



# Tvisteløsningsnemnda

---

Vedtaksdato  
03. juni 2019

Vår referanse  
2019/27

Saksbehandler  
Mona Ekelund

## VEDTAK NR 85/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte 27. mai 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**

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 pleiemedarbeider i helgestilling på 20,42 prosent i B kommune, med tjenestested for tiden hjembaserte tjenester, V bofellesskap og hjemmetjeneste. I perioden 01.01.2017-01.09.2018 hadde hun i tillegg et navngitt vikariat på 9,74 prosent.

Den 6. november 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 11. desember 2018. Avslaget ble begrunnet med at vakter i navngitt vikariat skulle trekkes fra beregningsgrunnlaget og at behovet for merarbeidet var bortfalt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 19. desember 2018, mottatt 28. 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 19. desember 2018 med vedlegg
- e-post av 23. januar 2019 med vedlegg
- e-post av 8. mars 2019 med vedlegg
- 

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 19. februar 2019 med vedlegg
- to e-poster av 12. mars 2019 med vedlegg
- e-post av 2. mai 2019 med vedlegg

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at hun har krav på en høyere stillingsutvidelse enn arbeidsgiver legger til grunn selv om vakter i navngitt vikariat tas ut av beregningsgrunnlaget. Behovet for merarbeidet har ikke bortfalt. Hun tar fremdeles ekstravakter, selv om det er færre enn tidligere.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid fordi behovet for merarbeid har bortfalt.

Ledige helsefagarbeider- og sykepleiervakter i den aktuelle perioden skyldtes hovedsakelig langvarig sykefravær og foreldrepermisjon. Dette behovet har bortfalt ved at en sykepleier returnerte fra permisjon til 60 prosent stilling 1. september 2018, langvarig sykemeldt har gått av med pensjon og er erstattet av helsefagarbeiderstilling er omgjort til sykepleierstilling og besatt av sykepleier i 100 prosent stilling den 14. januar 2019. Hjemmehjelpstillingen A

har tatt vakter i ble flyttet til en annen avdeling 1. november 2018. Oppgavene A tidligere har hatt med middagsservering på senteret, tilligger nå en miljøarbeider i 80 prosent stilling som ble ansatt 1. september 2018.

I de tilfeller hvor A har jobbet for helsefagarbeider og sykepleiervakter har det vært mulig å omdisponere oppgavene for disse vaktene, slik at arbeidstaker kun har utført de oppgaver som hun er kvalifisert til.

### **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 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 6. november 2018. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 6. november 2017 til og med 5. november 2018. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 506,25 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken omhandler hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget og hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt som følge av omorganisering og økt bemanning.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget. Nemnda bemerker at vakter i vikariatet er holdt utenfor ettersom arbeidstaker har frafalt denne anførselen.

B kommune har redegjort for at 322 timer av A sitt merarbeid har vært i vakter tillagt helsefagarbeidere og sykepleiere, og derved utgjør merarbeid arbeidstaker ikke er kvalifisert for. Spørsmålet er 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 utrykk 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](#).

Arbeidsgiver har opplyst at behovet for merarbeidet i helsefagarbeider- og sykepleierstillinger skyldes langvarig sykefravær og permisjon, samt noe ordinært fravær. I de tilfeller hvor A har jobbet for helsefagarbeider og sykepleiervakter har det vært mulig å omdisponere oppgavene for disse vaktene, slik at arbeidstaker kun har utført de oppgaver som hun er kvalifisert til. På bakgrunn av behovet for økt sykepleierbemanning ble en helsefagarbeiderstilling omgjort til sykepleierstilling og besatt av sykepleier i 100 prosent stilling den 14. januar 2019.

Slik saken er opplyst kan nemnda ikke se at kommunen i løpet av beregningsperioden har jobbet aktivt for å dekke opp behovet for kvalifisert personell. Etter en konkret vurdering har nemnda derfor kommet til at også den delen av merarbeidet som er utført i vakter tilhørende stillinger arbeidstaker ikke er kvalifisert for skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda vil dermed 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. 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 utenom november 2018. Etersom beregningsperioden slutter 5. november 2018 kan ikke fravær av ekstraarbeid denne måneden tillegges vekt i jevnlighetsvurderingen. 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.

Arbeidsgiver har videre anført at merarbeidet har bortfalt. Den langvarige sykemeldte har sluttet og erstattet, en sykepleier kom tilbake fra permisjon 1. september 2018. Videre har en hjemmehjelpstilling blitt flyttet til en annen avdeling og det er ansatt en miljøterapeut i 80 prosent stilling.

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 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 dokumentert at behovet for deler av merarbeidet har bortfalt. Nemnda legger til grunn arbeidsgivers opplysninger om at en sykepleier kom tilbake fra foreldrepermisjon den 1. september 2018, at den langvarig sykemeldte sluttet 31.12.2018 og er erstattet av sykepleier i 100 prosent stilling. Nemnda finner etter dette at behovet for å dekke den langvarige sykemeldingen har falt bort og at vakante sykepleiervakter vil bli dekket opp av sykepleier som er tilbake fra permisjon.

Nemnda finner det derimot ikke dokumentert at behovet for merarbeid knyttet til ferieavvikling og kortvarig sykefravær og hjemmehjelpstillingen har bortfalt. Selv om hjemmehjelpstillingen er flyttet til en annen avdeling, er det ikke dokumentert at

bemanningen er økt. Nemnda legger derfor til grunn at et slik behov også vil foreligge i tiden framover. Nevnte merarbeid utgjør 298,75 timer 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 1846 timer. Merarbeid på 298,75 timer tilsvarer en økning i stillingsprosent på 17,91.

I tillegg er det ansatt en miljøarbeider som utfører middagsservering. Nemnda legger til grunn at dette innebærer at ytterligere noe av behovet for arbeidstakers merarbeid er bortfalt. Etter et skjønsmessig fradrag har nemnda derfor kommet til at A har krav på å få økt sin stilling fra en stillingsprosent på 20,42 til en stillingsprosent på 35.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling til en stillingsprosent på 35.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad  
Nestleder

03. juni 2019

### **Til orientering:**

Tvister 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).

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (4).