



# Tvisteløsningsnemnda

---

**Vedtaksdato**  
4. november 2021

**Vår referanse**  
2021/154

**Saksbehandler**  
Maria Schilvold

## **VEDTAK NR 136/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 4. november 2021.**

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Steffen G. Rogstad, nestleder  
Silje Hassellund Solberg, LO  
Marianne Pedersen, Virke

### **Saken gjelder**

Tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B

## **Det ble truffet slikt vedtak:**

### **Saksforhold**

A er fast ansatt som miljøarbeider i stilling på 15,14 prosent ved B, for tiden med arbeidssted ved avdeling Syd2.

Den 7. juni 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 drøftelsesmøte den 16. juni 2021, og senere bekreftet i brev datert 24. juni 2021. Avslaget ble begrunnet med at virksomheten er bundet av et kompetansekrav som innebærer en høgskoledekning på 60 prosent, og at virksomheten derfor ikke hadde noen ledig stilling til A. Det ble vist til at A det siste året hadde dekket opp vakter for fravær i forbindelse med sykdom og permisjon, og at dette behovet ville falle bort innen kort tid.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 2. juli 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 2. juli 2021 med vedlegg
- e-post av 11. august 2021 med vedlegg
- e-post av 15. september 2021 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 15. juli 2021 med vedlegg
- brev datert 23. august 2021 med vedlegg
- brev datert 21. oktober 2021 med vedlegg

### **Arbeidstakers anførsler**

A gjør gjeldende at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 månedene og anfører i det vesentligste at alt merarbeidet skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Videre mener A at forbudet mot å jobbe ved mer enn én avdeling på grunn av smittevern hensyn under Covid-19-pandemien har vært en begrensning for henne, heller enn at det har medført at hun har hatt mer merarbeid enn det som ellers ville vært tilfellet.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B gjør gjeldende at A ikke har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 måneder og anfører i det vesentligste at noe av merarbeidet har vært «avtalt arbeidstid» og at store deler av behovet for merarbeidet A har utført er bortfalt.

B anfører prinsipielt at 494,75 av de 1308 timene A har jobbet utover sin faste stillingsandel er timer arbeidet i hjelpeplan i forbindelse med sommer, påske/pinse og jul. Virksomheten

mener dermed at disse timene er «avtalt arbeidstid» og at de derfor skal tas ut av beregningsgrunnlaget. Subsidiært anfører B at 348,75 av disse 494,75 timene uansett skal tas ut av beregningsgrunnlaget, da dette er vakter gått for sykepleier/vernepleier som A dermed ikke er kvalifisert for.

Videre anfører B at ytterligere 510 timer av de 1308 timene skal tas ut av beregningsgrunnlaget, da også dette er vakter gått for sykepleier/vernepleier og som A dermed ikke er kvalifisert for. Virksomheten viser til at det er inngått rammeavtaler med det offentlige som blant annet stiller som kompetansekrav at virksomheten skal ha en høgskoledekning på 60 prosent og til at de har lyst ut stillinger som sykepleier/vernepleier ved avdelingen.

B anfører også at behovet for merarbeidet A har utført i vakter for ansatte med sykefravær og permisjon ikke lenger foreligger, idet disse arbeidstakerne er tilbake i arbeid.

Til slutt oppgir B at de resterende timene er merarbeid i forbindelse med egenmeldinger, dagpermisjoner, avspasering o.l.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 7. juni 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 7. juni 2020 til og med 6. juni 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1308 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 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».

B har anført at 494,75 av de 1308 timene A har arbeidet utover sin faste stillingsandel i beregningsperioden er timer arbeidet i planlagt hjelpeplan i forbindelse med sommer, påske/pinse og jul, og at de dermed må anses som «avtalt arbeidstid». Nemnda har på bakgrunn av dokumentasjonen i saken funnet det sannsynliggjort at disse timene er arbeidet i samsvar med planlagt hjelpeplan. Nemnda har også lagt vekt på at dette ikke er bestridt fra arbeidstakers side. De 494,75 timene tas dermed ut av beregningsgrunnlaget.

Videre har B anført at 510 timer er vakter arbeidet for sykepleier/vernepleier, og at disse timene skal tas ut av beregningsgrunnlaget, da A ikke er kvalifisert for disse vaktene.

Nemnda bemerker i den anledning 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 miljøarbeider som vikar for sykepleier uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv.

I tilfeller som her, der arbeidsgiver 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 nemndas vedtak 23/19 og 146/19.

B har i denne saken redegjort for at det i beregningsperioden ble lyst ut og ansatt i en stilling som sykepleier/vernepleier, men at vedkommende som ble ansatt trakk seg før oppstart. Virksomheten har videre opplyst at stillingen ble lyst ut på nytt med søknadsfrist 25. juni 2021, og at den som ble ansatt hadde oppstart i oktober 2021. B har også fremlagt denne nye arbeidstakerens arbeidsavtale. Nemnda har på denne bakgrunn funnet det godtgjort at B aktivt har forsøkt å rekruttere arbeidstakere med de ønskede kvalifikasjoner, og at de 510 timene A har jobbet for sykepleier/vernepleier dermed skal tas ut av beregningsgrunnlaget.

B har også anført at timer som A har jobbet for ansatte med langtidsfravær skal tas ut av beregningsgrunnlaget, da disse ansatte nå er tilbake i arbeid. Nemnda har på bakgrunn av

den fremlagte dokumentasjonen i saken funnet at A totalt har arbeidet 312,25 timer for ansatte med langtidsfravær. Av disse timene er 224,75 timer allerede trukket fra beregningsgrunnlaget, da det er timer arbeidet for sykepleier/vernepleier. Det er dermed spørsmål om ytterligere 87,50 timer skal trekkes fra. Nemnda har kommet til at disse timene skal inngå i beregningsgrunnlaget, idet det ikke er sannsynliggjort at dette merarbeidet var forhåndsavtalt mellom partene. Det må dermed anses å være «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Nemnda finner i denne sammenheng grunn til å bemerke at arbeidsgivers nåværende eller fremtidige behov for merarbeid i utgangspunktet ikke hører hjemme under 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. Nemnda vil derfor ta stilling til arbeidsgivers påstand dersom merarbeidet anses å være utført jevnlig.

Etter dette gjenstår 303,25 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 legger i vurderingen vekt på at det er flere opphold i merarbeidet, herunder et sammenhengende opphold på åtte 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.

### **Konklusjon**

A gis ikke medhold.

### **Tvisteløsningsnemnda**

Steffen G. Rogstad  
Nestleder

4. november 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.