



# Tvisteløsningsnemnda

---

Vedtaksdato  
09. oktober 2020

Vår referanse  
2020/111

Saksbehandler  
Nina N. Hermansen

## **VEDTAK NR 136/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 8. oktober 2020.**

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Steffen G. Rogstad, nestleder  
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS  
Marianne Pedersen, Virke

### **Bransjemedlemmer**

Tonje Width, NHO  
Knut Arve Malvik, Fagforbundet

### **Saken gjelder**

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

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B

## Det ble truffet slikt vedtak:

### Saksforhold

A er fast ansatt som avisbud i stilling på 60 prosent hos B. Han har budrute 32074. Ruten starter kl. 02.30 og produktene skal være levert til kl. 07.30. A har en stilling på i snitt 270 minutt arbeid pr. dag. I tillegg har A avtale om mottak og sortering av aviser og andre produkter i 30 min pr. dag. Oppstart kl. 02.00.

B er bundet av tariffavtalen mellom Næringslivets Hovedorganisasjon og Mediebedriftenes Landsforening og Landsorganisasjonen i Norge og Norsk Transportarbeiderforbund, «Avisbudavtalen». Det er avtalen for 2018-2020 som var gjeldende i perioden saken omhandler.

Den 13. januar 2020 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B lyste ut 4 budruter internt.

Den 5. mars 2020 fremsatte A krav om fortrinnsrett til utvidet stilling for deltidsansatte, jf. arbeidsmiljøloven § 14-3.

Kravene ble avslått av arbeidsgiver i brev av 14. datert 2020. Avslaget ble begrunnet med at det ville medføre vesentlig ulempe for virksomheten dersom han fikk fortrinnsrett til utvidet stilling. Det er ikke gjort tilsetninger i de omtvistede stillingene. Videre ble avslaget om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeid begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig og at behovet for As merarbeid var bortfalt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 5. juni 2020, poststemplet 9. juni 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 5. juni 2020
- e-post av 26. juni 2020 med vedlegg
- e-post av 7. juli 2020 med vedlegg
- e-post av 2. august 2020 med vedlegg
- e-post av 7. august 2020
- e-post av 3. september 2020 med vedlegg
- e-post av 6. september 2020 med vedlegg
- to e-poster av 10. september 2020 med vedlegg
- e-post av 16. september 2020 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- to e-poster av 3. juli 2020 med vedlegg
- e-post av 7. juli 2020
- e-post av 13. august 2020

- e-post av 21. august 2020 med vedlegg
- e-post av 2. september 2020 med vedlegg
- e-post av 22. september 2020
- e-post av 23. september 2020 med vedlegg

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

#### Vedrørende krav om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid

A anfører at han har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid og at behovet for merarbeid ikke har bortfalt. A anfører at arbeidsoppgavene utføres fortsatt, det er bare han som ikke blir tildelt disse etter at han fremsatte krav om utvidet stilling. Dette gjelder levering av pakker og varer på dagtid.

#### Vedrørende krav om fortrinnsrett

A anfører at han har fortrinnsrett til utvidet stilling. Fortrinnsrett til deler av tilstøtende rute 3203 kan fint kombineres med dagens geografi. Dette vil også medføre besparelse for virksomheten ettersom arbeidstaker i dag kjører deler av strekningen uten å stoppe for leveringer. Rutene kan deles opp for å tilpasse leveringsfristen dersom bedriften ønsker det.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører i det vesentligste:

#### Vedrørende krav om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid

En utvidelse av stillingen knyttet til mertid på budrute må skje via avisbudoverenskomstens system. En utvidelse av stilling etter dette systemet må gjøres gjennom kontrollmåling og eventuell nemndsbehandling. Videre anfører arbeidsgiver for det første at arbeid tildelt etter forlikavtalen ikke kan anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid» og for det andre er det ikke utført jevnlig. Merarbeidet har ikke tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet til at det kan gi rett til utvidelse av stilling etter § 14-4 a. Videre anfører arbeidsgiver at behovet for merarbeid har bortfalt ettersom kjøring av transport til X og pakkeutkjøring på dagtid ikke lenger utføres i særlig grad.

#### Vedrørende krav om fortrinnsrett

Tildeling av ytterligere ruter til A er ikke praktisk gjennomførbart. Det er tidsvinduet og fristen for levering til abonnenter som i hovedsak avgjør hvor lange ruter og hvilke tilsetninger som må foretas. En fortrinnsrett til utvidet stilling for A vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten.

### **Tvistløsningsnemndas merknader**

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte og rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for

Tvistløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1), § 14-3 (5) og § 14-4 a (2). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder

og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt ytterligere to medlemmer med særlig kunnskap om den bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

#### Vedrørende krav om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid

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 13. januar 2020. 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 13. januar 2019 til og med 12. januar 2020. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 288,55 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet for As sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til hva som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at § 14-4 a tar sikte på å omfatte jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrensar imidlertid kriteriets anvendelsesområde mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt, og det understrekes at i slike tilfeller skal stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Arbeidsgiver anfører at merarbeid tildelt etter forliksavtalen ikke kan anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Etter forliksavtalen skal A med flere prioriteres ved tildeling av ekstra arbeid ved midlertidige og akutte behov når dette med rimelighet lar seg gjennomføre. Ved vurderingen kan bedriften ta hensyn til leveringsfrister og eventuelle forsinkelser som vil kunne oppstå ved valg av bud.

Nemnda har kommet til at merarbeid tildelt som følge av forliksavtalen skal tas med i beregningen av merarbeid. Forliksavtalen inneholder ingen bestemt stillingsutvidelse eller konkretisert timeantall. Det er heller ikke inngått noen ansettelseskontrakt for eventuell midlertidig stillingsutvidelse etter forliksavtalen. Merarbeidstimene som er tildelt som følge av forliksavtalen fremstår for nemnda som ordinært merarbeid som skal omfattes av bestemmelsen.

Arbeidsgiver anfører at merarbeid som A har utført i budruten ikke kan gi rett til økt stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. En utvidelse av stillingen må gjøres i kraft av avisbud overenskomstens system, gjennom kontrollmåling og eventuell nemndsbehandling.

Nemnda har kommet til at arbeidstid utover det stipulerte for As budrute ikke er å anse som merarbeid, og derved ikke skal tas med i beregningen etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. I Avisbudavtalen er det avtalefestet et system for justering av den stipulerte arbeidstiden for de enkelte budruter, jf. Avisbudavtalen § 2. Avisbudavtalen fastsetter at et avisbud som mener at den faktiske arbeidstiden knyttet til en budrute overstiger den fastlagte tiden, kan kreve kontrollmåling av den aktuelle budruten. Slik kontrollmåling vil da skje etter nærmere angitte kriterier fastlagt i Avisbudavtalen.

Parter som ikke blir enige om arbeidstiden etter en slik kontrollmåling, kan få tvisten avgjort av en særskilt oppnevnt nemnd i henhold til reglene i bilag 13 til «Avisbudavtalen». Det er dermed tariffestet at A kan kreve at det gjennomføres en kontrollmåling av hans rute. Denne kontrollmålingen kan igjen bringes inn for nemndsbehandling i henhold til Avisbudavtalen. Avgjørende for utfallet av en kontrollmåling og eventuelt nemndsbehandling, vil være en stipulasjon av «normal arbeidstid» på den aktuelle budruten og ikke nødvendigvis den tiden A faktisk bruker på sin rute. Dersom en slik prosess medfører at A sin arbeidstid økes, vil hans stilling måtte utvides.

Fastsettelsen av riktig arbeidstid for budruter er følgelig et spørsmål som faller inn under kompetansen til de nevnte tariffestede voldgiftsinstansene. Det vil heller ikke være hensiktsmessig om nemnda skulle foreta en stipulering av tidsforbruket knyttet til de enkelte budruter da en slik vurdering i stor grad vil avhenge av faktiske vurderinger knyttet til særegenhetene ved de enkelte budruter. Nemnda finner etter dette at det ikke faller inn under nemndas kompetanse å fatte avgjørelser i saker som er tilrettelagt for stipulering av arbeidstid etter den tariffestede tvisteløsningsordningen. Det vises til tvisteløsningsnemndas vedtak 147/17.

Etter fremlagt dokumentasjon skal dermed 133,62 timer tas ut av beregningsgrunnlaget. Da gjenstår 154,93 merarbeidstimer som A har utført utenfor sin faste budrute.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlige» 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.

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 jevnlige. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i

intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har utført merarbeid hver måned i beregningsperioden. 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 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. 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.»*

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 ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Nemnda finner det ikke tilstrekkelig underbygget at det ikke vil være behov for merarbeid. Arbeidsgivers anførsel er for generell og sier ikke noe om det konkrete behovet for merarbeid. Dokumentasjon nemnda har mottatt er ikke tilstrekkelig konkret til at det er mulig å etterprøve arbeidsgivers vurdering av bortfalt behov på tidspunktet for avslaget.

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 1668,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 154,93 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 9,29. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 69,29.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 9,29.

### Vedrørende krav om fortrinnsrett

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) 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 (2). 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 lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) presiseres det at retten gjelder stillinger med om lag samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører i sin faste stilling. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis.

Det er ikke omtvistet at A er kvalifisert for de utlyste stillingene eller at hans nåværende stilling og de utlyste stillingene har om lag samme arbeidsoppgaver.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 (2).

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.»*

Departementet har i forbindelse med lovendringen i 2019 (Prop. 57 L (2017-2018) punkt 7.3) kommet med følgende merknad til bestemmelsen:

*«Endringen innebærer at en kvalifisert deltidsansatt i prinsippet kan ha fortrinnsrett til bare en del av en stilling, forutsatt at fortrinnsretten kan gjennomføres uten at den er til vesentlig ulempe for arbeidsgiver. At arbeidsgiver blir sittende igjen med en reststilling det vil kunne være vanskelig å rekruttere kvalifiserte søkere til, kan innebære en slik vesentlig ulempe. Det samme vil kunne være tilfellet dersom gjennomføring av fortrinnsrett til bare en del av en stilling innebærer at virksomheten får flere, og ikke færre, deltidsansatte.»*

Virkingen av den ulempen arbeidsgiver blir påført ved å bli sittende med en lav stillingsbrøk, må vurderes konkret, utgangspunktet må likevel være at deling av en utlyst stilling vil utgjøre en ulempe for arbeidsgiver, og at det følgelig må stilles relativt små krav til

arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger. Departementet sluttet seg også til denne vurderingen i Prop.57 L (2017-2018) s. 14.

Nemnda har delt seg i et flertall og i et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad, Pedersen og Width har etter en konkret vurdering kommet til at det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten dersom A fortrinnsrett til utvidet stilling. Flertallet legger vekt på at en utvidelse av As stilling vil være vanskelig å gjennomføre innenfor tidsvinduet og fristen for levering til abonnenter. Etter dette har ikke A fortrinnsrett til utvidet stilling og kan dermed ikke gis medhold.

Nemndas mindretall, medlemmene Rasmussen og Malvik har etter en konkret vurdering kommet til at det ikke er tilstrekkelig godtgjort fra arbeidsgivers side at det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten dersom A får fortrinnsrett til utvidet stilling. Etter mindretallets syn må arbeidsgiver påregne både omfordeling av oppgaver og endringer av ruter knyttet til de utlyste stillingene for å oppfylle lovens fortrinnsrettsbestemmelse. Arbeidsgivers anslag om økt risiko for overskridelse av leveringsfristen bestrides av A, og vurderingen fremstår som skjematisk. Videre bærer vurderingen preg av at arbeidsgiver i liten grad har sett på muligheten for en effektiv utvidelse av As arbeidsområde. A kjører eksempelvis allerede deler av strekningen til tilstøtende rute uten å stoppe for leveringer, slik at tilpasninger burde kunne gjennomføres.

Nemnda vil avslutningsvis bemerke at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har gjennomført drøftinger i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-3 (3).

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold i krav om fortrinnsrett.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad  
Nestleder

9. oktober 2020

### **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).