



# Tvisteløsningsnemnda

---

Vedtaksdato  
08.04.2019

Vår referanse  
2018/53833

Saksbehandler  
Mona Ekelund

## **VEDTAK NR 50/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte mandag 8. april 2019**

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 kommune

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

### **Saksforhold**

A er fast ansatt som assistent i stilling på 28 prosent i B kommune, for tiden ved Pleie- og omsorgstjenesten, Z nattevaktslag 3. Stillingen ble økt fra 25,35 prosent til 28 prosent 1. januar 2019 som følge av turnusendring.

Den 25. oktober 2018 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 29. november 2018. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke oppfylte kravet til jevnlighet på grunn av flere opphold i beregningsperioden.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 13. desember 2018, poststemplet 14. desember 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 13. desember 2018 med vedlegg
- brev datert 14. januar 2019
- brev datert 29. januar 2019
- e-post av 26. mars 2019
- 

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 17. januar 2019 med vedlegg
- brev datert 5. februar 2019 med vedlegg
- brev datert 18. mars 2019 med vedlegg

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Hun har krav på økt fast stilling tilsvarende alt merarbeid i beregningsperioden. Arbeidsgiver har ikke tatt hensyn til vinterferie og sykemelding ved vurderingen av jevnligheten.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

A kan ikke gis medhold i sitt krav ettersom det er flere opphold i merarbeidet i beregningsperioden.

Subsidiært anføres at A ikke har den kompetanse arbeidsgiver har behov for. Merarbeidet har dels vært utført i vakter tillagt sykepleiere. Av fire sykepleierstillinger som var vakante høsten 2018 er en omgjort til helsefagarbeider og besatt. Det samme gjelder to av de tre øvrige sykepleierstillingene. Den siste sykepleierstillingen skal lyses ut på nytt.

### **Tvisteløsningsnemndas merknader**

Twist 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 25. oktober 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 25. oktober 2017 til og med 24. oktober 2018. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 721,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene gjelder om merarbeidet er utført jevnlig, hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget, og om behovet for merarbeidet er bortfalt.

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

B kommune har redegjort for at 480 timer av A sitt merarbeid har vært i vakter tillagt sykepleiere, og derved merarbeid arbeidstaker ikke er kvalifisert for. Spørsmålet er dermed om dette merarbeidet skal inngå i jevnlighetsvurderingen etter § 14-4 a.

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 leie inn en assistent 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 lar en arbeidstaker 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 gi uttelling 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 behovet for kvalifisert arbeidskraft for det aktuelle merarbeidet.

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 vedkommende sin arbeidskraft. Dette er i tråd med nemndas senere praksis, se blant annet flertallets votum i vedtak [33/18](#) og [110/18](#).

I denne saken har nemnda kommet til at merarbeidet i stillinger med krav om sykepleierutdanning ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for merarbeidet til en assistent. Nemnda legger i denne vurderingen særlig vekt på at arbeidsgiver har dokumentert at de har behov for annen kompetanse enn det A innehar.

Pleie- og omsorgstjenesten har utlyst totalt ni nattevaktstillinger for sykepleiere og en nattevaktstilling for helsefagarbeider ved Z i beregningsperioden. Minst fem av de utlyste sykepleierstillingene er på nattevaktslag 3 der A har utført det meste av sitt merarbeid. Det er ansatt sykepleiere i to av stillingene. Videre er det ansatt en helsefagarbeider, og det er utlyst en stilling som sykepleier på nytt. Arbeidsgiver har dermed aktivt forsøkt å dekke de aktuelle vaktene med kvalifisert arbeidskraft. I tillegg tar arbeidsgiver andre aktive grep for å kvalifisere sine ansatte, ved å tilby arbeidstaker vakter for å oppnå autorisasjon som helsefagarbeider. Det aktuelle merarbeidet skal derfor ikke inngå i beregningsgrunnlaget.

Når vakter gått for sykepleier er trukket fra gjenstår 241,5 timer merarbeid i beregningsperioden.

Nemnda går så over til å vurdere om dette merarbeidet er utført jevnlig.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønnsmessig 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 kommet frem til at As merarbeid ikke er utført jevnlig og at hun derved ikke har krav på økt stilling.

Når en ser bort fra sykemeldinger og ferie er det i en periode på 5 uker ikke utført noe merarbeid. I to perioder på henholdsvis 7 og 3 uker er det kun utført 1,5 timer merarbeid og i flere av månedene er merarbeidet begrenset oppad til 12,5 timer.

Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Nemnda har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold

Twisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

08.04.2019

### **Til orientering:**

Twister 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse., jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).