



# Tvisteløsningsnemnda

---

Vedtaksdato  
29.10.2018

Vår referanse  
2018/13381

Saksbehandler  
Nina N. Hermansen

## **VEDTAK NR 96/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 18. oktober 2018.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder  
Silje Hassellund Solberg, LO  
Silje Stadheim Almestrand, NHO

### **Saken gjelder**

Twist 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 pleiemedarbeider i stilling på 30,40 prosent i B, boligjenesten. Hun ble opprinnelig ansatt i C og videreført til B etter kommunesammenslåingen 1. januar 2017.

Den 13. desember 2017 fremsatte A krav om økt stilling, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev datert 13. februar 2018. Begrunnelsen for avslaget var at arbeidstaker i hovedsak hadde jobbet i vakter hvor hun ikke fylte kravet til kompetanse. For øvrig utgjorde merarbeidet for få timer, slik at kravet til jevnlighet ikke var oppfylt.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1117,91 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 13. desember 2016 til og med 12. desember 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 21. februar 2018.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 21. februar 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 15. mars 2018
- e-post av 15. oktober 2018
- e-post av 16. oktober 2018
- e-post av 18. oktober 2018

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at hun har krav på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid og at det ikke skal trekkes fra timer arbeidet i vakter som krever annen kompetanse.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører i det vesentligste at merarbeid utført i vakter arbeidstaker ikke er kvalifisert for, ikke skal tas med i beregningen. Merarbeidet som arbeidstaker har utført og som hun er kvalifisert for er av så lite omfang at kravet om jevnlighet ikke er oppfylt. Videre har merarbeidet i perioden fra desember 2016 til desember 2017 en klar sammenheng med kommunesammenslåingen. Sammenslåing av B, deling av tidligere virksomhet i X og ut- og innflytting av flere brukere var en arbeidskrevende og omfattende prosess. Delingen av avdelingen X fikk konsekvenser for planleggingen av bemanningssituasjon. Arbeidsgiver måtte holde av vakante stillinger på grunn av at en rekke arbeidstakere gikk på tvers i avdelingen som skulle deles. Sommeren 2016 ble det bestemt at avlastning skulle avvikles

over tid i X. En annen bruker skulle overføres til Y i løpet av våren/sommer 2017. A hadde mange vakter knyttet til denne brukeren i perioden desember 2016 til juli 2017 og frem til bemanningen var på plass ved Y. Det var få i personalgruppa som ble overflyttet til denne boligen, ettersom det var behov for spesifikk kompetanse og hele/store stillinger. Videre har arbeidstaker hatt arbeidsoppgaver knyttet til en bruker på avlastning som skal avvikles. I ny turnus er behovet for merarbeid markant redusert. Det er fire mindre vakante stillinger i helger som skal besettes. De har ansatt en fagarbeider i 100 prosent stilling 1. januar 2018. I tillegg har arbeidsgiver kontinuerlig lyst ut vakante helgevakter. Miljøterapeutstilling ble utlyst to ganger i august 2017, og det ble ikke foretatt noen ansettelse på grunn av for lite kvalifiserte søkere.

### **Tvistløsningsnemndas 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 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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 13. desember 2017. 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 13. desember 2016 til og med 12. desember 2017. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1117,91 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene gjelder hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget, hvorvidt merarbeidet er utført jevnlig og om deler av behovet for merarbeidet har bortfalt.

Arbeidsgiver har dokumentert at vesentlige deler av As merarbeid har blitt utført i vakter hvor det er krav om høyere kompetanse som fagarbeider/miljøterapeut. Arbeidsgiver anfører at dette merarbeidet ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, fordi det ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en pleiemedarbeiders merarbeid. Av As merarbeid er kun 130,16 timer utført i vakter som hun er kvalifisert for.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Solberg, bemerker at det i utgangspunktet er arbeidsgiver som fastsetter kompetansesammensetningen i virksomheten og hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde for den enkelte stilling. Nemnda bør derfor i begrenset grad prøve arbeidsgivers vurdering av dette.

Flertallet har også forståelse for at arbeidsgiver i enkelttilfeller kan vurdere det som faglig forsvarlig å leie inn en pleiemedarbeider som vikar for fagarbeidere/miljøterapeuter, 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 pleiemedarbeider som vikar i vakter forbeholdt fagarbeidere/miljøterapeuter. 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. Arbeidsgiver har opplyst at de har utlyst en miljøterapeutstilling to ganger i august 2017 uten å få kvalifiserte søkere. Det har dermed ikke vært tilgang på nok miljøterapeuter for å dekke Bs behov. Etter flertallets oppfatning er det ikke noe som tilsier at dette også vil være tilfellet i fremtiden, og at det derved vil være behov for As merarbeid også i fremtiden. Ettersom arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort noe annet, legger nemndas flertall 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 fagarbeidere/miljøterapeuter, må målsetningen etter flertallets syn også være et realistisk alternativ dersom den skal begrense stillingsvernet til pleiemedarbeideren som rent faktisk utfører arbeidet. Slik saken er opplyst finner flertallet at B ikke har sannsynliggjort dette, og har derfor kommet til at også den delen av As merarbeid som er utført i vakter for fagarbeidere/miljøterapeuter 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 spørsmål i tidligere vedtak. Flertallets endrede standpunkt beror i hovedsak på dom fra Borgarting lagmannsrett, LB-2017-80601. På bakgrunn av nevnte rettspraksis legger nemndas flertall 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, medlemmet Almestrand, har kommet til at merarbeidet i vakter som er forbeholdt fagarbeidere/miljøterapeuter ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en pleiemedarbeiders merarbeid. Ettersom fagarbeider/miljøterapeutstillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner mindretallet 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. Høyesterett har i HR-2014-831-A også uttalt at domstolene i begrenset grad bør prøve arbeidsgivers vurdering av hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde for en stilling. Mindretallet viser til at arbeidsgiver arbeider for å dekke behovet for fagarbeidere/miljøterapeuter. De har ansatt en fagarbeider og har utlyst en miljøterapeutstilling i beregningsperioden.

I en vurdering av arbeidsmiljøloven § 14-4 a er det kun merarbeidet til den aktuelle arbeidstakeren som vurderes – ikke det totale fraværet innen 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 grunnbemanningslæren, noe som etter mindretallets syn gjør det desto mer betenkelig om nemnda skal sette seg ut over arbeidsgivers vurdering av nødvendige kvalifikasjoner og kompetansesammensetning.

As merarbeid i vakter som er tillagt stillinger for fagarbeidere/miljøterapeuter på 987,75 timer tas derved ikke med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til 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.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Solberg, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet i denne saken går utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Flertallet viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden. Flertallet finner at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Nemndas mindretall, medlem Almestrand, har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig. Etter fradrag for vakter i stillinger arbeidstaker ikke er kvalifisert for, har A utført 130,16 timer merarbeid. Det har vært lange opphold mellom ekstravaktene og det er utført merarbeid i kun åtte måneder av beregningsperioden. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Mindretallet har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Ettersom mindretallet har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig er det ikke behov for å ta stilling til om eventuelt behovet for merarbeid har bortfalt.

Flertallet går så over på vurderingen av om behovet for merarbeid har bortfalt.

Arbeidsgiver anfører at behovet for merarbeid er markant redusert. Det er fire mindre vakante stillinger i helg som skal besettes. De har ansatt en fagarbeider i 100 prosent stilling fra 1. januar 2018. I tillegg har arbeidsgiver kontinuerlig lyst ut stillinger for å dekke vakante helgevakter. Miljøterapeutstillingen ble utlyst to ganger i august 2017. Bruker på avlastning, som A har hatt arbeidsoppgaver knyttet til, har flyttet til X og arbeid knyttet til en annen bruker i avlastning planlegges avvirket.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. 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. (...) 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 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.»*

Slik denne saken er opplyst har flertallet kommet til at arbeidsgiver har sannsynliggjort at behovet for merarbeid er delvis bortfalt. Det vises til at arbeidsgiver har ansatt en fagarbeider i 100 prosent stilling. I tillegg har en bruker som arbeidstaker har hatt vesentlige deler av sitt merarbeid knyttet til, flyttet, og det planlegges avvikling av avlastning hos en annen bruker hvor arbeidstaker har utført en rekke ekstravakter.

Det nevnes imidlertid at det forhold at B arbeider med å få ansettelser i vakante helgestillinger, er vanskelig å tillegge vekt i vurderingen av om behovet for ekstraarbeid er bortfalt. Det vises til at stillingene ikke er besatt, til tross for at de har vært utlyst. Behovet for ekstrahjelp vil da enn så lenge være til stede i samme grad som tidligere når det gjelder disse stillingene.

Når det gjelder stillingen som miljøterapeut, har B redegjort for at den først ble utlyst, men siden slått sammen med en annen stilling. Ut fra Bs redegjørelse vedrørende denne stillingen, er det vanskelig å forstå i hvilken grad en mulig besetning av denne stillingen gjør at behovet for ekstraarbeid er bortfalt, utover det som allerede er lagt til grunn ovenfor.

Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar flertallet utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Det følger imidlertid av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, og det heter i forarbeidene at det «bør imidlertid være åpent for å benytte et visst skjønn i vurderingen». Flertallet ser det slik at det er arbeidsgivers stabile og varige behov for økt arbeidskraft som skal fylles, og at flertallet derfor skal fastsette en stillingsutvidelse i samsvar med det ekstraarbeidet som kan sies å være uttrykk for et slikt behov.

Arbeidsgiver har dokumentert at 500,5 merarbeidstimer har bortfalt på grunn av bruker som har flyttet og arbeid som skal avvikles. Da gjenstår 617,41 merarbeidstimer, noe som utgjør en stillingsprosent på 37. I tillegg kommer bortfall av merarbeid på grunn av ansettelsen av fagarbeider i 100 prosent stilling. Det foreligger imidlertid ikke noen særlig konkret redegjørelse fra arbeidsgiver for hvordan dette påvirker behovet for merarbeid fremover, så her blir fradraget svært skjønnsmessig.

Etter fratrukk for bortfalt behov har flertallet, etter en skjønnsmessig vurdering, kommet frem til at A har krav på en utvidelse av sin stilling med 15 prosent. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 45,4 prosent.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 15.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

29.10.2018

### **Til orientering:**

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a 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).