



# Tvisteløsningsnemnda

---

Vedtaksdato  
09.05.2018

Vår referanse  
2017/45081

Saksbehandler  
Mahreen Shaffi

## **VEDTAK NR 34/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte fredag 20. april 2018**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder  
Silje Hassellund Solberg, LO  
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

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

### **Saksforhold**

A er fast ansatt som hjelpepleier i stilling på 60 prosent ved B.

Den 22. juni 2017 fremsatte hun krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble delvis innvilget i brev av 3. oktober 2017, og arbeidstaker ble tilbudt stillingsutvidelse på 10 prosent. Begrunnelsen for dette var at timer arbeidstaker ikke er kvalifisert for, ble trukket ut av beregningen.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 337,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 22. juni 2016 til og med 21. juni 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 17. oktober 2017. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 17. oktober 2017
- brev datert 12. februar 2018
- brev datert 2. mars 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 15. november 2017
- brev datert 12. desember 2017
- brev datert 22. februar 2018

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hun har utført i tolv månedersperioden viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Arbeidstaker anfører at arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke skiller på hva slags kompetanse som blir benyttet, og har krav på utvidelse tilsvarende det faktiske merarbeidet. Behovet for merarbeid har heller ikke blitt redusert.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver har tilbudt utvidelse på 10 prosent, og har trukket fra vakter arbeidstaker ikke er kvalifisert for i beregningen av stillingsutvidelsen. Behovet for merarbeid vil ikke bli like sterkt fremover. Det er inngått avtaler med fire sykepleiere for å bedre tilgang på autoriserte

sykepleiere og øke kompetansen i avdelingen. Dette vil redusere behovet for å sette helsefagarbeider / hjelpepleier inn i vakter hvor de ikke har autorisasjon til å ivareta alle oppgaver. Avdelingen har etter en sammenslåing av to sengeposter i 2016 gradvis gjort om helsefagarbeider/hjelpepleierstillinger til sykepleierstillinger.

En stor del av arbeidstakers merarbeid har vært i sykepleiervakter på dagtid. Ved å tilby arbeidstaker en fast utvidelse i henhold til faktisk arbeidstid, vil dette medføre en reduksjon i sykepleiekapasiteten og avdelingens evne til å ivareta de oppgaver som forutsetter sykepleieautorisasjon.

En andel av merarbeidet skyldes også det som betegnes som «ekstraordinær aktivitet». Dette er merarbeid og uforutsigbare behov som er vanskelig å planlegge ved hjelp av faste vakter i en turnus.

Totalbemanning og innleie vurderes ut fra kompetansebehov og hvilke ressurser man har til rådighet på det aktuelle tidspunkt. Målsetningen er at sykepleiebemanning alltid skal være dekket før det leies inn hjelpepleier. Da det ikke alltid er mulig å få tak i sykepleier til alle vakter, så kan hjelpepleier benyttes. Det innebærer ikke at sykepleieoppgavene blir borte, men at det tvinger seg frem et behov for å organisere oppgavene annerledes på den vakten.

### **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 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 22. juni 2017. 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 22. juni 2016 til og med 21. juni 2017. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 337,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden.

B har gjennom fremlagt dokumentasjon redegjort for at 106 timer av A sitt merarbeid har vært i vakter som krever sykepleierkompetanse, og har anført at disse ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget fordi det ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile behov for en hjelpepleiers kompetanse.

I vurderingen av dette spørsmålet har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Solberg 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.

Flertallet har også forståelse for at arbeidsgiver i enkelttilfeller kan vurdere det som faglig forsvarlig å leie inn en hjelpepleier som vikar for en sykepleier, uten at dette dermed er utrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv.

I denne saken har arbeidsgiver imidlertid jevnlig over en lengre periode benyttet seg av en hjelpepleier som vikar i vakter forbeholdt sykepleiere. Slik saken er opplyst finner ikke nemnda holdepunkter for at A har utført arbeidsoppgaver som krever sykepleierutdanning, og flertallet legger derfor til grunn at arbeidsgiver har organisert arbeidet på de aktuelle vaktene slik at sykepleierbemanningen samlet sett har vært forsvarlig. Ut fra sakens opplysning, der nemndas flertall legger særlig vekt på at det ikke arbeides aktivt for å dekke behovet for sykepleiere, er det etter flertallets oppfatning ikke noe som tilsier at dette ikke også vil være tilfellet i fremtiden. Flertallet kan etter dette ikke se at arbeidsgiver har sannsynliggjort at det ikke er driftsmessig forsvarlig å øke andelen fast ansatte med den kompetanse A har.

Selv om arbeidsgiver har som målsetning å dekke det aktuelle vikarbehovet med sykepleiere, må målsetningen etter nemndas syn også være et realistisk alternativ dersom den skal begrense stillingsvernet til hjelpepleieren som rent faktisk utfører arbeidet. Slik saken er opplyst finner nemndas flertall at arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort dette, og har derfor kommet til at også den delen av As merarbeid som er utført i sykepleiervakter skal inngå i beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Flertallets syn på hvilke vakter som skal inngå i jevnlighetsvurderingen avviker på dette punkt fra nemndas vurdering av lignende spørsmål i tidligere vedtak. Flertallets endrede standpunkt beror i hovedsak på dom fra Borgarting lagmannsrett, LB-2017-80601. På bakgrunn av nevnte rettspraksis legger nemndas flertall til grunn at det ved utstrakt bruk av arbeidstakere uten ønsket formalkompetanse må stilles nokså strenge krav til arbeidsgivers begrunnelse, dersom en skal få medhold i at merarbeidet ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige.

Nemndas flertall 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 flertallet 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.

Flertallet har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Ekstraarbeidet har vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Flertallet viser til at A har hatt ekstravakter hver måned av beregningsperioden uten noen store opphold. Flertallet 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 behovet for As merarbeid vil bli redusert fremover. Det er inngått avtaler med fire sykepleiere for å bedre tilgang på autoriserte sykepleiere og øke kompetansen i avdelingen. Arbeidsgiver anfører at dette vil redusere behovet for å sette helsefagarbeider / hjelpepleier inn i vakter hvor de ikke har autorisasjon til å ivareta alle oppgaver.

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.»*

Slik denne saken er opplyst har nemndas flertall kommet til at arbeidsgiver har sannsynliggjort at behovet for merarbeid er bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Arbeidsgiver har inngått avtaler med fire sykepleiere for å bedre tilgangen på autoriserte sykepleiere og øke kompetansen i avdelingen. Dette vil redusere behovet for å sette helsefagarbeider / hjelpepleier inn i vakter hvor de ikke har autorisasjon til å ivareta alle oppgaver. Avdelingen har også etter en sammenslåing av to sengeposter i 2016 gradvis gjort om helsefagarbeider/hjelpepleierstillinger til sykepleierstillinger. Det er opplyst at arbeidstaker har fått utvidet sin stilling med 10 prosent, og nemndas flertall kan ikke se at arbeidstaker har krav på ytterligere stillingsutvidelse da behovet for det resterende merarbeidet må anses å være bortfalt på grunn av de nevnte forhold.

Nemndas mindretall, medlemmet Brandshaug Dale har kommet til et annet resultat.

Arbeidsgiver har dokumentert at 106 timer av As merarbeid har vært som vikar for sykepleiere, noe arbeidstaker ikke er kvalifisert for. Ettersom sykepleierstilling krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner nemndas mindretall at dette merarbeidet ikke kan inngå i jevnlighetsvurderingen og grunnlaget for beregningen

av utvidet stillingsprosent, da dette arbeidet ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en hjelpepleiers kompetanse.

Mindretallet viser i denne sammenheng til at retten til å bestemme kompetansefordelingen i virksomheten er en naturlig del av arbeidsgivers styringsrett. Som nevnt av nemndas flertall, har Høyesterett i HR-2014-831-A også uttalt at domstolene i begrenset grad bør prøve arbeidsgivers vurdering av hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde for en stilling.

Mindretallets vurdering i denne saken er i tråd med nemndas tidligere praksis. Dommen LB-2017-80601 fra Borgarting lagmannsrett gir etter mindretallets syn ikke grunnlag for å endre denne praksisen. Mindretallet bemerker at dommen gjelder den domstolskapte læren om fast ansettelse, og ikke merarbeidsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Til tross for overlappende virkeområde, er innfallsvinklene til vurderingene i de to regelsestene ulike.

Den domstolskapte læren beror på en helhetsvurdering av den aktuelle virksomheten der to av vilkårene er om det foreligger et fast og stabilt behov for vikarer, og om det faste arbeidskraftbehovet uten vesentlig ulempe kan dekkes ved økningen av grunnbemanningen. Vurderingen er kompleks og krever et bredt bevisbilde.

I en vurdering av arbeidsmiljøloven § 14-4 a er det kun merarbeidet til den aktuelle arbeidstakeren som vurderes – ikke det totale fraværet innen det aktuelle tjenesteområdet. Endelig er beregningsperioden begrenset til tolv måneder, noe som gjør det desto vanskeligere å fastslå hva som utgjør virksomhetens stabile og varige behov for tilstrekkelig kvalifisert arbeidskraft. Det er dermed lagt opp til en mindre omfattende bevisvurdering enn etter grunnbemanningslæren, noe som etter mindretallets syn gjør det desto mer betenkelig om nemnda skal sette seg ut over arbeidsgivers vurdering av nødvendige kvalifikasjoner og kompetansesammensetning.

Etter mindretallets forståelse av kravet til jevnlighet har A krav på økt stilling, selv om sykepleiervaktene ikke er med i beregningsgrunnlaget.

Når det gjelder vurderingen av bortfalt behov, er mindretallet enig i flertallets vurdering og begrunnelse.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

09.05.2018

**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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).