



# Tvisteløsningsnemnda

---

Vedtaksdato  
25.06.2018

Vår referanse  
2017/48260

Saksbehandler  
Nina N. Hermansen

## **VEDTAK NR 58/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 19. juni 2018.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Steffen Rogstad, nestleder  
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS  
Gry Brandshaug Dale, KS

### **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 assistent i stilling på 75 prosent hos B.

Den 23. august 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått i brev av 23. oktober 2017, med begrunnelse at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten å ansette flere ufaglærte.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 190 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 23. august 2016 til og med 22. august 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 10. november 2017.

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 10. november 2017
- e-post av 5. desember 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 24. november 2017
- brev datert 4. desember 2017
- brev datert 2. mars 2018
- e-post av 19. mars 2018

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at hun har krav på utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører i det vesentligste at det vil medføre vesentlig ulempe for driften å ansette flere ufaglærte i B avd X og kan derfor ikke innvilge A krav. Dersom vakter ikke kan dekkes med rett kompetanse, omdisponeres det kompetanse internt på avdelingen, det brukes overtid blant de som har rett kompetanse eller man forskyver arbeidstiden til faste ansatte der det er mulig slik at kompetansekravet tilfredsstilles. Ved akutt fravær kan det tas inn vikar uten riktig kompetanse på bakgrunn av erfaring dersom det er annet personell på den aktuelle vekten med medisinkompetanse og høyskolekompetanse. Det har vært en jevn nedgang i sykefraværet i etat tjenester til funksjonshemmede, fra 14,4 prosent i januar 2015 til 11,5 prosent i januar 2017. Samtidig har fraværet i ressursenheten sunket fra 21,8 prosent i januar

2015 til 14,3 i januar 2017. Dette resulterer i at vikarbehovet i perioden er redusert, samtidig som ressursenheten dekker et stadig økende antall ledige vakter.

De siste to årene er alle stillinger i Z og Y lyst ut med krav til kompetanse. Det ansettes ikke lenger assistenter. Det har vært lyst ut stillinger for personell som er under relevant helsefaglig utdanning.

### **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 (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 23. august 2017. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 23. august 2016 til og med 22. august 2017. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 190 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

B har gjennom fremlagt dokumentasjon redegjort for at 130,75 timer av A merarbeid har vært i vakter som er tillagt stillinger for helsefagarbeidere, vernepleiere, sykepleiere og omsorgsarbeidere. Arbeidsgiver anfører at disse timene ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget fordi det ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en assistent.

I vurderingen av dette spørsmålet har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Rasmussen 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.

Nemndas flertall har også forståelse for at arbeidsgiver i enkelttilfeller kan vurdere det som faglig forsvarlig å leie inn en assistent som vikar for fagarbeidere/høyskoleutdannede, uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv.

I denne saken har arbeidsgiver imidlertid jevnlig over en lengre periode benyttet seg av en assistent som vikar i vakter forbeholdt helsefagarbeidere, vernepleiere, sykepleiere og omsorgsarbeidere. Slik saken er opplyst finner ikke flertallet holdepunkter for at A har utført arbeidsoppgaver som krever annen kompetanse, og flertallet legger derfor til grunn at arbeidsgiver har organisert arbeidet på de aktuelle vaktene slik at bemanningen samlet sett har vært forsvarlig. Ut fra sakens opplysning, og hvor flertallet har lagt særlig vekt på at det ikke

arbeides aktivt for å dekke behovet for annen kompetanse, er det ikke noe som tilsier at dette ikke også vil være tilfellet i fremtiden. Ettersom arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort noen annet, legger flertallet til grunn at det er driftsmessig forsvarlig å øke andelen faste ansatte med den kompetanse A har.

Selv om arbeidsgiver har som målsetning å dekke det aktuelle vikarbehovet med faglærte/høyskoleutdannede, må målsetningen etter flertallets syn også være et realistisk alternativ dersom den skal begrense stillingsvernet til assistenten som rent faktisk utfører arbeidet. Slik saken er opplyst finner flertallet at kommunen ikke har sannsynliggjort dette, og har derfor kommet til at også den delen av As merarbeid som er utført i vakter for faglærte/høyskoleutdannede skal inngå i beregningsgrunnlaget etter aml. § 14-4 a.

Flertallets syn på hvilke vakter som skal inngå i jevnlighetsvurderingen avviker på dette punkt fra nemndas vurdering av lignende problemstillinger i tidligere vedtak. Flertallets endrede standpunkt beror i hovedsak på avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett, LB-2017-80601. På bakgrunn av nevnte rettspraksis legger flertallet til grunn at det ved utstrakt bruk av arbeidstakere uten ønsket formalkompetanse må stilles nokså strenge krav til arbeidsgivers begrunnelse, dersom en skal få medhold i at merarbeidet ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemndas mindretall, medlem Dale, har kommet til et annet resultat. Merarbeidet A har utført i vakter som er tillagt stillinger for fagarbeidere/høyskoleutdannende er etter mindretallets oppfatning ikke et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en assistents merarbeid. Ettersom de stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner nemndas mindretall at dette merarbeidet ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent.

Mindretallet viser i denne sammenheng til at retten til å bestemme kompetansefordelingen i virksomheten er en naturlig del av arbeidsgivers styringsrett. Som nevnt av nemndas flertall, har Høyesterett også uttalt at domstolene i begrenset grad bør prøve arbeidsgivers vurdering av hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde for en stilling.

Mindretallets vurdering i denne saken er i tråd med nemndas tidligere praksis, og dommen LB-2017-80601 fra Borgarting lagmannsrett gir etter mindretallets syn ikke grunnlag for å endre denne praksisen. Mindretallet bemerker at dommen gjelder den ulovfestede grunnbemanningen, og ikke arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Til tross for overlappende virkeområde, er innfallsvinklene til vurderingene i de to regelsettene ulike.

Grunnbemanningen beror på en helhetsvurdering av den aktuelle virksomheten der to av vilkårene er om det foreligger et fast og stabilt behov for vikarer, og om det faste arbeidskraftbehovet uten vesentlig ulempe kan dekkes ved økningen av grunnbemanningen. Vurderingen er kompleks og krever et bredt bevisbilde.

I en vurdering av arbeidsmiljøloven § 14-4 a starter man med den aktuelle arbeidstakeren og ser kun på hva denne har arbeidet – ikke på fraværsprosenten på det aktuelle tjenesteområdet. Endelig er beregningsperioden begrenset til tolv måneder, noe som gjør det desto vanskeligere å fastslå hva som utgjør virksomhetens stabile og varige behov tilstrekkelig kvalifisert arbeidskraft. Det er dermed lagt opp til en mindre omfattende bevisvurdering enn etter grunnbemanningen, noe som etter mindretallets syn gjør det desto mer betenkelig om

nemnda skal sette seg ut over arbeidsgivers vurdering av nødvendige kvalifikasjoner og kompetansesammensetning.

Nemnda går så over på jevnlighetsvurderingen.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønsmessig 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.

Nemnda viser til at det i beregningsperioden har vært flere opphold uten merarbeid. På slutten av beregningsperioden har arbeidstaker hatt ferie og vært syk i til sammen 5 uker. I kombinasjon med flere opphold uten merarbeid og opphold i slutten av beregningsperioden på grunn av sykdom, finner ikke nemnda grunnlag for å vurdere om merarbeidet er utført jevnlign. Det samlede fraværet utgjør en så stor del av opptjeningsperioden at nemnda ikke har det nødvendige grunnlaget for å vurdere om jevnlighetsvilkåret er oppfylt.

Nemnda har dermed kommet til at A ikke kan gis medhold i sitt krav om utvidelse av stilling.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad  
nestleder

25.06.2018

### **Til orientering:**

Tvister som nevnt i §§ 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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).