



# Tvisteløsningsnemnda

---

Vedtaksdato  
30. oktober 2019

Vår referanse  
2019/26319

Saksbehandler  
Mona Ekelund

## **VEDTAK NR 146/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

### **Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 24.10.2019**

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

#### **Faste medlemmer**

Steffen G. Rogstad, nestleder  
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio  
Gry Brandshaug Dale, KS

#### **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 helsefagarbeider i stilling på 69,35 prosent i B kommune, med tjenestested Ressursenheten og X sykehjem.

Den 26. april 2019 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 3. mai 2019. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 31. mai 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 31. mai 2019 med vedlegg
- brev datert 3. juli 2019
- brev datert 16. oktober 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 20. juni 2019, med vedlegg
- brev datert 8. august 2019, med vedlegg

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at merarbeidet har vært jevnlig og hun har krav på utvidet stilling. Det må tas hensyn til høy stillingsprosent, ferie og sykefravær. Alt merarbeid skal tas med i beregningsgrunnlaget. Behovet har ikke bortfalt. Selv om ressursenheten har økt bemanningen er det fremdeles stort behov for ekstravakter.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke har vært jevnlig. Merarbeid utført i stillinger for sykepleiere og vakter grunnet ekstraordinært behov (PK) skal ikke tas med i beregningsgrunnlaget. Det har i beregningsperioden og i etterkant blitt ansatt mange sykepleiere i ledige stillinger og bemanningen i Ressursenheten er økt med 14 årsverk sykepleiere siden høsten 2017. Behovet for merarbeidet har bortfalt på grunn av nytilsetninger og økt bemanning, også i helsefagarbeiderstillinger.

### **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.

Sak må reises for Tvisteløsningsnemnda senest fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet fram til arbeidstaker. Fristen beregnes og avbrytes etter reglene i domstolloven kapittel 8, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2a (1).

Arbeidsgivers endelige avslag adressert er datert 3. mai 2019. Arbeidstaker har opplyst at avslaget ble mottatt rundt 15. mai 2019. Nemnda legger til grunn at 3. mai 2019 i alle tilfeller er det tidligste tidspunktet arbeidstaker kan ha mottatt avslaget. Fristen for å fremme saken for Tvisteløsningsnemnda utløp dermed tidligst 31. mai 2019. Saken ble brakt inn til nemnda ved brev datert 31. mai 2019 sendt per e-post samme dag og anses derfor som rettidig innbrakt.

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 26. april 2019. 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 26. april 2018 til og med 25. april 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 296,25 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 inngå i beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a, om merarbeidet er utført jevnlig og hvorvidt behovet for merarbeidet har falt bort.

Arbeidsgiver har dokumentert at 43,25 av 296,25 timer merarbeid har vært utført i vakter som er tillagt stillinger for sykepleiere og har anført at disse timene ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget på bakgrunn av at A ikke er kvalifisert for denne typen arbeid.

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 tildele vakter til 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 over en lengre periode, har satt en arbeidstaker til å 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 det aktuelle merarbeidsbehovet med kvalifisert arbeidskraft.

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, 110/18 og nemndas enstemmige vedtak 23/19.

Arbeidsgiver har i denne saken redegjort for at det har vært forsøkt innleid sykepleiere fra bemanningsbyrå for å dekke merarbeidet med kvalifisert arbeidskraft. Arbeidsgiver har dokumentert at det ble utlyst et tilsammen minst 20 sykepleierstillinger ved X sykehjem, Ressursenheten og avdeling Y ved V sykehjem der A har utført merarbeid i vakter for sykepleiere, og at det er foretatt tilsammen 20 ansettelser ved disse enhetene. I tillegg har det vært utlyst flere sykepleierstillinger og gjort flere ansettelser ved de øvrige sykehjemmene ressursenheten er tilknyttet.

I herværende sak har nemnda etter en konkret vurdering kommet til at merarbeidet i de omtalte sykepleiervaktene ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for merarbeidet til en helsefagarbeider. Slik saken er opplyst finner nemnda det dokumentert at kommunen i beregningsperioden har utlyst tilsammen minst 20 sykepleierstillinger ved X sykehjem, Ressursenheten og avdeling Y ved V sykehjem der A har utført merarbeid i vakter for sykepleiere og legger i vurderingen vekt på at arbeidsgiver dermed aktivt har forsøkt å dekke det aktuelle vaktene med kvalifisert arbeidskraft.

Ettersom de utlyste stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar mener nemnda at den delen av merarbeidet som er utført i vakter tillagt sykepleierstillinger ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget. Når det ovennevnte merarbeidet er trukket fra gjenstår det et merarbeid tilsvarende 253 timer i beregningsperioden.

Arbeidsgiver har videre dokumentert at 19 timer merarbeid har vært utført i vakter i forbindelse med ekstra bemanning for brukere som venter på plass på spesialavdeling og anført at disse timene ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget da de skyldes en ekstraordinær situasjon.

Det foreligger verken midlertidig ansettelseskontrakt eller andre avtaler for dette merarbeidet og nemnda anser det dermed som «arbeid utover avtalt arbeidstid» som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Ettersom nemnda har kommet til at merarbeidet som er utført i sykepleiervakter ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, mens vakter i forbindelse med ekstrabemanning skal inngå, blir utgangspunktet for jevnlighetsvurderingen at A har utført merarbeid tilsvarende 253 timer i beregningsperioden.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» 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 er visse svingninger i intensiteten, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har utført merarbeid hver måned i beregningsperioden når det ses bort fra ferieavvikling og sykefravær. Samlet sett har merarbeidet etter nemndas oppfatning hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i den aktuelle tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har anført at behovet for arbeidstakers merarbeid ikke lenger foreligger. 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.»*

*Flertallet understreker videre at nedbemanningen, for å være relevant, må ha som virkning at behovet for merarbeid reduseres.»*

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver har dokumentert at deler av behovet for merarbeidet har bortfalt. Dokumentasjonen i saken viser at det i beregningsperioden er ulyst tilsammen 19 ledige stillinger for helsefagarbeidere ved V

sykehjem. I tillegg er det utlyst 19 ledige stillinger for helsefagarbeidere i enhet omsorgssentre nord og syd, som blant annet dekker V og X sykehjem der A har utført merarbeidet. Nemnda legger til grunn arbeidsgivers opplysninger om at det til sammen er foretatt ansettelser i 13 av disse stillingene. I tillegg har ressursenheten økt bemanningen med 7 faste helsefagarbeidere og 4 vikariater.

Nemnda anser det sannsynliggjort at behovet for det meste av merarbeidet har bortfalt som følge av ansettelser i ledige stillinger og økt bemanning i Ressursenheten. Nemnda legger for øvrig til grunn arbeidsgivers opplysninger om at det fremdeles er 11 ledige helgestillinger for helsefagarbeidere ved V sykehjem og tilsammen 14 ved omsorgssentre nord og syd. Ettersom 128,25 timer av merarbeidet er utført i helgevakter ved V og X sykehjem har nemnda kommet til at det fremdeles er behov for noe av dette merarbeidet. Etter en forholdsmessighetsvurdering har nemnda kommet til at behovet for ca. 65 prosent av merarbeidet A har utført som helgevakter ikke anses 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 1846 timer.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 253 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Etter et fratrukk av timer som nemnda har kommet til er bortfalt gjenstår etter dette 84 timer merarbeid. Dette tilsvarer en stillingsprosent på 5.

Arbeidstaker har etter dette rett til økning av sin stilling med 5 prosent slik at samlet ny stillingsstørrelse utgjør 74,35 prosent.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 5 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad  
Nestleder

30. oktober 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).

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).