



# Tvisteløsningsnemnda

---

Vedtaksdato  
16.04.2019

Vår referanse  
2018/52414

Saksbehandlar  
Mona Ekelund

## VEDTAK NR 58/19 I TVISTELØYSINGSNEMNDA

**Tvisteløysingsnemnda heldt møte torsdag 28. mars 2019**

Ved behandlinga av saka var tvisteløysingsnemnda satt saman slik:

### **Faste medleamar**

Steffen G. Rogstad, nestleiar  
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS  
Gry Brandshaug Dale, KS

### **Saka gjeld**

Twist om rett til stilling for deltidstilsette tilsvarande faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

### **Arbeidstakar**

A

### **Arbeidsgivar**

B kommune

## **Det ble treft slikt vedtak:**

### **Saksframstilling**

A er fast tilsett som pleiemedarbeidar i stilling på 34,25 prosent i B kommune, med tenestestad X sjukeheim, somatisk avdeling. I vekene 26-33 i 2017 hadde ho eit ferievikariat på 19,11 prosent på somatisk og dement avdeling.

Den 8. november 2017 satt A fram krav om auke av stilling på grunnlag av utført meirarbeid de siste 12 månader, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Fagforbundet sendte kravet på nytt 19. april 2018.

Kravet ble delvis innvilga av arbeidsgivar i brev datosett 14. november 2018. Kommunen innvilga stillingsauke med 13,47 prosent, frå 20,78 til 34,25 prosent. Vakter A hadde gått for sjukepleiar og helsefagarbeidar trakk kommunen ifrå ved berekninga av ny stillingsprosent.

Saken ble brakt inn for Tvisteløysningsnemnda ved brev datosett 30. november 2018, poststempla 4. desember 2018.

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

Nemnda har mottatt følgjande dokument frå arbeidstakar:

- brev datosett 30. november 2018 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgjande dokument frå arbeidsgjevar:

- brev datosett 10. januar 2019 med vedlegg
- brev datosett 11. januar 2019 med vedlegg
- brev datosett 6. mars 2019 med vedlegg
- brev datosett 20. mars 2019 med vedlegg

### **Utsegn frå arbeidstakar**

A gjer gjeldande at alle ekstravakter ho har tatt skal reknast med ved utmåling av ny stillingsprosent og at ho har krav på auke av sin stilling til ein stillingsprosent på 89.

### **Utsegn frå arbeidsgivar**

B kommune gjer gjeldande at vakter arbeidstakar har tatt for helsefagarbeidarar og sjukepleiarar ikkje kan reknast som arbeid utover avtalt arbeidstid ettersom A ikkje er kvalifisert for desse vaktene. Arbeidstakar har på bakgrunn av kravet fått auke i si stilling med 13,47 prosent frå 20,78 prosent den 14. november 2018. Ei ny berekning viser at rett prosent skulle vore 8,57, men kommunen står fast ved den fyrste berekninga.

Kommunen har utlyst stillingar og ved utgonga av 2017 var det ingen vakanse i sjukepleiarstillingar men dette varierer. Det er vanskeleg å rekruttera personell med rett

kompetanse og det blir difor satt i gong desentralisert deltidstudie for sjukepleiarutdanning ved Høgskulen på Vestlandet frå hausten 2019. Det er oppretta om lag 3 stillingar som fast vikar på sjukeheimen med rett fagkompetanse, men ikkje nok til å dekkje behovet.

### **Tvisteløysingsnemndas merknader**

Tvist mellom arbeidsgivar og arbeidstakar om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-4 a (2). Etter forskrift om tvisteløysingsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settast nemnda med nestleiar og to faste medlemmar.

Arbeidsmiljøloven § 14-4 a fastset at deltidstilsette som dei siste 12 månader jamleg har arbeidd utover avtalt arbeidstid, har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i denne perioden, med mindre arbeidsgivar kan dokumentere at behovet for meirarbeidet ikkje lenger ligg føre. Perioden skal reknast med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstakar fremma sitt krav.

Arbeidstakar fremma sitt krav for arbeidsgivar 8. november 2017. Nemnda legg til grunn at siste dag i perioden er dagen før kravet blei sette fram for arbeidsgivar. Den relevante perioden i denne saka er dermed frå og med 8. november 2017 til og med 7. november 2018. Dokumentasjonen som nemnda har motteke viser at A har arbeidd 870,7 timar utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjer 1846 timer per år.

Usemjå mellom partane i denne saka gjeld kva for vakter av som skal takast med i grunnlaget for kravet om stillingsauke.

B kommune gjer gjeldande at vakter som inngjekk i sommarturnus ikkje skal inngå.

Nemnda har komen til at sommarturnusen ikkje skal inngå. Nemnda viser til forarbeida (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), kor det kjem fram at § 14-4 a tar sikte på å omfatte jamleg ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidstilsette formelt har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt sjåast som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeida avgrensar likevel mot situasjonar kor det er avtalt ei utviding av stillinga i form av ein midlertidig tilsetningskontrakt, og det understrekast at i slike tilfelle skal stillingsutvidinga ikkje reknast som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Nemnda har vektlagt at det er inngått eigen arbeidsavtale for vekene 26-33 sommaren 2017. Vakter i sommarturnusen er difor ikkje meirarbeid etter arbeidsmiljølova § 14-4 a.

Det kjem fram av dokumenta i saka at 703,8 timar av A sitt meirarbeid har vært i vakter i stillingar for helsefagarbeidarar og sjukepleiarar, og kommunen gjer gjeldande at timane ikkje skal inngå i grunnlaget fordi ho ikkje har dei rette kvalifikasjonane.

Til dette vil nemnda innleiingsvis peike på at det i utgangspunktet er arbeidsgivar som fastset kompetansesamansetninga i verksemda og kva for kvalifikasjonskrav som skal gjelde for den enkelte stilling, og at nemnda i avgrensa grad bør prøve arbeidsgivars vurdering av dette. Nemnda har også forståing for at arbeidsgivar i enkelttilfelle kan vurdere det som fagleg

forsvarleg å leiga inn ein ufaglært pleiemedarbeidar som vikar for ein helsefagarbeidar og sjukepleiar, utan at dette dermed er uttrykk for ein tilfredsstillande kompetansesamansetning i eit lengre tidsperspektiv.

I tilfelle som her, der arbeidsgivar jamleg over ein lengre periode lar en arbeidstakar utføre meirarbeid i vakter i stillingar med krav om ei anna formalkompetanse enn det vedkommande innehar, blir spørsmålet om arbeidsgivar rettmessig kan vise til at slike vakter ikkje skal gi utteljing ved krav om utvida stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Slik nemnda ser det, må dette avhenge av ei konkret vurdering av fleire forhold, deriblant kva arbeidsgivar har gjort for å dekke behovet for kvalifisert arbeidskraft for det aktuelle meirarbeidet.

Dersom arbeidsgivar ikkje kan vise til at man ved stillingsutlysingar eller andre tiltak aktivt har forsøkt å rekruttere arbeidstakarar med ynskja kvalifikasjonar, skal det etter nemndas syn mykje til for å sannsynleggjere at meirarbeidet arbeidstakaren har utført i slike stillingar ikkje er uttrykk for arbeidsgivars stabile og varige behov for vedkommandes arbeidskraft. Dette er i tråd med nemndas seinare praksis, sjå blant anna fleirtalets votum i vedtak [33/18](#) og [110/18](#).

I denne saka har nemndas fleirtal, medlemene Rogstad og Dale, etter ei konkret vurdering kome til at meirarbeidet i dei omtalte vaktene ikkje er eit uttrykk for arbeidsgivars stabile og varige behov for meirarbeidet til en pleiemedarbeidar. Fleirtalet har i vurderinga lagt til grunn opplysningane frå arbeidsgivar om at det i den aktuelle perioden var vanskeleg å rekruttere kvalifisert personell til B sjukeheim, eininga der A har utført meirarbeidet. Slik saken er opplyst finn fleirtalet det dokumentert at B kommune for å dekke dei vakante stillingane har utlyst 5 stillingar på til saman 3,4 årsverk for helsefagarbeidarar og 22 stillingar for sjukepleiarar med til saman ca. 17,7 årsverk i løpet av berekningsperioden, og legger i vurderinga vekt på at arbeidsgivar dermed aktivt har forsøkt å dekkje dei aktuelle vaktene med kvalifisert arbeidskraft. Arbeidsgivar opplyser å ha tilsett i nokre av stillingane. Kommunen har nyleg tilsett to sjukepleiarar som per 6. mars 2019 ikkje hadde starta i stillingane.

Det er oppretta avtale med eit vikarbyrå for to sjukepleiarstillingar fram til hausten 2019. I stillingar der kommunen ikkje har fått tilsett sjukepleiar har dei opna for å tilsette helsefagarbeidar for inntil 1 år. Innan den tid skal stillingane utlysast på nytt.

Sidan dei utlyste stillingane krev ei anna kompetanse og utdanning enn det arbeidstakar har, finn fleirtalet at meirarbeidet ho har utført i stillingar meint for helsefagarbeidarar og sjukepleiarar ikkje kan inngå i grunnlaget for berekning av utvida stillingsprosent.

Når dei ukvalifiserte vaktene i samsvar med fleirtalets konklusjon er trekt frå, står det igjen 166,9 timar meirarbeid i berekningsperioden.

Inngangskriteriet om at den deltidstilsette har arbeidet «jamleg» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønsvurdering som i første instans ligg til Tvisteløysingsnemnda der partane ikkje sjølv blir einige.

Nemnda viser til at det går fram av forarbeida (Prop. 83 L for 2012-2013) at meirarbeidets hyppigheit, omfang og stabilitet vil være sentrale moment i vurderinga. Slik nemnda ser det, vil desse tre momenta i nokon grad gripe inn i kvarandre. Utan ein viss hyppigheit, vil f.eks. meirarbeidet heller ikkje få nemneverdig omfang eller stabilitet. Med unntak for periodar der forhold på arbeidstakars side gjer det umogleg, må det være utført eit visst meirarbeid gjennom heile berekningsperioden, men det kan ikkje stillast bestemte krav til at arbeidet er utført kvar veke e.l. For at «merarbeidet i det store og hele fremstår som en etablert praksis», er det tilstrekkeleg at det har førekomme slikt meirarbeid gjennom heile berekningsperioden at det vitnar om eit stabilt og varig behov hos arbeidsgivar.

Nemndas fleirtal, medlemene Rogstad og Dale har komme til at meirarbeidet er utført jamleg. Meirarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Sjølv om det har vore visse variasjonar i intensiteten i berekningsperioden, har ekstraarbeidet vore tilstrekkeleg jamt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter i alle månadene i berekningsperioden når ein ser bort frå ferievikariatet på åtte veker i juni til august 2017. Nemnda finn at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkeleg omfang, hyppigheit og stabilitet i tolv månadersperioden. Etter ei konkret heilskapsvurdering synast difor meirarbeidet som ein etablert praksis som oppfyller lovens krav.

A hadde dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i berekningsperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar nemnda utgangspunkt i den stillingsprosent det samla meirarbeidet tilseier årleg, utan å ta omsyn til variasjonar frå månad til månad. Opptent stillingsauke må etter nemndas oppfatning bereknast med utgangspunkt i brutto timetal per år i full stilling etter at ferie er trekt frå, i dette tilfellet 1668,5 timar. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeida 166,9 timer utover avtalt arbeidstid i berekningsperioden, noko som svarer til ein stillingsprosent på 10. Samla utgjer dette ein stillingsprosent på 30,78 med utgangspunkt i stillinga på 20,78 prosent som ho hadde i berekningsperioden.

Sidan arbeidsgivar allereie har innvilga ei auke i stilling med 13,47 til 34,25 prosent stilling på bakgrunn av kravet, meiner fleirtalet at A difor ikkje har rett på ytterlegare stillingsauke.

Mindretalet, medlemen Rasmussen, er av ei anna oppfatning.

Mindretalet, medlemen Rasmussen, sluttar seg til den vurderinga som fleirtalet har gjort om vaktene til sjukepleiarane, og dei tiltaka som arbeidsgivar har sett i gang for å bøte på mangelen på sjukepleiarar. Desse tiltaka vil gjere det mindre sannsynleg at arbeidsgivar i framtida vil vere tvungen til å gi sjukepleiarvakter til arbeidstakarar utan formell kompetanse.

Mindretalet meiner derimot at tiltaka for å få tak i helsefagarbeidarar ikkje er tilstrekkelege. Tiltaka som blei sette i gang, var annleis enn dei tiltaka som blei gjort for å få tak i sjukepleiarar. Tiltaka var såleis ikkje eigna for å fullt ut å dekkje behovet for helsefagarbeidarar. Mindretalet føreset difor at det også i framtida vil vere behov for at ukvalifisert personell bemanne vakter mynta på helsefagarbeidarar. I denne vurderinga er det lagt særleg vekt på at meirarbeidet har vore omfattande, og at fleire av dei som har vore helsefagarbeidarar har erstatta anna personell som anten har vore til stades under utføringa av dette meirarbeidet, eller det har ført til auke av stillingar for arbeidstakarar som jamvel

har utført slik meirarbeid. Mindretalet legg elles vekt på at pleiarane med erfaring og god rettleiing i større monn kan utføre dei arbeidsoppgåvene som helsefagarbeidarane elles er sett til å utføre.

Mindretalet finn også at meirarbeidet er utført jamleg , men på grunnlag av fleirtalets konklusjon er det ikkje nødvendig for mindretalet å ta stilling til ny stillingsprosent.

### **Konklusjon**

Arbeidstakar gis ikkje medhald

Tvisteløysingsnemnda

Steffen G. Rogstad  
nestleiar

16.04.2019

### **Til orientering:**

Tvistar som nemnd i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for domstolane etter at tvisteløysingsnemndas avgjerd ligg føre, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (2). Nemndas konklusjon står ved lag mens saka er til handsaming ved domstolane. Dersom dette vil virke urimeleg, kan retten etter krav frå ein av partane fastsette ei anna mellombels ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolane er åtte veker rekna frå det tidspunkt parten er underretta om tvisteløysingsnemndas avgjerd, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).