



# Tvisteløsningsnemnda

---

**Vedtaksdato**  
18.03.2024

**Vår referanse**  
2023/249

**Saksbehandler**  
Nina N. Hermansen

## SAK NR 28/24 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 rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. A har rett til en stilling på 87,62 prosent.

### **Nemndas sammensetning**

Anne Marie Due, leder

Ingrid Tordis Enoksen, UNIO, fast medlem arbeidstakersiden

Mona Mjøen McKiernan, Spekter, fast medlem arbeidsgiversiden

### **Sakens bakgrunn**

A er fast ansatt som hjelpepleier i stilling på 77,46 prosent, for tiden ved W hjemmetjeneste i B-kommune, [bydel].

Den 10. august 2023 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B-kommune avslo kravet i brev av 17. november 2023 og begrunnet avslaget med at de har mangel på sykepleiere som gir vakante vakter. A har utelukkende gått vakter som er forbeholdt sykepleiere.

### **Sakens dokumenter**

A sendte saken til nemnda 9. desember 2023.

Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 9. desember 2023

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 21. desember 2023
- brev av 5. januar 2024

### **Arbeidsgivers syn på saken**

B-kommune hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi A har utført merarbeid i vakter for sykepleiere.

#### Merarbeid som krever annen kompetanse

Arbeidsgiver kan dokumentere at de gjennom hele beregningsperioden har forsøkt å rekruttere sykepleiere til faste ansettelse i hjemmetjenesten. Det finnes oppgaver som er forbeholdt sykepleiere og de har en driftsmodell som innebærer at det er sykepleiere som er tjenesteanvarlig for brukere av deres tjeneste. Behovet for As merarbeid vil bortfalle når [bydel] får ansatt sykepleiere i vakante stillingshjemler.

Ved vakanse eller annet fravær i sykepleiervakter vil [bydel] alltid erstatte en sykepleiervakt med en annen sykepleier, så langt det er mulig. Når sykepleiemangelen blir stor nok, vil dette ikke være mulig for arbeidsgiver. I slike tilfeller vil de leie inn personer til å dekke opp bemanning for å sørge for nødvendig helsehjelp til innbyggerne. Dette kan innebære at sykepleieroppgaver blir forskjøvet til senere vakt, men dette betyr ikke at man kan erstatte en sykepleier med en helsefagarbeider permanent, men at man har funnet en løsning for den aktuelle vekten.

Leder vil dekke opp ledige vakter med medarbeidere som har satt seg opp som ledig eller spesifikt ønsket seg en vakant vakt. I tillegg må leder sørge for riktig kompetanse på alle vakter. I situasjoner hvor det mangler sykepleier på vakt, vil leder aktivt via

kommunikasjonskanaler være i dialog med tilgjengelige sykepleiere for å se om det er mulig å finne løsninger ved bytte av vakt, overtidsarbeid m.m.

#### Jevnlig utført merarbeid

Arbeidstaker har jobbet litt over 20 ekstravakter i løpet av et helt år. Disse vaktene er relativt spredt utover året og arbeidsgiver lurte på hvordan Tvisteløsningsnemnda stiller seg til krav med en vakt per måned gjennom et helt år. Arbeidsgiver mener jevnlighet bør sees opp mot hyppighet gjennom året.

#### **Arbeidstakers syn på saken**

A hevder at hun har rett til stillingsutvidelse selv om hun ikke har sykepleierkompetanse. Merarbeid i sykepleiervakter skal dermed også tas med i beregningsgrunnlaget.

Ved utstrakt bruk av arbeidstakere uten ønsket formalkompetanse, må det stilles strenge krav til arbeidsgivers beregningsgrunnlag etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. A hevder hun har krav på utvidet stilling uten at det blir gjort fratrukk. Det er et stort behov for ekstravakter på W hjemmetjeneste. A har fått tildelt flere ekstravakter etter at kravet ble sendt inn.

#### Jevnlig utført merarbeid

A har hatt en del fravær, men dette er lovlig fravær.

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

I denne saken er partene uenige om merarbeidstimer utført i vakter for sykepleiere skal tas med i beregningen av merarbeid og om merarbeidet er utført jevnlig.

#### **Nemndas begrunnelse**

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall. Flertallet, medlemmene Enoksen og McKiernan, har kommet til at arbeidstaker får medhold. Mindretallet, medlemmet Due, har kommet til at arbeidstaker ikke får medhold i sitt krav.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

#### Tolvmånedersperioden

Etter bestemmelsens ordlyd og faste praksis i nemnda, er siste dag i tolv månedersperioden dagen før arbeidstaker fremmet kravet. A fremmet kravet 10. august 2023. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 10. august 2022 til og med 9. august 2023.

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

Nemnda viser til mottatt timeoversikt og legger til grunn at A har arbeidet 169,5 timer utover avtalt arbeidstid i tolv månedersperioden.

### Skal merarbeidet som krever sykepleierkompetanse tas med i beregningen?

Nemndas flertall har kommet til at As merarbeid som krever sykepleierkompetanse skal inngå i beregningsgrunnlaget. Nemndas mindretall har kommet til at merarbeid som krever sykepleierkompetanse ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, da A ikke er kvalifisert for denne typen arbeid.

Det er i utgangspunktet arbeidsgiver som vurderer og bestemmer hvilken kompetanse virksomheten trenger, og nemnda er forsiktig med å overprøve dette. Derfor bør man ikke kunne opparbeide seg rett til utvidet stilling basert på merarbeid som krever en annen kompetanse enn den man har. Dersom arbeidsgiver bruker en hjelpepleier til å utføre merarbeid som krever sykepleierkompetanse over lengre tid, tar imidlertid nemnda utgangspunkt i at arbeidsgiver anser dette som forsvarlig. Hvis arbeidsgiver samtidig ikke har gjort aktive forsøk på å dekke behovet for sykepleiere, har nemnda i tidligere saker kommet til at dette merarbeidet likevel kan gi arbeidstakeren rett til utvidet stilling. Nemnda må derfor vurdere om arbeidsgiver har forsøkt å dekke behovet for merarbeid med kvalifisert arbeidskraft. Dette har vært fast praksis i nemnda etter vedtak 33/18. Se også vedtak 110/18 og 23/19.

Arbeidsgiver har opplyst at alle merarbeidsvaktene A har utført i beregningsperioden er vakter som opprinnelig krever sykepleierkompetanse, og at de har forsøkt å rekruttere nye sykepleiere i hele beregningsperioden. Arbeidsgiver har lagt frem flere stillingsutlysninger i beregningsperioden:

- Sykepleier/vernepleier til hjemmetjenesten i [bydel], med søknadsfrist 6. januar 2023.
- Sykepleier/vernepleier, en fast stilling og et svangerskapsvikariat til hjemmetjenesten i [bydel], med søknadsfrist 5. mars 2023.
- To sykepleiere, en fast stilling og et svangerskapsvikariat til W hjemmetjeneste, med søknadsfrist 2. april 2023.
- Fagsykepleier til W hjemmetjeneste, med søknadsfrist 7. mai 2023.
- Sykepleier til W hjemmetjeneste med søknadsfrist 21. mai 2023.
- Tre sommervikariat som sykepleier eller vernepleier, med søknadsfrist 15. juni 2023.

Etter beregningsperioden har de lyst ut følgende stillinger:

- To sykepleiere til W hjemmetjeneste med søknadsfrist 18. september.
- Sykepleier til W hjemmetjeneste med søknadsfrist 15. desember 2023.

### Nemndas flertall

Slik saken er opplyst, kan ikke flertallet se at vaktene som er forbeholdt sykepleiere skal tas ut av beregningsgrunnlaget. Flertallet har i vurderingen lagt vekt på at kommunen ikke har dokumentert at de har forsøkt å dekke opp vaktene med kvalifisert personell før de valgte at

A skulle ta vaktene. Kommunen har organisert arbeidet i de aktuelle vaktene slik at bemanningen er forsvarlig, selv om A har arbeidet for sykepleiere. Kommunen har dermed vurdert det slik at de har hatt tilfredsstillende kompetanse på den enkelte vakt for å ivareta behov for faglig forsvarlighet. Flertallet har derfor kommet til at merarbeidet som er utført i vakter tilhørende sykepleiere skal inngå i beregningsgrunnlaget. A har utført 169,5 timer merarbeid i tolv månedersperioden.

#### Er merarbeidet utført jevnlig?

Flertallet har kommet til at merarbeidet 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.

Flertallet har kommet til at merarbeidet har vært stabilt. Vilåret om at merarbeidet skal være utført jevnlig er oppfylt. Flertallet viser til at A har en høy stillingsprosent og derved har et tett arbeidsprogram i sin ordinære stilling. Likevel har A utført merarbeid hver måned i tolv månedersperioden, bortsett fra april og mai 2023, hvor hun har vært sykemeldt.

#### Utrekning av ny stillingsprosent

For å komme fram til riktig stillingsutvidelse må flertallet beregne hvor stor stillingsprosent merarbeidet utgjør i forhold til en full stilling. I en full stilling ville A arbeidet 1668,5 timer, når ferien A har rett til på (25 dager) er trukket fra. A sitt merarbeid er 169,5 timer. A har dermed utført merarbeid tilsvarende 10,16 prosent stilling og dette er utvidelsen A har rett til.

#### Nemndas mindretall

Nemndas mindretall har kommet til at As merarbeid som krever sykepleierkompetanse ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, da A ikke er kvalifisert for denne typen arbeid. Mindretallet har lagt vekt på at arbeidsgiver har dokumentert at de flere ganger i beregningsperioden har utlyst flere stillinger for å rekruttere sykepleiere.

Når merarbeidet som krever sykepleierkompetanse er trukket fra gjenstår ingen merarbeidstimer som A har utført i tolv månedersperioden og mindretallet har dermed kommet til at hun ikke har rett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

**Tvisteløsningsnemnda**

Anne Marie Due  
Leder

18. mars 2024