



# Tvisteløsningsnemnda

---

Vedtaksdato  
4. september 2020

Vår referanse  
2020/89

Saksbehandler  
Nina N. Hermansen

## **VEDTAK NR 120/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 27. august 2020.**

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Steffen G. Rogstad, nestleder  
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio  
Silje Stadheim Almestrand, NHO

### **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/miljøarbeider i stilling på 32 prosent i B kommune, X. I perioden 24. juni 2019 til og med 18. august 2019 arbeidet A i en sommerturnus der vaktene ble gjennomsnittsberegnet. Denne avtalen ble signert 23. april 2019.

Den 27. februar 2020 fremsatte A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 2. april 2020. A fikk innvilget utvidet stilling med 5,35 prosent. Flesteparten av merarbeidsvaktene til A var vakter for stillinger hun ikke er kvalifisert for, og de timene ble dermed ikke tatt med i beregningen av utvidet stilling. I tillegg ble det gjort fratrukk for ferievikarvakter.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 30. april 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 30. april 2020 med vedlegg
- e-post av 12. mai 2020 med vedlegg
- e-post av 10. juni 2020 med vedlegg
- brev datert 7. august 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 26. mai 2020 med vedlegg
- brev datert 26. mai 2020
- brev datert 26. juni 2020
- brev datert 17. august 2020

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at hun har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. A har aldri blitt tatt inn for å dekke opp for en sykepleier eller en vernepleiers fravær. Mesteparten av As merarbeid har vært på ukedager, hvor det stort sett er mer enn en person med helsefaglig kompetanse på jobb. Dersom eksempelvis en sykepleier har vært syk eller sykemeldt, så har det måtte være en annen sykepleier eller vernepleier på jobb for at A har kunnet fylle den ledige vakten. Videre vises det til at A har sosialfaglig utdanning. Hun er utdannet lærer fra National Institute of Education i Singapore. Denne utdanningen tilsvarer lærerutdanning. Vedrørende sommerturnusen anfører A at arbeidsplan med gjennomsnittsberegning i all hovedsak er et økonomisk grep for å dekke opp et behov uten å utløse overtidsbetaling.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at arbeidstaker har rett til en liten utvidelse av stillingen etter fratrukk fra timer som ikke skal tas med i beregningen. A har arbeidet i en

sommerturnus i perioden 24. juni 2019 til 18. august 2019. Dette tilsvarer 194 ekstratimer som ikke regnes som arbeid utover avtalt arbeidstid og skal ikke tas med i beregningen av merarbeid. Denne avtalen signerte arbeidstaker digitalt 23. april 2019. Videre har A arbeidet 920,25 timer på vakter der kompetansekravet er 3-årig utdanning på høyskolenivå eller fagbrev. Dette er timer arbeidstaker ikke har kompetanse til å fylle og skal ikke tas med i beregningen av merarbeid. Det anføres videre at 297,5 timer av merarbeidet var for vakante stillinger med krav om 3-årig helse- og sosialfaglig kompetanse. Disse stillingene var allerede besatt da arbeidstaker fremsatte kravet. Arbeidstaker har utført 98 timer merarbeid for stillinger hun har riktig kompetanse til og som ikke er besatt eller vært del av en midlertidig utvidelse av stilling. Arbeidsgiver ga A tilbud om en økning av sin stilling med 5,35 prosent. Arbeidsgiver avviser at assistenter tas inn som vikarer av økonomiske motiver. For en avdeling som har åpent hele året på to skift, er det vanskelig å kunne gi ferie til ansatte og samtidig ta inn personell for å dekke ferieavviklingen. At sommerturnusen gjennomsnittsberegnes er et gode for alle ansatte og ikke et økonomisk grep.

### **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 27. februar 2020. 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 27. februar 2019 til og med 26. februar 2020. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1020,45 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 vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget. Arbeidsgiver anfører at timer utført etter sommerturnus ikke skal tas med i beregningen som merarbeid, ettersom dette er avtalt arbeidstid. Arbeidstaker signerte avtalen digitalt den 23. april 2019. Av fremlagt timeoversikt utgjør dette 194 timer.

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».

Nemnda har i sin tidligere praksis, se eksempelvis vedtak 109/19, lagt til grunn at ferievikarvakter som inngikk i en forhåndsavklart sommerturnus ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

I denne saken er det opplyst at det utarbeides en egen gjennomsnittsberegnet sommerturnus som arbeidstaker signerer digitalt. Etter nemndas oppfatning bærer sommerturnusen preg av å være en form for avtalt ferievikariat ettersom arbeidstaker får forelagt en oversikt over når og hvor mye vedkommende skal jobbe i perioden, og selv signerer turnusen i forkant. Nemnda har derfor kommet til at vakter som inngår i sommerturnusen har preg av å være et ferievikariat og derfor ikke anses som arbeid utover avtalt arbeidstid. Disse timene skal dermed holdes utenfor beregningen.

Arbeidsgiver anfører at vakter gått for arbeidstakere som har 3-årig utdanning på høyskolenivå eller fagbrev, ikke skal tas med i beregningen av merarbeid fordi dette er timer A ikke har kompetanse til å fylle.

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 assistent/miljøarbeider som vikar for sykepleiere, helsefagarbeidere eller andre med 3-årig utdanning på høyskolenivå eller fagbrev, 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 dokumentert at det i beregningsperioden har vært utlyst to helgestillinger som assistent på brukerrrommet, en utlysning av helgestilling som assistent ble stanset på grunn av covid-19. Videre har det vært utlyst stillinger som sykepleier/vernepleier på 100 prosent, 80 prosent og 50 prosent. Det er gjort tilsettinger i alle stillingene. Ledige

stillinger på brukerrummet nå og fremover vil avventes siden brukerrummet er midlertidig stengt på grunn av koronaepidemien.

I denne saken har nemnda, etter en konkret vurdering, kommet til at merarbeidet i de omtalte vaktene som krever 3-årig utdanning på høyskolenivå eller fagbrev, ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for merarbeidet til en assistent/miljøarbeider. Nemnda har lagt vekt på at B kommune har utlyst 3 sykepleier/vernepleierstillinger i beregningsperioden, ved brukerrummet der A har utført sitt merarbeid. Ettersom de utlyste stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar mener nemnda at den delen av merarbeidet som er utført i vakter tillagt faglærte ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget. Når det ovennevnte merarbeidet er trukket fra gjenstår det et merarbeid tilsvarende 98 timer i beregningsperioden.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Ettersom nemnda har kommet til at merarbeidet som er utført i vakter for faglærte arbeidstakere ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, blir utgangspunktet for jevnlighetsvurderingen at A har utført merarbeid tilsvarende 98 timer i beregningsperioden.

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.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet kan ikke A ha krav på økt stilling. Det foreligger flere lengre opphold uten merarbeid på 3 til 11 uker. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Nemnda har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Ettersom merarbeidet ikke er utført jevnlig er det ikke nødvendig for nemnda å vurdere eventuelt bortfalt behov for As merarbeid etter ansettelse i vakante stillinger.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad  
Nestleder

4. september 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).