



# Tvisteløsningsnemnda

---

**Vedtaksdato**

18. oktober 2022

**Vår referanse**

2022/99

**Saksbehandler**

Mona Ekelund

## VEDTAK NR 97/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 13. oktober 2022.**

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder

Vetle Wetlesen Rasmussen, YS

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

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

### **Saksforhold**

A er fast ansatt som pleieassistent i stilling på 12,85 prosent hos B, for tiden med tjenestested ved X.

Den 28. mars 2022 fremsatte A krav om stillingsutvidelse til 100 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

I brev datert 20. mai 2022 tilbød arbeidsgiver 60 prosent stillingsutvidelse fra 1. august 2022 blant annet under forutsetning av at A påbegynner helsefagarbeiderutdanning innen august 2023. Ytterligere stillingsutvidelse ble avslått og begrunnet med at behovet for merarbeidet hadde falt bort.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 13. juni 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 13. juni 2022
- brev datert 1. september 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 3. august 2022
- brev datert 19. august 2022

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører at hun har rett til stillingsutvidelse til 100 prosent og at viser i det vesentligste til at det går fram av lønsslippene at hun har arbeidet 1806,75 timer utover sin faste stilling i beregningsperioden, at årsaken til merarbeidet ikke er relevant, og at behovet for merarbeidet er konstant.

A viser til at sykefraværet i Sykehjemetaten i første kvartal de siste tre årene har ligget stabilt på ca. 11 prosent, med en liten oppgang til 13 prosent i 2022. Med 164 ansatte på X vil det si at ca. 18 hele stillinger til enhver tid ikke er dekket opp på grunn av sykdom og at fraværet i første kvartal 2019, 2020, 2021 og i 2022 utgjorde 21 hele stillinger.

A anfører videre at B ikke kan stille utdanningskrav som vilkår for stillingsutvidelse og at arbeidsgiver anså henne kvalifisert fram til hun krevde stillingsutvidelse.

A bestrider at hun har arbeidet i ledige sykepleierstillinger og hevder hun kun har arbeidet ved sykefravær og ferie.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører at nemnda må avvise saken fordi A ikke har krav på stillingsutvidelse utover tilbudet hun har fått. De viser i det vesentligste til at behovet for merarbeidet har bortfalt med opphør av tiltak i forbindelse med covid-19-pandemien og redusert sykefravær. B er enige i at A er fast deltidsansatt og at hun jevnlig har arbeidet utover sin faste stilling i beregningsperioden.

B anfører at lovgiver ikke har tatt høyde for covid-19-pandemien og at ekstravakter i denne forbindelse ikke nødvendigvis må formaliseres i form av et vikariat for at de skal tas ut av beregningsgrunnlaget.

B anfører videre at vakter A har utført for sykepleiere skal trekkes ut av beregningsgrunnlaget, og viser til at begrensninger i antall arbeidssteder av hensyn til smittevern gjorde det umulig å få tak i nok kvalifisert personell. Arbeidsgiver utlyste stillinger, økte egne ansattes stillinger, benyttet bemanningsbyrå og gjorde andre tiltak for å få tak i kvalifiserte ekstravakter. Tilgangen på vikarer med formalkompetanse er nå god.

B viser også til at C kommune har godkjent at vernepleiere kan ansettes i sykepleierstillinger. Det er ansatt 2 vernepleiere, 1 helsefagarbeider har fullført sykepleierutdanning pr. august 2022 og 1 helsefagarbeider har fått autorisasjon som sykepleier, hvilket dekker behovet for merarbeid framover.

Avslutningsvis anfører B at en eventuell stillingsutvidelse må avkortes med 13 prosent, som utgjør forskjellen i sykefravær mellom 2019 og 2020-2022 i pleie- og sosial omsorg, barnehager mv. ifølge Statistisk Sentralbyrå.

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

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 28. mars 2022. 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 28. mars 2021 til og med 27. mars 2022. Timeoversikt og timelister forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1759,25 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 behovet for A sitt merarbeid er bortfalt og om arbeidsgiver kan sette som vilkår for utvidet stilling at hun begynner på helsefagarbeiderutdanning.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har anført at merarbeidet først og fremst skyldes covid-19-pandemien og at dette var en ekstraordinær situasjon som lovgiver ikke har tatt høyde for. Nemnda oppfatter dette som en anførsel om at ekstravaktene som kan knyttes til covid-19-pandemien ikke skal regnes som merarbeid etter § 14-4 a.

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».

Når det gjelder årsaken til merarbeidet, viser nemnda til lovens ordlyd og anser alt merarbeid, uavhengig av om det har oppstått på grunn av covid-19-pandemien eller noe annet, som «arbeid utover avtalt arbeidstid» så lenge det, som i denne saken, ikke foreligger en avtale om midlertidig stillingsutvidelse. Vurderingen er i samsvar med nemndas faste praksis, se blant annet vedtak 23/22, 13/22, 158/21, 140/21, 134/21, 119/21, 160/20, 110/20, 80/19. Om merarbeidet gir rett til en stillingsutvidelse og herunder størrelsen på denne, avhenger av om de øvrige vilkårene i bestemmelsen er oppfylt og om behovet har bortfalt, helt eller delvis.

Arbeidsgiver har opplyst at 282,25 **Feil! Bokmerke er ikke definert.** timer av As merarbeid har vært utført i vakter som er tillagt stillinger for sykepleiere, og har anført at disse timene ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget ettersom A ikke er kvalifisert for denne typen arbeid.

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 pleieassistent som vikar for sykepleiere 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 tas med i beregningsgrunnlaget 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.

Arbeidsgiver har i denne saken dokumentert ved stillingsannonser at det i beregningsperioden har vært utlyst seks heltidsstillinger og to deltidstillinger for sykepleiere ved X, i tillegg til to deltidstillinger for sykepleiere/vernepleiere.

I denne saken har nemnda, etter en konkret vurdering, kommet til at As merarbeid i de omtalte sykepleiervaktene ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for merarbeidet til en pleieassistent. Nemnda har lagt vekt på at arbeidsgiver har dokumentert at de i beregningsperioden har utlyst ti sykepleier-/vernepleierstillinger ved X der A har utført sitt merarbeid. Ettersom de utlyste stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar har nemnda kommet til at den delen av merarbeidet som er utført i vakter tillagt sykepleierstillinger ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Etter fratrekk av de nevnte vaktene gjenstår 1477 timer utført merarbeid i beregningsperioden.

B har anført at behovet for As merarbeid utover en økning til 60 prosent stilling har falt bort, og at det kan settes som vilkår at hun påbegynner helsefagarbeiderutdanning senest høsten 2023.

Innledningsvis bemerker nemnda at arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke gir arbeidsgiver anledning til å sette opp egne vilkår, for eksempel utdanningskrav, som ikke følger av lovens ordlyd. Dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt har arbeidstaker krav på stillingsutvidelse.

Nemnda går så over til å vurdere om behovet for As merarbeid utover utvidelse til 60 prosent stilling har falt bort.

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.»*

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

*«Det kan og 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.»*

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 syke- eller permisjonsopphold e.l.

Nemnda er enig med arbeidsgiver i at covid-19-pandemien utgjør en ekstraordinær situasjon og mener det er sannsynlig at X på lik linje med mange andre helseinstitusjoner har hatt økt behov for merarbeid som følge av pandemien. Nemnda legger derfor i utgangspunktet til grunn at det er sannsynlig at dette behovet for merarbeid vil falle bort når pandemien er over.

Bestemmelsen oppstiller imidlertid et dokumentasjonskrav, og nemnda kan ikke se at det i foreliggende sak er tilstrekkelig dokumentert at behovet for alt merarbeid utover tilbudet på 60 prosent stiling er bortfalt eller kommer til å falle bort i nær fremtid.

Arbeidsgiver har ikke dokumentert eller identifisert hvilket merarbeid som skal ha falt bort utover tre vakter på til sammen 27,5 timer som ifølge timelistene skyldtes ekstraordinære tiltak i forbindelse med covid-19-pandemien. Når nevnte merarbeid trekkes fra, gjenstår 1449,5 timer merarbeid i beregningsperioden.

Det går fram av timelistene at merarbeidet har ulike årsaker, som ferie, sykdom, interne bytter, overtid, etc., og statistikken arbeidsgiver har fremlagt gjelder «Sykefravær for pleie og sosial omsorg, barnehager mv.», for 2019-2022. Etter nemndas oppfatning er ikke denne statistikken tilstrekkelig konkret til å dokumentere endringen i sykefraværet før, under og etter pandemien ved X. Nemnda viser også til arbeidstakers opplysninger og dokumentasjon, som arbeidsgiver har fått seg forelagt uten å kommentere, der det går fram at sykefraværet ved Sykehjemsetaten i C i første kvartal de siste 4 årene har endret seg minimalt. Nemnda har derfor kommet til at det ikke er dokumentert at behovet for merarbeid som skyldes sykefravær er bortfalt.

B har videre opplyst at det er ansatt to vernepleiere i/etter beregningsperioden og at en helsefagarbeider har fått autorisasjon som sykepleier og en annen har fullført kompletterende sykepleierutdanning pr. august 2022. A har ikke bestridt opplysningene, men hevder behovet for merarbeid er det samme.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at det ikke er tilstrekkelig dokumentert at ansettelsene og endringene i personellens kvalifikasjoner medfører at noe av behovet for As merarbeid har falt bort. Nemnda viser til at det merarbeidet som gjenstår etter at vakter A har gått for sykepleiere er trukket fra, skyldes vakant stilling, sykdom og ferie. Nemnda har ikke fått opplysninger om at den vakante stillingen er besatt og legger til grunn at det vil være nødvendig å dekke opp for sykdom og ferieavvikling også i framtiden.

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 1449,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 86,87. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 99,72. A har allerede fått utvidet sin stilling til 60 prosent og har dermed krav på ytterligere 39,72 prosent stillingsutvidelse til 99,72 prosent fast stilling.

### **Konklusjon**

A har rett til ytterligere økning av sin stilling med en stillingsprosent på 39,72.

### **Tvisteløsningsnemnda**

Anne Marie Due  
Leder

18. oktober 2022

### **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.