



# Tvisteløsningsnemnda

---

**Vedtaksdato**  
15. oktober 2021

**Vår referanse**  
2021/138

**Saksbehandler**  
Maria Schilvold

## **VEDTAK NR 119/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte 14. oktober 2021.**

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder  
Silje Hassellund Solberg, LO  
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 helsefagarbeider i stilling på 43 prosent i B kommune, for tiden i X med tjenestegjøring ved Z bosenter.

Den 25. mars 2021 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 1. juni 2021. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig, idet store deler av den faktiske arbeidstiden i beregningsperioden måtte anses som avtalt arbeidstid.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 15. juni 2021. 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 15. juni 2021 med vedlegg
- brev datert 25. juni 2021 med vedlegg
- brev datert 13. august 2021 med vedlegg
- brev datert 21. september 2021 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 13. august 2021 med vedlegg
- e-post av 13. august 2021 med vedlegg
- brev datert 25. august 2021 med vedlegg
- brev datert 26. august 2021 med vedlegg
- e-post av 27. september 2021 med vedlegg

### **Arbeidstakers anførsler**

A gjør gjeldende at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 måneder og anfører i det vesentligste at alt arbeid utover hennes faste stillingsprosent skal regnes med og at merarbeidet har vært jevnlig. A viser i den forbindelse til forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-4 a, hvor det er uttalt at årsaken til ekstraarbeidet er uten betydning.

A anfører videre at hun gjennom merarbeidet har dekket opp for et reelt behov for ekstra arbeidskraft ved Z bosenter, og at arbeidsgiver ikke har dokumentert at behovet for merarbeidet er bortfalt. Hun mener kommunen ikke kan vite hvor lenge Covid-19-pandemien vil vare, og at pandemien uansett har hatt liten innvirkning på behovet for merarbeid ved Z bosenter. Hun viser i den forbindelse til fraværstatistikken for perioden 1. mars 2020 til 28. februar 2021 og for samme periode året før. A viser også til rettspraksis som slår fast hovedregelen om at et permanent arbeidskraftsbehov ikke skal dekkes gjennom midlertidig ansettelse.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune gjør gjeldende at A ikke har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 måneder og anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig.

Kommunen anfører at 19,5 planlagte merarbeidstimer hvor A har hatt fravær skal tas ut av beregningsgrunnlaget. Kommunen viser i den forbindelse til at Tvisteløsningsnemnda i tidligere avgjørelser har slått fast at det kun er faktisk utført merarbeid i beregningsperioden som danner grunnlag for rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kommunen anfører videre prinsipalt at 389,5 av de 668,34 timene A har arbeidet utover sin faste deltidstilling har vært «avtalt arbeidstid» og dermed ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget. Kommunen har vist til Tvisteløsningsnemndas vedtak 63/21, og mener de faktiske forhold i saken her skiller seg fra saksforholdet i vedtaket på flere områder, og at nemnda derfor bør komme til et annet resultat denne gangen.

Kommunen hevder at A fikk utvidet sin stilling i B kommune midlertidig mot at hun for en periode avvirket sitt biarbeid ved C. Formålet var å ivareta smittevern hensyn uten at A skulle bli økonomisk skadelidende. Kommunen viser til at A ble forelagt en turnus som hun fikk gå i på toppen av sin faste stilling, og hevder at denne turnusen ble akseptert og etterlevd av A i mer enn ett år. Kommunen mener dermed at ordningen har vært forutsigbar for A, og at det underbygger kommunens påstand om at arbeidet var avtalt. For å underbygge dette ytterligere, viser kommunen videre til en e-post sendt fra enhetsleder til A, hvor enhetslederen trekker et skille mellom turnusen A midlertidig gikk i og andre ekstravakter som avdelingen hadde behov for. Kommunen viser også til SMS-korrespondanse mellom A og seksjonsleder, hvor A bl.a. henviser til «den nye turnusen» og til at hun skal ha ekstravakter «på grunn av korona». Kommunen viser i tillegg til forskjellen i omfanget av As merarbeid før og etter mars 2020, og mener hun kun utførte 27 timer merarbeid i året forut for beregningsperioden. Kommunen viser dessuten til at det ikke er bestridt fra As side overfor Tvisteløsningsnemnda at stillingsutvidelsen har vært reell.

Kommunen har i tillegg vist til Tvisteløsningsnemndas vedtak 88/19, hvor nemnda har falt ned på at ulike «hjelpeturnuser» som er blitt akseptert av arbeidstaker betraktes som midlertidig avtalt merarbeid selv om der ikke foreligger en skriftlig avtale. Kommunen mener en slik turnus kan sammenlignes med situasjonen i foreliggende sak.

Dersom Tvisteløsningsnemnda likevel skulle komme til at de 389,5 timene ikke er å anse som «avtalt arbeidstid», anfører kommunen subsidiært at 75 av disse timene uansett må tas ut av beregningsgrunnlaget, idet A har hatt fravær i disse timene.

Kommunen anfører også at ytterligere 37 timer utført merarbeid skal tas ut av beregningsgrunnlaget, da behovet for dette merarbeidet oppstod på grunn av Covid-19-pandemien og ikke lenger foreligger.

Til slutt anfører B kommune at det ligger utenfor Tvisteløsningsnemndas kompetanse å ta stilling til om midlertidige ansettelse er lovlige og hvorvidt arbeidstaker har krav på fast stilling.

### **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 leder 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 merarbeid ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 25. mars 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 25. mars 2020 til og med 24. mars 2021. Oversikt over merarbeid forelagt nemnda viser at A har arbeidet 668,34 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.

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 avgrenser 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».

B kommune har anført at 389,5 av de 668,34 timene A har arbeidet utover sin faste deltidsstilling har vært avtalt arbeidstid og dermed ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget. Dersom nemnda skulle komme til at de 389,5 timene ikke er å anse som «avtalt arbeidstid», har kommunen anført at A var fraværende i 75 av disse timene, og at disse uansett ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda bemerker innledningsvis at det er de reelle forhold som er avgjørende for om det er avtalt en utvidelse av stillingen, og at kravet til skriftlighet i så måte ikke er avgjørende. I foreliggende sak har nemnda etter en konkret vurdering kommet til at de 389,5 timene må anses som «avtalt arbeidstid», og at de dermed ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget. Nemnda har funnet det sannsynliggjort at A ble forelagt en turnus som hun har akseptert og jobbet i samsvar med i tillegg til sin faste turnus. Nemnda viser i den forbindelse til den fremlagte skriftlige korrespondansen mellom partene, som etter nemndas syn underbygger at A var klar over at hun for en periode fikk ekstravakter ved Z bosenter som kompensasjon

for vakter hun skulle ha arbeidet hos sin biarbeidsgiver. Nemnda viser også til den markante forskjellen i merarbeidets omfang i beregningsperioden og i året forut. Etter nemndas syn forelå det dermed en gjensidig forpliktelse mellom partene om omfanget og tidspunktet for merarbeidet som ga den forutsigbarhet som en midlertidig avtale skal ivareta. Etter dette tas de 389,5 timene ut av beregningsgrunnlaget.

B kommune har videre anført at A har vært fraværende i 19,5 planlagte merarbeidstimer og mener at også disse timene skal tas ut av beregningsgrunnlaget. Det er ikke bestridt fra As side at hun har vært fraværende disse timene. Nemnda viser i den anledning til at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende «faktisk arbeidstid». Beregningen skal derfor foretas på grunnlag av de timene arbeidstaker faktisk har arbeidet utover avtalt arbeidstid. Planlagte merarbeidstimer hvor arbeidstaker har vært fraværende tas derfor ikke med i beregningsgrunnlaget. Dette er også lagt til grunn i nemndas tidligere praksis, se vedtak 62/18, 88/19, 138/19, 140/20 og 154/20. De 19,5 timene hvor arbeidstaker har vært fraværende tas dermed ut av beregningsgrunnlaget.

B kommune har også anført at ytterligere 37 timer skal tas ut av beregningsgrunnlaget, da dette har vært merarbeid knyttet til Covid-19-pandemien som det ikke lenger er behov for. Nemnda har imidlertid kommet til at disse 37 timene skal inngå i beregningsgrunnlaget, da dette er timer A faktisk «har arbeidet utover avtalt arbeidstid». Nemnda finner i denne sammenheng grunn til å bemerke at arbeidsgivers nåværende eller fremtidige behov for merarbeid ikke er relevant i vurderingen av hva som skal med i beregningsgrunnlaget, men at det foretas en egen vurdering av arbeidsgivers behov for merarbeid etter at nemnda eventuelt finner at arbeidstakers merarbeid i beregningsperioden har vært utført jevnlig.

Etter dette gjenstår 259,34 timer merarbeid som tas med i beregningsgrunnlaget.

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 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. Nemnda viser til at A har flere lengre opphold i merarbeidet, herunder et opphold på 14 uker. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i

tolvmånedersperioden. Nemnda har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

### **Konklusjon**

A gis ikke medhold.

### **Tvisteløsningsnemnda**

Anne Marie Due  
Leder

15. oktober 2021

### **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.