



# Tvisteløsningsnemnda

---

**Vedtaksdato**  
18.11.2024

**Møtedato**  
14.11.2024

**Vår referanse**  
2024/132

**Saksbehandler**  
Maisha Maliha Saiyed

## SAK NR 105/24 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, og har rett til en stilling på 69,34 prosent.

### Nemndas sammensetning

Steffen Rogstad, nestleder

Ingrid Tordis Enoksen, UNIO, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

## **Sakens bakgrunn**

A er fast ansatt som ufaglært hjemmehjelp i stilling på 28,17 prosent i Bydel X, i B-kommune, for tiden ved avdeling/distrikt Y.

Den 22. april 2024 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid tilsvarende 44,51 prosent de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Det ble avholdt et drøftingsmøte 22. mai 2024 hvor arbeidsgivers endelige beslutning var å delvis avslå arbeidstakers krav ved å innvilge 8,18 prosent stillingsutvidelse ved avdelingen for praktisk bistand.

Avslaget ble begrunnet med at behovet for merarbeid ikke lenger forelå i like stor grad som tidligere, at vakter med krav til kompetanse som sykepleier og helsefagarbeider, samt vakter ved sesongtopper skal trekkes fra beregningsgrunnlaget.

## **Sakens dokumenter**

A sendte saken til nemnda 27. mai 2024. Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 27. mai 2024
- brev av 14. august 2024
- brev av 14. august 2024
- brev av 15. august 2024

B sendt følgende til nemnda:

- brev av 18. juni 2024
- brev av 8. juni 2024

## **Arbeidsgivers syn på saken**

B mener at A har utført 714,5 timer merarbeid i beregningsperioden, og at merarbeidet har vært jevnlig.

### Vakter med krav til kompetanse skal trekkes fra beregningsgrunnlaget

Arbeidsgiver anfører at merarbeid i stillingskategorier hvor arbeidstaker ikke er kvalifisert skal tas ut av beregningsgrunnlaget, herunder vakter for sykepleiere og helsefagarbeidere. Arbeidstaker er kun kvalifisert til vakter som ufaglært, og det er begrenset behov for disse vaktene i fremtiden.

Arbeidsgiver har foretatt en ny beregning, og mener at merarbeidet fratrukket vakter med krav til annen kompetanse enn det A innehar tilsvarer 9,05 prosent.

### Sesongtopper skal trekkes fra beregningsgrunnlaget

Etter arbeidsgivers syn skal merarbeid ved sesongtopper trekkes fra beregningsgrunnlaget, og viser til ferievakter i kommunens hovedferieperiode som varer fra 1. juni til 30. september.

Arbeidsgiver har foretatt en ny beregning, og etter deres vurdering tilsvarer merarbeidet fratrukket ferievakter 6,47 prosent.

#### Behovet for merarbeid har blitt mindre

Arbeidsgiver mener at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger i like stor grad som tidligere. Det vises til at sykefravær har blitt mindre, og at vakante stillinger er besatt.

Som dokumentasjon har de lagt ved seks utlysningstekster, hvor søknadsfristene var mellom 18. mars 2024 - 11. juli 2024.

- Helsefagarbeider i et vikariat i en 100 prosent stilling ved hjemmesykepleien i Bydel X, med søknadsfrist 18. mars 2024.
- Fast helgestilling i 20 - 30 prosent ved hjemmesykepleien i Bydel X med frist 22. april 2024. Det gjelder ti stillinger, hvor det i utlysningsteksten søkes etter utdannede helsefagarbeidere, og studenter innenfor sykepleie, paramedisin eller medisin.
- Helsefagarbeider i W demensbolig. Det gjelder en deltidsstilling på 20 prosent i turnus annenhver helg, med søknadsfrist 20. mai 2024.
- Sommerjobb ved hjemmesykepleien i Bydel X og Y demensbolig, med frist 2. juni 2024. Det gjelder 30 stillinger, hvor det søkes etter studenter innen helsefag, sykepleie, paramedisin eller utdannede helsefagarbeidere eller sykepleiere.
- Faste helgestillinger i 20-30 prosent ved hjemmesykepleien i Bydel X. Det gjelder seks stillinger med søknadsfrist 28. juni 2024. Det søkes etter utdannede helsefagarbeidere, eller studenter innenfor sykepleie, paramedisin eller medisin.
- Sykepleiere til ekstravakter ved hjemmesykepleien i Bydel X. Det gjelder ti stillinger med søknadsfrist 11. juli 2024.

Arbeidsgiver opplyser følgende om hvilke ansettelser som er foretatt:

- Vakante helgestillinger er besatt av sykepleier og vernepleierstudenter. Det er ikke opplyst når disse stillingene ble besatt.
- Helsefagarbeider i et vikariat i en 100 prosent stilling ved hjemmesykepleien i Bydel X ble besatt av fast ansatt i 20 prosent helgestilling, fra og med 11. juni 2024. Stillingen varer i første omgang i ett år med mulighet for forlengelse.

- I februar 2024 fikk en fast ansatt med 30 prosent stilling som helsefagarbeider økt stillingen sin til 100 prosent fra og med 1. februar 2024, med en kontrakt som løper til 31. juli 2024. Etter dette går den ansatte tilbake til hennes faste deltidsstilling.
- Kompetansen for sykepleiere ble dekket ved ansettelse av en sykepleierstudent som hadde en 20 prosent helgestilling. Denne stillingen ble økt til 90 prosent i august 2024 i et vikariat med mulighet for forlengelse. Det er ikke opplyst når vedkommende ble ansatt.

Arbeidsgiver bemerker ellers at en sykepleier i mammapermisjon var tilbake 100 prosent fra og med 5. juni 2024. Det ble ikke ansatt vikar i hennes fravær, og det har derfor vært mange ledige vakter.

#### Arbeidssted etter stillingsutvidelsen

Arbeidstaker kan ikke velge arbeidssted, og må akseptere utvidet stilling ved avdelingen for praktisk bistand.

#### **Arbeidstakers syn på saken**

A hevder at han har rett til stillingsutvidelse fordi han jevnlig har jobbet til sammen 742,65 timer utover sin faste stilling i beregningsperioden.

#### Ingen vakter skal trekkes fra beregningsgrunnlaget

Etter arbeidstakers syn skal ingen av vaktene tas ut av beregningsgrunnlaget, og viser til at arbeidstaker har utført merarbeid for arbeidsgiver siden 2015, med unntak av 2018. Dette viser at arbeidsgiver har hatt et stabilt og varig behov for arbeidstakers merarbeid, og over tid har ansett det som forsvarlig å la arbeidstaker ta vakter med krav til annen kompetanse enn den han har.

#### Behovet for merarbeid foreligger fortsatt

Arbeidstaker mener at behovet for merarbeid fortsatt foreligger, og viser til at i perioden før og etter at kravet ble fremmet har arbeidsgiver i betydelig grad benyttet seg av merarbeid fra ekstravakter og midlertidig ansatte uten formell kompetanse, både i hverdager og helger. Det er innhentet oversikt viser at det er i perioden 16. april 2024 til 24. august 2024 ble leid inn 132 vakter til distrikt Y.

Arbeidstaker påpeker at selv om arbeidsgiver kan vise til en reduksjon i sykefraværet fra 30 prosent til 13,36 prosent per dags dato, er fraværsprosenten fortsatt høyt for et distrikt. Fraværstatistikken for perioden 15. april 2023 til 25. mai 2024 viser et fravær på 13,92 prosent, som fordelt på 35 ansatte i distriktet utgjør et fravær på 4,8 ansatte i perioden.

Arbeidstaker opplyser at han fortsatt utfører merarbeid, og tar ekstravakter arbeidsgiver mener han ikke er kvalifisert for. En oversikt over merarbeid i perioden 30. april 2024 til 22. august 2024 viser at han har utført 210 timer merarbeid.

#### Arbeidssted etter stillingsutvidelsen

Arbeidstaker skal ikke bli omplassert til avdelingen for praktisk bistand. Den utvidete stillingen skal være på stedet hvor arbeidstaker har utført merarbeidet, i avdeling Y.

### **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 vakter med krav til annen kompetanse og vakter ved sesongtopper skal trekkes fra beregningsgrunnlaget, og hvorvidt behovet for merarbeid har bortfalt.

### **Nemndas begrunnelse**

Nemnda har enstemmig kommet til at A rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

#### Tolvmånedersperioden

Etter bestemmelsens ordlyd og faste praksis i nemnda, er siste dag i tolvånedersperioden dagen før arbeidstaker fremmet kravet. Brevet med kravet er datert 15. april 2024, men det er fremlagt e-post for nemnda som viser at brevet ble sendt til arbeidsgiver i e-post datert 22. april 2024.

Det foreligger etter nemndas vurdering ikke grunnlag for å fravike lovens ordlyd for hvordan tolvånedersperioden skal beregnes. Nemnda viser til tilsvarende vurdering og konklusjon i vedtakene 22/19, 137/20, og 105/21.

Nemnda legger til grunn at arbeidstaker fremmet kravet 22.april 2024. Med dette som utgangspunkt må nemnda legge til grunn at den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er fra og med 22. april 2023 – 21. april 2024.

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

Nemnda har kommet til at A har arbeidet 687 timer utover avtalt arbeidstid i tolvånedersperioden.

Arbeidsgiver plikter å føre oversikt over arbeidstakers faktiske arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 10-7. Ved uenighet legges arbeidstakers oversikt til grunn dersom arbeidsgiver ikke kan dokumentere omfanget av merarbeidet som er utført.

Arbeidsgiver har dokumentert omfanget av merarbeidet i perioden 22. april 2023 – 13. april 2024, som utgjør 672,5 timer. Arbeidstaker har dokumentert merarbeidet i perioden 13. april 2024 – 21. april 2024, som utgjør 14,5 timer. Disse opplysninger legges til grunn for vurderingen.

Skal merarbeidet som krever kompetanse som sykepleier og helsefagarbeider tas med i beregningen?

Nemnda har kommet til at As merarbeid som krever kompetanse som sykepleier og helsefagarbeider skal inngå i beregningsgrunnlaget.

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. Men hvis arbeidsgiver bruker en ufaglært hjemmehjelp til å utføre merarbeid for sykepleiere og helsefagarbeidere over lengre tid, tar nemnda utgangspunkt i at arbeidsgiver anser dette som forsvarlig. Hvis arbeidsgiver samtidig ikke har gjort aktive forsøk på å dekke behovet for kvalifisert arbeidskraft, 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.

Etter nemndas syn har ikke arbeidsgiver dokumentert å ha jobbet aktivt for å dekke behovet for sykepleiere og helsefagarbeidere i tolv månedersperioden. I vurderingen har nemnda lagt vekt på at to av stillingsutlysningene arbeidsgiver har lagt frem er lyst ut mot slutten av beregningsperioden, og de øvrige fire stillingsutlysningene er lyst ut i månedene etter beregningsperioden. I resten av beregningsperioden er det ikke dokumentert at arbeidsgiver har forsøkt å rekruttere kvalifisert personale. Det er videre dokumentert at arbeidstaker fortsatt i stor utstrekning utfører merarbeid. Dermed legger nemnda til grunn at arbeidsgiver har kommet til at det har vært forsvarlig at arbeidstaker har tatt vakter med krav til kompetanse som sykepleier og helsefagarbeider.

Når vakter som sykepleier og helsefagarbeider tas med, har A utført 687 timer merarbeid i tolv månedersperioden.

Har B dokumentert at behovet for deler av A sitt merarbeid har falt bort?

Nemnda har kommet til at B ikke har dokumentert at behovet for deler av A sitt merarbeid har falt bort.

Arbeidsgiver må dokumentere at virksomheten ikke har behov for merarbeidet i tiden framover. Dette følger av lovens ordlyd og forarbeidene. Behovet må være bortfalt på tidspunktet for arbeidsgivers avslag til arbeidsgiver, eller i nær tid etter dette.

Planer om endringer i bemanningen må være konkrete og aktuelle å gjennomføre. Endringene må også redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der det er utført. Dette følger av forarbeidene og nemndas praksis.

I vurderingen har nemnda lagt vekt på at dokumentasjonen til arbeidsgiver ikke viser at behovet for merarbeid var bortfalt på avslagstidspunktet, eller i nær tid etter dette. Nemnda viser videre til dokumentasjon sendt inn av arbeidstaker som viser at han fortsatt utfører en betydelig mengde merarbeid. Etter nemndas syn fremstår det som at det fortsatt var behov for merarbeid fra arbeidstaker i flere måneder etter avslagstidspunktet, og at stillingsutlysningene arbeidsgiver viser til ikke bidro til å redusere dette behovet.

#### Utrekning av ny stillingsprosent

For å komme fram til riktig stillingsutvidelse må nemnda beregne hvor stor stillingsprosent merarbeidet utgjør i forhold til en full stilling. I en full stilling ville A arbeidet 1846 timer, når ferien arbeidstaker har rett til på (25 dager) er trukket fra. A sitt merarbeid er 687 timer. A har dermed utført merarbeid tilsvarende 69,34 prosent stilling.

Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar nemnda utgangspunkt i gjennomsnittet av merarbeidet som er utført i løpet av beregningsperioden. Men forarbeidene åpner også for at nemnda kan bruke et visst skjønn i enkelte tilfeller. Det følger av forarbeidene at det «bør imidlertid være åpent for å benytte et visst skjønn i vurderingen». Nemnda ser det slik at det er arbeidsgivers stabile og varige behov for økt arbeidskraft som skal fylles, og at nemnda derfor skal fastsette en stillingsutvidelse i samsvar med det ekstraarbeidet som kan sies å være uttrykk for et slikt behov. Det må blant annet bety at svært intense perioder med ekstraarbeid, f.eks. ved ferieavvikling eller i kortere perioder med typiske sesongsvingninger eller ekstraordinært sykefravær, ikke uten videre vil gi full uttelling ved fastsettelse av ny stillingsprosent.

Slik saken er opplyst fremstår det for nemnda som at arbeidstakers merarbeid i månedene hvor det typisk er ferieavviklinger ikke i særlig grad overstiger merarbeidet i de øvrige månedene i beregningsperioden. Arbeidstaker har etter dette rett til å øke sin stillingsandel uten det gjøres fradrag for det arbeidsgiver anfører som sesongtopper.

#### Hvilket arbeidssted skal A ha etter stillingsutvidelsen?

Nemnda viser til Prop. 83 L (2012-2013), punkt 4.4.4.6 der departementet forklarer hva retten til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid innebærer: «Deltidsansatte som oppfyller vilkårene etter bestemmelsen har rett til stilling i samsvar med det merarbeidet som er utført. Det innebærer en rett til stilling med samme omfang (stillingsstørrelse), arbeidssted og vakter tilsvarende merarbeidet vedkommende har utført i løpet av beregningsperioden.»

Nemnda har imidlertid ikke kompetanse til å ta stilling til om arbeidsgiver i kraft av styringsretten kan pålegge arbeidstaker endringer i arbeidssted etter stillingsutvidelsen.

## **Tvisteløsningsnemnda**

Steffen Rogstad  
Nestleder

18. november 2024