle bli tatt opp når handlingsrommet for kommunen var avklart i den videre omstillingsprosessen.

Som ledd i at kommunen hadde store økonomiske utfordringer ble det i desember 2019 innført ansettelsesstopp, og samtidig ble det satt i gang omstillingsprosess i hele kommunen. I enheten for omsorg og pleie må lønnsutgiftene reduseres, og det er planlagt en reduksjon på 15 til 25 årsverk innen utgangen av 2021.

### **Tvistløsningsnemndas merknader**

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-4 a (2). 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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver den 19. mars 2019. Nemnda legger til grunn at kommunens brev datert 5. mai 2020 er et formelt avslag på kravet. Nemnda legger videre 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 19. mars 2018 til og med 18. mars 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 662 timer utover sin faste deltidsstilling 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 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 som det 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».

Nemnda har kommet til at det ikke foreligger midlertidige kontrakter hvor det er avtalt utvidelse av stillingen i beregningsperioden. Det foreligger en avtale om sommervikariater inntil 73,01 prosent stilling. Avtalen har karakter av å være en rammeavtale, og er slik nemnda ser det ikke en forhåndsavtale om sommerturnus eller et konkret vikariat.

Nemnda legger videre til grunn at beregningen skal foretas på grunnlag av de timer arbeidstaker faktisk har arbeidet utover fast stilling. Planlagte merarbeidstimer hvor arbeidstaker har vært syk tas derfor ikke med i beregningsgrunnlaget. Dette er også lagt til grunn i nemndas tidligere praksis, se vedtak 62/18, 88/19 og 138/19. Vakter med sykefravær trekkes fra siden de faktisk ikke er utført.

Nemnda legger til grunn at det øvrige merarbeidet skal tas med i beregningen.

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.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. 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 merarbeid tilsvarende 39,68 prosent stilling. Selv om hun har hatt noe fravær grunnet sykdom, finner nemnda at ekstraarbeidet er særlig hyppig og stabilt utenfor fraværsperiodene. Nemnda mener derfor ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har anført at behovet for arbeidstakers merarbeid ikke lenger foreligger. 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.»*

Etter nemndas vedtak 129/16 og senere praksis i nemnda vil det være avgjørende om arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver tok stilling til arbeidstakers krav – under forutsetning av at dette skjedde innen rimelig tid. Arbeidsgiver skal ikke kunne trenere saken i påvente av endringer som kan frata arbeidstaker en opparbeidet rettighet. Nemndas syn er at utviklingen etter tidspunktet for arbeidsgivers avslag ikke er relevant. En vesentlig presisering må imidlertid gjøres. Selv om ordlyden tilsier at behovet for merarbeid allerede må være bortfalt for at arbeidstakers krav skal være avskåret, følger det ganske klart av forarbeidene at også en sannsynlig utvikling i nær fremtid vil kunne ha samme virkning. 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 sykdom, permisjonsopphold e.l.

I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

*«Det kan også tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid.»*

I sak 129/16 har nemndas flertall uttalt følgende om planlagte nedbemanninger på avslagstidspunktet:

*«For at nedbemanningsplaner skal ha betydning i de konkrete sakene nemnda skal avgjøre, må de etter flertallets oppfatning ikke bare fremstå som målsetninger, men være konkrete og allerede under behandling på tidspunktet for arbeidsgivers avslag.»*

*Enn videre må den planlagte nedbemanningen redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der merarbeidet som har utløst kravet på økt stilling, er utført.*

*Flertallet understreker videre at nedbemanningen, for å være relevant, må ha som virkning at behovet for merarbeid reduseres.»*

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt eller kommer til å falle bort i nær fremtid. Kommunen har varslet sine enheter om nedbemanning for å spare penger. Det er i saken ingen konkrete planer for bemanningsreduksjon. A beskriver sin nåværende situasjon som at hun igjen «jakter» på vakter, og dette bekrefter at det fortsatt er behov for merarbeidet. Slik nemnda ser det foreligger det ingen konkrete planer for hvordan merarbeidet eventuelt kommer til å bli redusert som følge av nedbemanning. Nemnda bemerker også at de økonomiske følgene for behovet for merarbeid må konkretiseres nærmere i forhold til den bestemte avdelingen for å kunne legges til grunn. Planene må som nevnt ovenfor også være konkretisert på tidspunktet hvor søknaden om utvidet stilling ble fremmet for arbeidsgiver. Slik nemnda ser det er det derfor ikke dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt da denne søknaden skulle vært behandlet av arbeidsgiver.

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 662 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 39,68. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 66,67.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 39,68.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad  
Nestleder

15. oktober 2020

**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 (2). 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 (3).

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 (4).