



# Tvisteløsningsnemnda

---

Vedtaksdato  
3. desember 2021

Vår referanse  
2021/175

Saksbehandler  
Maria Schilvold

## **VEDTAK NR 157/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 25. november 2021.**

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder  
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS  
Mårten Brandsnes Faret, KS

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Medina Mahic, Handel og Kontor i Norge  
Caroline Weedon Heide, NHO Mat og Drikke

### **Saken gjelder**

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B

## Det ble truffet slikt vedtak:

### Saksforhold

A er fast ansatt som butikkselger i stilling på 50 prosent hos B, for tiden med arbeidssted ved butikken i X. Hun har i tillegg hatt et vikariat på 40 prosent i perioden 1. mai 2019 til og med 30. september 2021, slik at hun til sammen har hatt en stilling på 90 prosent i denne perioden.

Den 11. mai 2021 lyste B ut to stillinger på 100 prosent som butikkselgere ved avdeling X, med søknadsfrist 25. mai 2021. A søkte på stillingen den 21. mai 2021 og krevde samtidig fortrinnsrett.

Etter at de to stillingene ble lyst ut, ble det imidlertid klart at en langtidssykemeldt ansatt med tonn vareansvar kun ville komme tilbake i en 50 prosent stilling i stedet for en full stilling. Av denne grunn ble det besluttet at det kun skulle ansettes én butikkselger og at det heller skulle lyses ut en stilling som tonn vareansvarlig.

På grunn av at A hadde søkt på stillingen ble det den 3. juni 2021 avholdt et møte mellom partene, hvor arbeidsgiver uttrykte bekymring over As historiske og fremtidige sykefravær med hensyn til å utvide hennes stilling. A mente på sin side at hun fint ville kunne stå i en 100 prosent stilling og presiserte at en del av årsaken til fraværet det siste året hadde vært relatert til Covid-19-pandemien. Av referatet fra møtet, datert samme dag, fremgår det at søknaden krevde en grundigere vurdering, og at A ville få svar uken etter. A supplerte til referatet i en e-post samme dag at det kunne dokumenteres at flere av sykemeldingene det siste året var relatert «til luftveisinfeksjon i form av lungebetennelse, bronkitt osv.», og henviste samtidig til smittevernloven.

I forbindelse med at A skulle gjennomgå en operasjon 7. juni 2021, ba hun i møte med arbeidsgiver den 4. mai 2021 om tilrettelegging i stillingen fra friskmelding og fram til hun skulle avvikle tre uker ferie f.o.m. 19. juli 2021, da hun ikke kunne utføre tunge løft i 6-8 uker etter operasjonen. Denne forespørselen om tilrettelegging ble gjentatt i e-post av 4. juni 2021, og igjen i samtale mellom A og arbeidsgiver 16. juni 2021. I denne samtalen ga arbeidsgiver uttrykk for at det ville være vanskelig å tilrettelegge i stillingen, da også det å stå i kassen ville innebære tunge løft og det ville være vanskelig å få bistand fra andre ansatte i en periode med færre ansatte på jobb på grunn av ferieavvikling kombinert med høy kundetraffikk. Dette ble så bekreftet av arbeidsgiver i e-post dagen etter. På grunn av at det ikke ble tilrettelagt i stillingen, forble A sykemeldt fram til hun avvirket ferie.

Arbeidsgiver avslo As krav om fortrinnsrett til den utlyste stillingen som butikkselger i brev datert 14. juni 2021, overlevert til A personlig den 15. juni 2021. Avslaget ble begrunnet med at A hadde hatt et høyt sykefravær i perioden 2016 fram til datoen for avslaget. Dette kombinert med at A hadde informert om at hun gikk inn i ny sykemelding om kort tid, gjorde arbeidsgiver usikker på om hun kunne stå i en full stilling. Arbeidsgiver mente derfor det ville være en belastning for øvrige ansatte dersom A skulle få utvidet stilling. Det ble også vist til at det var et kritisk behov for arbeidsgiver å få erstattet to arbeidstakere raskt med stabil arbeidskraft.

Den 18. juni informerte arbeidsgiver per e-post om at en intern midlertidig ansatt var blitt ansatt i stillingen.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 9. juni 2021 (presumptivt feildatert), poststempelt 9. juli 2021. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 9. juni 2021 (presumptivt feildatert) med vedlegg
- brev datert 29. september 2021 med vedlegg
- brev datert 19. oktober 2021 med vedlegg
- e-post av 11. november 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 27. august 2021 med vedlegg
- brev datert 4. oktober 2021

### **Arbeidstakers anførsler**

A gjør gjeldende at hun har fortrinnsrett til utvidet stilling og anfører i det vesentligste at det ikke vil innebære vesentlige ulemper for B.

A mener at hennes historiske sykefravær ikke kan tas til inntekt for at hun vil ha et høyt sykefravær i fremtiden. Hun viser til at sykefraværet i 2019 kom som følge av en akutt nerveskade/nakkeskade som følge av vold, og at hun får behandling for denne skaden med injeksjoner hver tredje måned. Videre viser A til at sykefraværet i 2020 kunne relateres til luftveisinfeksjon i form av lungebetennelse, bronkitt osv. Hun mener dette har vært særlig problematisk i en periode med en pandemi, da smittevernloven kan ha hindret henne i å dra på jobb og det er allmenn kjent at lungene er spesielt utsatt for Covid-19 viruset. A viser deretter til at hun før sommeren 2021 gjennomgikk en planlagt operasjon, som medførte at hun ikke kunne utføre noen tunge løft i en periode etter inngrepet. Hun mener at mye av sykefraværet i 2021 skyldes at arbeidsgiver ikke ønsket å tilrettelegge for henne i stillingen, selv om hun selv ønsket å jobbe kort tid etter operasjonen. Til slutt viser A til at hun etter avvikling av sommerferie og frem til 1. oktober 2021 har jobbet tilnærmet 100 prosent.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B gjør gjeldende at A ikke har fortrinnsrett til utvidet stilling og anfører i det vesentligste at hennes sykefravær vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten.

B mener at A har et høyt historisk sykefravær og viser til at hun hadde 29,78 prosent sykefravær i 2019, 13,22 prosent i 2020 og 23,02 prosent i 2021 per 26. august. B mener dette viser at A også hadde et høyt sykefravær før pandemien og er på den bakgrunn usikre på om hun kan stå i en 100-prosentstilling. Videre mener B at fraværet har vært en belastning for øvrige ansatte og at det derfor har vært kritisk å få på plass en ny stabil arbeidstaker i stillingen.

B viser dessuten til at butikken må ha en blanding av heltids- og deltidsansatte for å få turnusen til å gå opp uten at de ansatte må jobbe annenhver helg.

Til slutt mener B at A ikke innehar den kompetansen som kreves i stillingen som tonnwareansvarlig.

B oppgir at vedkommende som ble ansatt i stillingen som butikkselger også var en intern søker som hadde vært midlertidig ansatt siden 1. april 2019.

### **Tvistløsningsnemndas merknader**

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-3 femte ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt to medlemmer med særlig kunnskap om bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling. Fortrinnsretten er betinget av at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen og at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten, jf. § 14-3 annet ledd. Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Det fremgår av dokumentasjonen i saken at A kun krever fortrinnsrett til stillingen som butikkselger og ikke stillingen som tonnwareansvarlig. Nemnda vil derfor kun vurdere hvorvidt A har fortrinnsrett til stillingen som butikkselger.

B har oppgitt at vedkommende som ble ansatt i stillingen var en intern midlertidig ansatt, og det er for nemnda noe uklart om det dermed anføres at denne ansatte hadde fortrinnsrett til stillingen. Nemnda vil uansett bemerke at det er en forutsetning for å kunne utøve fortrinnsrett etter § 14-3 at den deltidsansatte har et fast ansettelsesforhold i virksomheten. Dette kommer frem blant annet av forholdet til bestemmelsen om fortrinnsrett til ny ansettelse i § 14-2 annet ledd, se nærmere forarbeidene til bestemmelsen (Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 227, annen spalte nest siste avsnitt), og følger også forutsetningsvis av bestemmelsen i § 14-3 fjerde ledd. Dette er også lagt til grunn i tidligere nemndspraksis, se eksempelvis vedtakene 38/13 og 23/12. Da vedkommende som ble ansatt i stillingen kun var midlertidig ansatt, hadde hun etter dette ikke fortrinnsrett til utvidet stilling etter § 14-3, men eventuelt etter § 14-2 annet ledd. Det følger av § 14-3 fjerde ledd at fortrinnsrett for deltidsansatte går foran fortrinnsrett for midlertidig ansatte.

Når det gjelder As krav om fortrinnsrett, er det enighet mellom partene om at den utlyste stillingen som butikkselger og As eksisterende stilling har om lag samme arbeidsoppgaver, og at det derfor er tale om en eventuell utvidelse av hennes stilling. Videre er partene enige om at A er kvalifisert for stillingen. Nemnda legger dermed dette til grunn. Uenigheten i saken,

og det nemnda skal vurdere, dreier seg om hvorvidt en utvidelse av As stilling vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten, jf. § 14-3 annet ledd.

Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe, er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 17.2.6, fremgår det at dette vil bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten:

*«Det kan imidlertid være nødvendig for virksomheten å ansette flere personer, for eksempel for å få tilstrekkelig antall arbeidstakere til å dekke opp helgearbeid for å unngå å komme i konflikt med lovens regler om ukentlig hvile. Det kan også tenkes at fortrinnsretten kan føre til ulemper for de øvrige arbeidstakerne, for eksempel i form av at flere av disse får et betydelig innslag av arbeid på ubekvemme tidspunkter (natt- eller søndagsarbeid), fordi det er færre personer å dele arbeidet på. I slike tilfeller kan det være relevant for arbeidsgiver å påberope seg at fortrinnsretten fører til vesentlig ulempe.»*

Nemnda har etter en konkret vurdering ikke funnet det sannsynliggjort at det vil innebære vesentlige ulemper for B å utvide As stilling. B har hovedsakelig anført som ulempe at As historiske sykefravær gjør det usikkert om hun kan stå i en full stilling og at en utvidelse av hennes stilling dermed kan medføre en merbelastning for øvrige ansatte. Selv om det ikke kan utelukkes at risiko for fremtidig sykefravær på grunn av helseproblemer i spesielle tilfeller – og særlig ved kroniske lidelser – kan innebære en vesentlig ulempe for arbeidsgiver, skal det mye til. Lovens klare utgangspunkt er at det er arbeidsgiver som må godtgjøre en vesentlig ulempe, og ikke arbeidstaker som må godtgjøre at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil medføre problemer for arbeidsgiver.

Nemnda kan ikke se av sakens dokumenter at det er godtgjort at As sykefravær vil utgjøre en vesentlig ulempe, og mener As redegjørelse for årsakene til sykefraværet i perioden 2019-d.d. viser at det ikke er noen automatikk i at hun også vil få sykefravær av de samme årsakene i fremtiden. A har tvert imot oppgitt at hun er i stand til å jobbe 100 prosent framover, og har da også i perioden etter avvikling av sommerferie og fram til vikariatet utløp den 1. oktober 2021 jobbet i 90 prosent stilling til sammen.

Når det gjelder Bs anførsel om at butikken må ha en blanding av heltids- og deltidsansatte for å få turnusen til å gå opp, har nemnda kommet til at det ikke vil være noen ulemper forbundet med å gi A fortrinnsrett til hele den utlyste stillingen, da arbeidsgiver fremdeles ville sitte igjen med en full stilling og en stilling på 50 prosent ved å utvide As stilling. Det ville dermed forbli like mange heltids- og deltidsstillinger i butikken.

Etter dette har A fortrinnsrett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-3, og ansettelsen av den interne midlertidige ansatte var dermed i strid med As fortrinnsrett.

### **Konklusjon**

Ansettelsen av en intern midlertidig ansatt var i strid med A sin fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

## **Tvisteløsningsnemnda**

Anne Marie Due  
Leder

3. desember 2021

### **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 annet ledd.

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 tredje ledd.

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 fjerde ledd.