



# Tvisteløsningsnemnda

---

Vedtaksdato  
11.04.2019

Vår referanse  
2018/34604

Saksbehandler  
Nina N. Hermansen

## **VEDTAK NR 53/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 14. februar 2019.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Steffen G. Rogstad, nestleder  
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 kommune

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

### **Saksforhold**

A er fast ansatt som helsefagarbeider i stilling på 65,43 prosent i B kommune, hjemmebaserte tjenester, vikarpool. Hun fikk utvidet stilling fra 17,49 prosent til 65,43 prosent fra og med 20. august 2018.

A har i tillegg hatt vikariat som pleiemedhjelper i stilling på 33,51 prosent i perioden 1. mars 2018 til 31. oktober 2018.

Den 20. mars 2018 fremsatte A krav om økt stilling til 100 prosent, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble delvis innfridd av arbeidsgiver i brev datert 22. juni 2018.

Arbeidsgiver begrunnet resultatet med at behovet for merarbeid var bortfalt etter at en arbeidstaker som A har vikariert for er tilbake i sin stilling. I tillegg var vakanser besatt. Arbeidsgiver innvilget kravet med 46,75 prosent stilling slik at A totalt får en stilling på 64,24 prosent.

Etter en ny gjennomgang av vaktene A hadde gått i sykepleierhjemler, kom arbeidsgiver til at sykepleiervakter ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget fordi det er vakter de trenger sykepleierkompetanse i.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1226,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 20. mars 2017 til og med 19. mars 2018. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev poststemplet 16. juli 2018.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev poststemplet 16. juli 2018
- e-post av 9. august 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 20. august 2018

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentlige at hun jevnlig har arbeidet i mer enn 100 prosent stilling og dermed har krav på utvidet stilling til 100 prosent. A anfører at timer arbeidet for vernepleier eller sykepleier også skal tas med i beregningsgrunnlaget til utvidet stilling.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at vakter gått for sykepleiere og vakter der behovet for merarbeid har bortfalt ikke skal tas med i beregningen. Arbeidsgiver har et økt behov for sykepleierkompetanse. Kommunen blir pålagt flere oppgaver som krever sykepleierkompetanse enn det de har hatt tidligere og de får stadig pasienter som trenger sykepleiefaglig kompetanse i sin pleie. De jobber stadig med å kunne øke antall sykepleierhjempler. Det har blitt endret en 75,12 prosent stilling fra helsefagarbeider til sykepleier med virkning fra 1. mai 2018.

De har få sykepleierstillinger i enheten og stillingene er på 65 – 100 prosent. Disse har derfor svært liten mulighet til å ta på seg ekstravakter. I hjemmetjenesten bistår sykepleierne både i det daglige stellet av pasientene og mer spesifikke sykepleieroppgaver. Ved fravær av sykepleier ser arbeidsgiver det derfor forsvarlig å leie inn kjent personell for å utføre stell og pleie hos pasientene. Ansvarlig sykepleier fra andre enheter kan også bistå med kompetanse ved behov.

### **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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 20. mars 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 20. mars 2017 til og med 19. mars 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1226,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Problemstillingene i denne saken gjelder hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget, og om deler av behovet for merarbeid er bortfalt. Arbeidsgiver har ikke bestridt at arbeidstaker har arbeidet jevnlig, men mener behovet er bortfalt. Nemnda må likevel ta stilling til spørsmålet om merarbeidet er utført jevnlig, siden dette er et av lovens vilkår. For å ta stilling til om merarbeidet er jevnlig utført, må nemnda først vurdere hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har dokumentert at 181,5 timer av arbeidstakers merarbeid har vært i vakter som er tillagt stillinger for sykepleiere. Nemnda vil da ta stilling til om dette merarbeidet skal inngå i beregningsgrunnlaget.

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

Arbeidsgiver har i denne saken redegjort for at de har et økt behov for sykepleierkompetanse og at de stadig arbeider med å kunne øke antall sykepleierhjemler.

Slik saken er opplyst kan nemnda ikke se at kommunen har dokumentert at man i løpet av beregningsperioden har arbeidet tilstrekkelig aktivt for å dekke behovet for sykepleierbemanning, for eksempel ved utlysning av vikariater mv. Etter en konkret vurdering har nemnda derfor kommet til at også den delen av merarbeidet som er utført i vakter tilhørende sykepleierstillinger skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til å vurdere om 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 til at merarbeidet er utført jevnlig og at A derfor 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. 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.

Nemnda går da over til å vurdere om behovet for merarbeidet likevel er bortfalt. B kommune har anført at det ikke lenger foreligger behov for omlag 181,75 timer av A merarbeid i perioden. Dette fordi en arbeidstaker er tilbake i sin stilling etter å ha bistått hjemmetjenesten nord, en vakant stilling ble besatt 1. september 2017 og en annen stilling ble besatt 20. mars 2018 etter å ha vært ledig en periode etter at en annen sluttet.

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 nemnda uttalt følgende til hva som fremgår av forarbeidene om nedbemanning og permitteringer:

*«Tilsvarende må gjelde der behovet for merarbeid må forventes å bortfalle som følge av at arbeidsgiver har foretatt eller er i ferd med å foreta nyansettelser, eller kan legge til grunn at arbeidstakere snarlig vil vende tilbake til virksomheten etter syke- eller permisjonsopphold e.l.»*

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver har sannsynliggjort at deler av behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Arbeidsgiver har konkret redegjort for hver enkeltvakt hvor behovet for merarbeid har bortfalt på grunn av at arbeidstaker er tilbake i sin egen stilling og det er gjort ansettelse i ledige stillinger.

Nemnda finner at 181,75 timer av A merarbeid ikke tas med i beregningen fordi behovet for dette merarbeidet har bortfalt.

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.

Nemnda har kommet til at 1044,75 timer (etter fratrekk for bortfalt behov) av A merarbeid skal tas med ved beregningen, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 62,62. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 80,11. Arbeidstaker har fått økt stillingen sin til 65,43 prosent og har dermed krav på ytterligere 14,68 prosent.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til ytterligere økning av sin stilling med en stillingsprosent på 14,68.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad  
nestleder

11.04.2019

### **Til orientering:**

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 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).