



# Tvisteløsningsnemnda

---

Vedtaksdato  
03.01.2019

Vår referanse  
2018/24636

Saksbehandler  
Nina N. Hermansen

## **VEDTAK NR 01/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 13. desember 2018.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Steffen G. Rogstad, nestleder  
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio  
Per H. Engeland, Virke

### **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 helsefagarbeider i stilling på 77 prosent i A kommune.

Den 7. januar 2018 fremsatte A krav om økt stilling, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Det ble avholdt drøftelsesmøte 21. mars 2018. Arbeidsgiver imøtekom deler av kravet i brev datert 5. april 2018 og ga tilbud om utvidet stilling med 27 prosent. Arbeidsgiver trakk fra vakter gått for sykepleiere og fagarbeidere i beregningen av utvidet stilling. Arbeidstaker mottok brevet 15. april 2018. Røysland fikk utvidet stilling til 77 prosent fra og med 1. juni 2018.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 467,75 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 7. januar 2017 til og med 6. januar 2018. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev poststempelt 5. mai 2018.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev poststempelt 5. mai 2018
- brev datert 6. juni 2018
- e-post av 14. august 2018
- e-post av 31. august 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 8. juni 2018
- e-post av 15. august 2018
- to e-poster av 21. august 2018

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at hun har utført jevnlig merarbeid og har krav på økt stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Arbeidstaker har aldri blitt opplyst om at hun har gått vakter for sykepleiere og derfor ikke var kvalifisert. Det fremkommer heller ikke av arbeidsmiljøloven § 14-4 a at det skal gjøres fratrukk for slike vakter.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune har delvis innvilget kravet. De har trukket fra vakter arbeidstaker har gått for sykepleiere. Det er vanskelig å rekruttere sykepleiere, og de har av den grunn ikke fått kvalifisert kompetanse til å dekke opp for fravær i sykepleiervakter. Det har også vært en periode med stort overbelegg av pasienter med tanke på grunnbemanning og antall

sykehjemsplasser det har vært budsjettmessig dekning for. Derav mye bruk av vikarer utover grunnbemanning. Antall pasienter i sykehjem er nå redusert fra 26 til 19.

### **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 7. januar 2018. 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 7. januar 2017 til og med 6. januar 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 467,75 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har dokumentert at 89 timer av A merarbeid har vært i vakter som er tillagt stillinger for sykepleiere. Arbeidsgiver anfører at dette merarbeidet ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, fordi det ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en helsefagarbeiders merarbeid.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Dahlstrøm 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 helsefagarbeider som vikar for sykepleiere og helsefagarbeidere, uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv.

I denne saken har arbeidsgiver imidlertid over hele den relevante perioden benyttet seg av en helsefagarbeider som vikar i vakter forbeholdt sykepleiere. Slik saken er opplyst legger flertallet til grunn at arbeidsgiver har funnet løsninger på å organisere de aktuelle vaktene slik at bemanningen samlet sett er forsvarlig. Arbeidsgiver har heller ikke sannsynliggjort at det er iverksatt konkrete tiltak for å rekruttere arbeidstakere med sykepleierkompetanse til å fylle ledige sykepleiervakter, så som stillingsutlysninger eller tilsvarende tiltak. Etter flertallets oppfatning er det derfor ikke noe som tilsier at dette også vil være tilfellet i

fremtiden, og at det derved vil være behov for A merarbeid. 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 sykepleiere, må målsetningen etter flertallets syn også være et realistisk alternativ dersom den skal begrense stillingsvernet til helsefagarbeideren som rent faktisk utfører arbeidet. Slik saken er opplyst finner nemnda at B kommune ikke har sannsynliggjort dette, og har derfor kommet til at også den delen av A merarbeid som er utført i vakter for sykepleiere 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 Engeland, har kommet til at merarbeidet i vakter som er forbeholdt sykepleiere ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en helsefagarbeiders merarbeid. Ettersom en sykepleier 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.

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 sykepleiere på 89 timer tas ikke med i beregningsgrunnlaget.

Det er ikke gjort gjeldende at merarbeidet ikke er utført jevnlig. Nemnda må likevel prøve om lovens vilkår er oppfylt, og vil derfor vurdere om merarbeidet er utført jevnlig.

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 har enstemmig kommet til at merarbeidet er utført jevnlign, uavhengig om ukvalifiserte vakter tas med i beregningen eller ikke og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden bortsett fra januar 2017 hvor hun har avviklet ferie. Nemnda 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.

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.

Nemndas flertall har kommet til at samtlige 467,75 timer av A merarbeid skal tas med ved beregningen, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 28,03. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 78,03. Arbeidstaker har fått økt stillingen sin til 77 prosent og har dermed krav på ytterligere 1,03 prosent.

Nemndas mindretall har kommet til at 378,75 timer av merarbeidet skal tas med ved beregningen, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 22,7. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 72,7.

**Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 1,03.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad  
nestleder

03.01.2019

**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).