



# Tvisteløsningsnemnda

---

**Vedtaksdato**

30. juni 2021

**Vår referanse**

2021/37

**Saksbehandler**

Maria Schilvold

## VEDTAK NR 92/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 24. juni 2021.**

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder

Vetle Wetlesen Rasmussen, YS

Silje Stadheim Almestrand, NHO

**Særskilt oppnevnte medlemmer**

Kjetil Andersen, Handel og Kontor i Norge

Marte Solberg, Virke

**Saken gjelder**

Tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a og tvist om fortrinnsrett for deltidsansatt etter arbeidsmiljøloven § 14-3

**Arbeidstaker**

A

**Arbeidsgiver**

B

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

### **Saksforhold**

A er fast ansatt som butikkmedarbeider i stilling på 54 prosent hos B, for tiden med arbeidssted ved X.

Den 19. januar 2021 fremsatte A krav om stillingsutvidelse både på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a, og på grunnlag av fortrinnsrett for deltidsansatte, jf. arbeidsmiljøloven § 14-3.

Begge kravene ble avslått av arbeidsgiver ved brev datert 22. januar 2021. Avslagene ble begrunnet med at arbeidsgiver på grunn av Covid-19-pandemien kun har et midlertidig behov for merarbeid og at butikken ved normal drift ikke har behov for flere ansatte i fulle stillinger enn den har i dag. Det ble også vist til at A tidligere har fått tilbud om full stilling ved en annen butikk i regionen.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 18. februar 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 18. februar 2021 med vedlegg
- brev datert 26. april 2021 med vedlegg
- brev datert 18. mai 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 19. mars 2021 med vedlegg
- e-post av 12. april 2021 med vedlegg
- e-post av 13. april 2021 med vedlegg
- e-post av 30. april 2021 med vedlegg
- brev datert 20. mai 2021 med vedlegg

### **Arbeidstakers anførsler**

A gjør gjeldende at han har krav på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4-a og anfører i det vesentligste:

A har de siste to årene jobbet tilnærmet 100 prosent, og merarbeidet er et varig behov hos arbeidsgiver som hverken skyldes Covid-19-pandemien eller annet sykefravær. Det er uten betydning at han har fått tilbud om full stilling ved andre butikker, da han har krav på utvidet stilling ved X, siden det er der merarbeidet er utført. Dessuten er det ikke mulig for A å komme seg til og fra de tilbudte arbeidsstedene med deres gjeldende åpningstider, da han ikke har førerkort.

A gjør videre gjeldende at han har fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 og anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver har i lang tid vært kjent med at A ønsker større stilling, og det har blitt foretatt flere nyansettelser, herunder har en ringehjelp fått fast stilling. Arbeidsgiver gir også ledige vakter til ringehjelper i stedet for å gi dem til A. Også når det gjelder kravet om fortrinnsrett er det uten betydning at han har fått tilbud om full stilling ved andre butikker, da han har krav på utvidet stilling ved X, siden det er der ansettelsene er blitt foretatt. Dessuten er det ikke mulig for A å komme seg til og fra de tilbudte arbeidsstedene med deres gjeldende åpningstider, da han ikke har førerkort.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B gjør gjeldende at A ikke har krav på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a og anfører i det vesentligste:

Merarbeidet A har utført skyldes Covid-19-pandemien, og behovet for dette merarbeidet vil falle bort når pandemien er over og man er tilbake til normal hverdag. A har dessuten fått flere tilbud om full stilling ved andre butikker tilhørende B, og arbeidsgiver har dermed innfridd As krav.

B gjør videre gjeldende at A ikke har fortrinnsrett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-3 og anfører i det vesentligste:

Virksomheten har ikke foretatt noen nyansettelser etter at kravet om fortrinnsrett ble fremsatt, og det finnes ingen utlyst stilling. Virksomheten har ikke behov for flere ansatte i fulle stillinger ved X, da det er nødvendig med et visst antall ansatte i deltidstillinger blant annet for å dekke butikkens åpningstider og helgearbeid. A har dessuten fått flere tilbud om full stilling ved andre butikker tilhørende B, og arbeidsgiver har dermed innfridd As krav.

### **Tvisteløsningsnemndas merknader**

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a og tvist om fortrinnsrett for deltidsansatt etter arbeidsmiljøloven § 14-3 kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt to medlemmer med særlig kunnskap om bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

### **Krav om til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, arbeidsmiljøloven § 14-4 a**

Nemnda tar først stilling til As krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

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 19. januar 2021. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 19. januar 2020 til og med 18. januar 2021. Nemnda har fått fremlagt et timeførings skjema fra arbeidsgiver hvor det er ført inn utført merarbeid, men arbeidsgiver har oppgitt at det ikke lar seg gjøre å identifisere hvilke av vaktene A har jobbet som er hans faste vakter og hvilke som er merarbeid. Videre har arbeidstaker kommentert at oversikten fra arbeidsgiver ikke gir et korrekt uttrykk for det utførte merarbeidet. Nemnda finner på denne bakgrunn heller å måtte ta utgangspunkt i en stemplingsrapport arbeidsgiver har fremlagt, som viser alle timene A har arbeidet. Ifølge stemplingsrapporten har A totalt arbeidet omtrent 1624,5 timer i beregningsperioden.

Den faktisk arbeidede stillingsprosenten i beregningsperioden må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, som i dette tilfellet blir 1762,5 timer. Det totale arbeidet på 1624,5 timer tilsvarer dermed en stillingsprosent på 92,17, noe som vil si at merarbeidet utgjør en stillingsprosent på 38,17, da As faste stilling er på 54 prosent. I og med at arbeidsgiver ikke kan identifisere hvilke vakter som er merarbeid, er det ikke mulig for nemnda å vurdere om merarbeidet har vært utført jevnlig. Arbeidsgiver har heller ikke bestridt dette, og nemnda legger derfor til grunn at kravet til jevnlighet er oppfylt.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt eller kommer til å falle bort i nær framtid, samt hvorvidt A har krav på utvidet stilling ved den samme butikken som merarbeidet er utført eller om arbeidsgiver har innfridd As krav ved å tilby ham full stilling ved to andre butikker. Nemnda tar først stilling til behovet for merarbeid.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. Ordlyden krever imidlertid at arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger, og kravene til dokumentasjonen er i noen grad kommentert i forarbeidene, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5:

*«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.»*

Nemnda vil innledningsvis bemerke at Covid-19-pandemien utgjør en ekstraordinær situasjon og at det er sannsynlig at X på lik linje med mange andre dagligvarebutikker har hatt økt behov for merarbeid som følge av pandemien. Nemnda legger derfor i utgangspunktet til grunn at det er sannsynlig at noe av behovet for merarbeid vil falle bort når pandemien er over.

Slik denne saken er opplyst har nemnda likevel kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid er bortfalt eller kommer til å falle bort i nær fremtid, og heller ikke hvor mye av merarbeidet A har utført dette eventuelt gjelder.

Nemnda viser til at det fremstår som uklart hva som egentlig er årsaken til As merarbeid, idet både arbeidsgiver og arbeidstaker i sine brev skriver om flere ansatte som er sykemeldte av andre grunner enn koronaviruset, og arbeidsgiver hevder at A har jobbet for disse. Videre er det ikke nærmere konkretisert om noe av det øvrige sykefraværet er koronarelatert. Det er heller ikke dokumentert at X har hatt økt omsetning som følge av pandemien, eller at dette har generert merarbeid.

A har etter dette rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden, som utgjør 92,17 prosent. Han har dermed rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 38,17.

Når det gjelder uenigheten mellom partene om hvorvidt A har krav på utvidet stilling i den samme butikken som merarbeidet er utført eller om arbeidsgiver har innfridd As krav ved å tilby ham full stilling ved to andre butikker tilhørende B, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Rasmussen, Almestrand og Andersen, viser til Prop. 83L (2012-2013), punkt 4.4.4.6, der departementet forklarer hva retten til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid innebærer:

*«Deltidsansatte som oppfyller vilkårene etter bestemmelsen har rett til stilling i samsvar med det merarbeidet som er utført. Det innebærer en rett til stilling med samme omfang (stillingsstørrelse), arbeidssted og vakter tilsvarende merarbeidet vedkommende har utført i løpet av beregningsperioden.»*

Videre påpeker departementet i samme punkt at:

*«(...) deltidsansatte som oppfyller vilkårene etter bestemmelsen ikke fritt skal kunne velge hvilket sted eller avdeling hun eller han skal utføre arbeidet i den utvidede stillingen. Dersom merarbeidet som har lagt grunnlaget for utvidet stilling har vært utført på et eller flere andre steder/avdelinger enn der arbeidstaker har sitt hovedarbeidssted, må den deltidsansatte akseptere at arbeidsgiver fortsatt velger å bruke vedkommende på forskjellige steder/avdelinger i virksomheten. Det betyr samtidig at arbeidstaker også må akseptere samme omfang av ubekvemme vakter dersom arbeidsgiver ønsker og har behov for dette.»*

Til tross for at A er ansatt i et selskap med flere geografisk spredte butikker, er hans arbeidsteds fastsatt i arbeidskontrakten slik arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav b krever. Det er også her hans merarbeid er utført. Et tilbud om stilling ved et annet arbeidsteds, vil slik nemndas flertall ser det derved ikke oppfylle hans rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Nemndas flertall påpeker imidlertid at nemnda ikke har kompetanse til å ta stilling til om arbeidsgiver i kraft av styringsretten senere kan pålegge A et annet arbeidsteds etter at han har fått utvidet stillingsstørrelsen.

Nemndas flertall viser også til nemndas vedtak 158/19 og 244/17 hvor nemnda har behandlet lignende problemstillinger med tilsvarende resultat.

Nemndas mindretall, medlemmet Solberg, har kommet til at arbeidsgiver har oppfylt sin forpliktelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a ved å tilby A økt stilling i to andre butikker i virksomheten. Mindretallet viser til at § 14-4 a gir rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Bestemmelsen gir ikke rett til et bestemt arbeidssted. Arbeidsgiver har i dette tilfellet tilbudt arbeidstaker 100 prosent stilling i to andre butikker i virksomheten. Mindretallet mener dermed at arbeidsgiver har oppfylt sin forpliktelse etter § 14-4 a.

Mindretallet mener dette følger av ordlyden i arbeidsmiljøloven § 14-4 a og lovens virksomhetsbegrep. Mindretallet mener også at dette tidligere er lagt til grunn i nemndspraksis og viser til vedtak 107/20, hvor arbeidstaker ikke fikk medhold i krav om stillingsøkning i butikken han nå arbeidet i, da nemnda kom til at avgjørelsen om arbeidssted etter stillingsutvidelsen lå utenfor nemndas kompetanse.

Mindretallet viser for øvrig også til vedtak 69/21, hvor det er lagt til grunn at arbeidsgiver ved å tilby økt stillingsstørrelse har oppfylt sin forpliktelse etter arbeidsmiljøloven § 14-3, da de omtvistede forholdene kunne endres av arbeidsgiver. Etter mindretallets syn er det ikke grunnlag for å vurdere dette annerledes etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 38,17.

### **Krav om fortrinnsrett for deltidsansatte, arbeidsmiljøloven § 14-3**

Nemnda går så over til å behandle As krav om fortrinnsrett for deltidsansatte, jf. arbeidsmiljøloven § 14-3.

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.

Nemnda vil innledningsvis bemerke at loven ikke oppstiller noen formkrav til hvordan krav om fortrinnsrett for deltidsansatte skal gjøres gjeldende. I tidligere nemndspraksis er det imidlertid lagt til grunn at arbeidstaker må ha gitt uttrykk for et ønske om utvidet stilling, eksempelvis ved å søke på stillingen, ved å fremme krav om fortrinnsrett eller ved at arbeidsgiver på annen måte har blitt kjent med at arbeidstaker ønsker utvidet stilling, se eksempelvis nemndas vedtak 10/20 og 210/17.

Av sakens opplysninger, blant annet en protokoll fra et møte som ble avholdt mellom partene den 17. september 2020, fremgår det at A ved flere anledninger har ytret et ønske om utvidet stilling overfor arbeidsgiver, også før han fremsatte sitt skriftlige krav om dette i

januar 2021. Det er dermed ikke avgjørende for vurderingen av en eventuell fortrinnsrett at arbeidsgiver ikke har foretatt noen ansettelser etter dette tidspunktet. Når det er sagt, kan ikke nemnda se at det i foreliggende sak hverken er konkretisert eller sannsynliggjort at arbeidsgiver har foretatt noen «ny ansettelse» i virksomheten som A eventuelt kunne ha hatt fortrinnsrett til. A kan på denne bakgrunn ikke få medhold i sitt krav om fortrinnsrett.

Avslutningsvis finner nemnda grunn til å bemerke at fortrinnsretten etter § 14-3 i henhold til nemndas praksis ikke gjelder ekstravakter, se eksempelvis vedtak 43/16, 14/16 og 04/15. Arbeidsmiljøloven gir ikke noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere ansatte når det gjelder tildeling av ekstravakter. Det må etter nemndas oppfatning i utgangspunktet tilligge arbeidsgiver å foreta denne prioriteringen.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold i sitt krav om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

### **Tvisteløsningsnemnda**

Anne Marie Due  
Leder

30. juni 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.