

VEDTAK NR 72/10 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 15. september 2010 i Arbeidstilsynets lokale, Torvet 5, Lillestrøm.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Haakon Skaug, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Synnøva Aga, NHO
Bjørn Strøm, SAS

Saken gjelder

Tvist om rett til redusert arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 fjerde ledd

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A arbeider som pilot i stilling på 100 prosent i B Norge filial. Arbeidet utføres mellom klokken 18.30 og 02.30. Turnusen innebærer to uker arbeid etterfulgt av en uke fri (2-1). Om sommeren arbeides det seks uker sammenhengende etterfulgt av tre uker fri. I arbeidsperiodene overnatter arbeidstaker delvis på utestasjonen, delvis hjemme. I gjennomsnitt anslås det at ca 70-80 av arbeidsdagene medfører overnatting utenfor hjemmet.

A søkte 30. juni 2010 om å få redusert arbeidstid med 25 prosent for å kunne tilbringe mer tid sammen med sine to barn på henholdsvis halvannet år og fire år.

Arbeidsgiver avsto 9. juli 2010 As søknad om redusert arbeidstid.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda av Norsk flygerforbund på vegne av arbeidstaker ved brev av 3. august 2010. Det fremgår av brevet at A ønsker redusert arbeidstid i en periode på to år, regnet fra 1. oktober 2010 og at han er åpen for å diskutere med arbeidsgiver hvordan den reduserte arbeidstiden kan tas ut. Primært ønsker han en ordning med en uke på jobb, en uke fri, så to uker på jobb og to uker fri (1-1-2-2). Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra Norsk flygerforbund på vegne av arbeidstaker:

- brev av 3. august 2010
- brev av 13. august 2010
- brev av 31. august 2010
- e-post av 1. september 2010
- brev av 10. september 2010

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra advokatfirmaet Vogt & Wiig AS (ved C) på vegne av arbeidsgiver:

- brev mottatt 24. august 2010
- brev av 7. september 2010

Arbeidstakers anførsler

Norsk flygerforbund anfører på vegne av arbeidstaker i det vesentligste:

A er ansatt i B Sweden. Hans ansettelsesforhold og basetilhørighet er nå i Norge. Når arbeidsgiver ikke ønsker å problematisere spørsmålet om norsk eller svensk rett kommer til anvendelse på tvisten, må det forstås dit hen at arbeidsgiver har akseptert at tvisten fremsatt for nemnda skal løses etter norsk rett.

Arbeidsgiver ser ikke ut til å være klar over bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 10-2 fjerde ledd da det henvises til at reglene i Norge baserer seg på tariffavtale. Arbeidsgiver mener det foreligger uleilighet for virksomheten å innvilge redusert arbeidstid og at arbeidstidsordningen gjør det unødvendig for de ansatte å søke om redusert arbeidstid.

Selskapets turnusordning medfører imidlertid betydelig høyere arbeidsbelastning enn det som er vanlig for piloter i Norge.

A mener han har behov for redusert arbeidstid av hensyn til behov for mer tid med sine barn. Arbeidsgiver har ikke godtgjort at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten å innvilge redusert arbeidstid. Det bestrides ikke at arbeidsgiver kan ha til dels betydelige kostnader forbundet med utsjekk av piloter på selskapets fly. Etter arbeidsmiljøloven har imidlertid alle arbeidstakere den samme rett til redusert arbeidstid uavhengig av inntekt. Kostbar arbeidskraft er således ikke et argument i vurderingen av om det foreligger vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Det er heller ikke gitt at arbeidsgiver vil bli påført opplæringskostnader ved rekruttering. Selskapet har ikke forlenget arbeidsavtalene for flere piloter som har nødvendige godkjenninger og sertifikater, og disse kunne ha dekket behovet selskapet måtte ha for ekstra arbeidskraft. Dersom bemanningssituasjonen er så anstrengt som arbeidsgivers begrunnelse for avslaget tyder på, må selskapet være underbemannet. En bevisst underbemanning fra arbeidsgivers side kan ikke medføre at de ansatte fraskrives retten til lovbestemte rettigheter.

I tillegg til arbeidstaker har også to andre piloter i selskapet fått avslag på sine søknader om redusert arbeidstid. Dette underbygger antakelsen om at selskapet bevisst har unnlatt å ansette et tilstrekkelig antall piloter. Arbeidstaker er villig til å diskutere med arbeidsgiver hvordan arbeidstidsreduksjonen kan tas ut. Det bemerkes at turnusen som han tilbyr seg å jobbe er den samme som pilotene i Sverige i 75 prosent stilling arbeider etter.

Arbeidsgivers anførsler

Arbeidsgiver anfører i det vesentligste:

Det er et selvstendig spørsmål om norsk rett får anvendelse på forholdet. Bedømmelsen av lovvalg må foretas på bakgrunn av en helhetsvurdering av hvilket land arbeidsforholdet har sin nærmeste tilknytning til. I denne saken er det en rekke momenter som tilsier at arbeidsforholdet har sin nærmeste tilknytning til Sverige:

- partenes bosted er i Sverige
- arbeidsgiverfunksjonen utøves fra Sverige
- all administrasjon og operasjonell virksomhet styres fra Sverige
- flyene som benyttes er registrert i svensk luftfartsregister
- statsborgerskap
- kontaktsted
- språk i arbeidsavtalene

At Gardermoen er valgt som stasjoneringsstedet skyldes utelukkende praktiske hensyn, bl.a. for beregning av arbeidstid.

Arbeidsgiver ønsker ikke å problematisere om norsk rett får anvendelse i forbindelse med tvisteløsningsnemndas behandling av saken. Det tas dog forbehold om å anføre dette dersom tvisten skulle bli brakt inn for de ordinære domstoler.

Redusert arbeidstid for arbeidstaker er under enhver omstendighet til vesentlig ulempe i dette tilfellet. Selskapet har ikke mulighet til å omdisponere personell internt da kapasiteten er fullt utnyttet.

Arbeidstakersidens påstand om at selskapet bevisst underbemanner tilbakevises. Selskapet har en normal "stand-by" kapasitet. Per i dag er mellom en og to piloter "stand-by" per uke for 16 piloter i tjeneste. I tillegg har en tredjedel av selskapets piloter fri hver uke og disse pilotene blir også ofte benyttet da de erfaringsmessig ønsker å jobbe ekstravakter. Selskapet har også syv kontorpiloter som arbeider både administrativt og som flygere som kan benyttes når det oppstår behov for det.

Både i selskapet og i bransjen for øvrig er hensikten med "stand-by" personell at disse skal benyttes for å dekke opp for sykdom og andre uforutsette hendelser, ikke arbeidstidsreduksjoner.

Tidligere arbeidet pilotene fire døgn per uke hele året, bortsett fra i ferier, under opplæring og helligdager. Den foretatte omleggingen av turnusen til dagens ordning har medført en kostnadsøkning for selskapet på anslagsvis 15 prosent. Forutsetningen for at selskapet valgte å bære denne ekstrakostnaden, var at turnusomleggingen skulle medføre at pilotenes behov for ferie, permisjoner og redusert arbeidstid ble eliminert. Redusert arbeidstid for arbeidstaker vil medføre ytterligere kostnader for selskapet og være til vesentlig ulempe for virksomheten. Vulkanutbrudd og sviktende marked er forhold som har medført at bare absolutt nødvendige kostnader kan aksepteres av selskapet i en bransje med hard konkurranse. Selskapet kan ikke se at det er mulig å rekruttere kvalifisert ferdigsertifisert personell som flyr den aktuelle flytypen til en liten midlertidig stilling på 25 prosent. De tre arbeidstakerne som har søkt om redusert arbeidstid innehar forskjellige sertifikater. En av dem har for øvrig sagt opp sin stilling. Det er derfor ikke mulig å tilsette en vikar i stilling på 75 prosent. Tilsetting i en stilling på 25 prosent lar seg heller ikke forsvare økonomisk da en ny pilot må sertifiseres og vil koste selskapet ca 300 000 kroner.

Den fremforhandlede turnusen for piloter gir mer tid til familie enn det som er tilfelle for arbeidstakere flest. A har i sin søknad begrunnet behovet for arbeidstidsreduksjon med at han har barn uten at det er vist til at det foreligger omstendigheter som gjør hans behov spesielt tungtveiende. En arbeidstidsreduksjon vil i dette tilfellet medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

Twisteløsningsnemndas merknader

Arbeidsmiljøloven § 10-13 fastsetter at tvist om redusert arbeidstid avgjøres av tvisteløsningsnemnda. Frist for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgiver avslø krav fra arbeidstaker, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd. Dato for arbeidsgivers avslag er 9. juli 2010, og saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda av Norsk flygerforbud på vegne av arbeidstaker i brev av 3. august 2010. Saken er således rettidig innbrakt.

Arbeidsgiver har ikke nedlagt påstand om avvisning, men har på forespørsel fra nemnda heller ikke samtykket til at norsk rett får anvendelse. Nemnda må derfor ex officio ta stilling til om arbeidsforholdet reguleres av norsk rett.

Tilknytningen til Norge er etter nemndas oppfatning ikke av en slik art eller tidsbegrensning at reglene om utsending av arbeidstakere får anvendelse, jf. arbeidsmiljøloven § 1-7 med tilhørende forskrifter. X tjener som stasjoneringsssted for arbeidstaker, men han opererer derfra både på innenlands og utenlands flyvninger, og det er etter nemndas oppfatning verken

naturlig å si at han er sendt ut til Norge, eller at det er for en begrenset periode. Nemnda kan heller ikke se at det er andre regler i arbeidsmiljøloven som løser lovvalgsspørsmålet.

Slik saken er opplyst for nemnda er det ikke grunnlag for å fastslå at partene har gjort avtale om lovvalg. Lovvalget må derfor etter vanlig lære avgjøres ut fra en helhetsvurdering av hvilket land arbeidsforholdet har sin nærmeste tilknytning til, se Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, 4. utg. 2006, side 713, og først og fremst Ot. prp. nr. 13 (1999-2000) s. 15:

”Dersom partane ikkje har gjort avtale om lovvalet, vil det etter norsk rett vere retten i det landet som arbeidsforholdet etter ei heilskapsvurdering har si nærmaste og mest relevante tilknytning til, som skal leggjast til grunn, den såkalla « Irma/Mignon-formelen». I utgangspunktet skal ein gjere ei konkret heilskapsvurdering på bakgrunn av ei rekkje moment, men dersom ein slik framgangsmåte ikkje gir noka løysing, har det i teori og praksis utvikla seg nokre reglar bygd på det som er den mest sannsynlege løysinga. Det er ei utbreidd oppfatning at arbeidsavtalen i slike tilfelle er underkasta lova i det landet der arbeidet blir utført. Etter norsk rett vil då hovudregelen vere at norsk rett gjeld for arbeid som blir utført i Noreg, sjølv om verken arbeidsgivaren eller arbeidstakaren er norske statsborgarar”

Etter nemndas oppfatning er det flere forhold som gir arbeidsforholdet tilknytning til Sverige, men det er også forhold som gir forholdet tilknytning til Norge. Nemnda kan derfor ikke se at man etter en konkret helhetsvurdering klart kan si at arbeidsforholdet har sterkest tilknytning til ett av landene. Etter den siterte uttalelsen i Ot.prp. nr. 13 (1999-2000), skal det legges avgjørende vekt på hvor arbeidet blir utført. Selv om arbeidstaker også forestår flyvninger utenlands, utføres etter nemndas oppfatning arbeidet primært i Norge. Det vises til at filialen i Norge ble etablert for å betjene en kontrakt med Posten BA, og at det er det sentrale element i arbeidstakers arbeid. Så vidt forstås er de fleste av flyvningene innenlands i Norge. Det er videre av sentral betydning at arbeidstakers base er i Norge, hvilket innebærer at han både møter på arbeid og avslutter arbeidsperiodene i Norge. Bransjemedlemmene har opplyst at det er vanlig i bransjen at arbeidstakernes base er avgjørende for hvilket lands rett som i utgangspunktet regulerer arbeidsforholdet. Etter dette finner nemnda at arbeidsforholdet må anses å ha sin nærmeste tilknytning til Norge, og at norsk rett derfor må få anvendelse i saken.

Nemnda ser at selv om norsk rett etter lovvalgsreglene får anvendelse, vil praktiseringen av enkelte av arbeidsmiljølovens rettigheter medføre særlige utfordringer overfor arbeidstakere som er bosatt og har sin familie i andre land. Det gjelder f.eks. retten til redusert arbeidstid og forskjellige permisjoner. Å vurdere arbeidstakernes behov vil i slike tilfeller være vanskeligere for nemnda i en utenlandsk enn i en norsk kontekst. Slik den forstår lovvalgsreglene, har imidlertid nemnda intet annet valg enn å anvende bestemmelsene etter beste evne.

Arbeidsmiljøloven § 10-2 fjerde ledd fastsetter at arbeidstaker som har fylt 62 år eller som av helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner har behov for å få redusert sin arbeidstid, har rett til dette dersom arbeidstidsreduksjonen kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten.

Alternativet *andre vektige velferdsgrunner* tar i første rekke sikte på å imøtekomme foreldres ønske om mer tid til samvær med små barn eller behov som følge av problemer med å skaffe barnepass i arbeidstiden. I henhold til lovens forarbeider skal foreldre med barn under 10 år *uten videre* anses å ha behov for å få redusert sin arbeidstid, dersom de ber om dette. De

trenger med andre ord ikke å begrunne behovet nærmere. Nemnda legger således til grunn at det i dette tilfellet foreligger vektige velferdsgrunner i lovens forstand og at grunnvilkåret for redusert arbeidstid således er oppfylt.

Retten til redusert arbeidstid er imidlertid betinget av at reduksjonen kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten. Av forarbeidene til tidligere arbeidsmiljølov § 46A, Ot. prp. nr. 3 (1982-1983), fremgår at det ved vurderingen må foretas en avveining mellom arbeidsgivers og arbeidstakers interesser. Dersom behovet for redusert arbeidstid er særlig stort, bør det kreves en sterkere begrunnelse fra arbeidsgiverens side for å avslå enn ellers. Lovens forarbeider gir ellers anvisning på en konkret og skjønsmessig vurdering av de ulemper som påberopes fra arbeidsgivers side. I forarbeidene til gjeldende bestemmelse om redusert arbeidstid, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) heter det at bestemmelsen er ment å videreføre det materielle innholdet i tidligere § 46A, og at praksis som har utviklet seg etter den bestemmelsen fremdeles vil være relevant. I den praksisen er det lagt til grunn at kravet til *vesentlig* ulempe innebærer at det ikke er tilstrekkelig å påberope en generell **ulempe, f.eks. ulempen ved å måtte omorganisere arbeidsoppgaver eller skaffe vikar.**

Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Skaug og Bjørn Strøm, finner at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har underbygget en vesentlig ulempe ved at arbeidstakers arbeidstid reduseres med 25 prosent. Ulempene arbeidsgiver har påberopt er av generell art og vil kunne påberopes av alle arbeidsgivere i bransjen. Etter flertallets oppfatning ville det uthule retten til redusert arbeidstid for mange arbeidstakere dersom den kunne avskjæres med en helt generell begrunnelse av den type arbeidsgiver her har gitt. Flertallet mener det ikke er dokumentert tilstrekkelig tungtveiende økonomiske årsaker til at søknaden skal avslås. Det vises bl.a. til at lønnskostnadene ved rekruttering av ny medarbeider vil være delvis selvfinansierende gjennom redusert arbeidstid hos de andre. At det er visse ekstrakostnader forbundet med å ha flere hoder i denne bransjen, kan ikke alene gi grunnlag for unntak fra lovens rettighet.

Flertallet anser altså arbeidstakers behov for redusert arbeidstid som mer tungtveiende enn de ulempene arbeidsgiver har anført. A har søkt om redusert arbeidstid i to år regnet fra 1. oktober 2010. Loven løser ikke hvor lenge arbeidstaker har krav på redusert arbeidstid, og også dette må derfor i utgangspunktet avgjøres ut fra en ulempevurdering. Nemndas flertall finner i dette tilfellet at arbeidstaker foreløpig bør innvilges redusert arbeidstid i ett år fra 1. november 2010. Dersom arbeidstaker deretter fortsatt ønsker redusert arbeidstid, får han søke igjen slik at spørsmålet da blir vurdert på nytt.

Nemndas mindretall, medlemmene Elisabeth Lea Strøm og Aga, har etter en konkret vurdering kommet til at det foreligger en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å innvilge redusert arbeidstid i denne saken. Mindretallet legger til grunn arbeidsgivers opplysninger om at selskapet ikke har mulighet til å omdisponere personell internt, ved bruk av virksomhetens eget "stand-by"-personell da de eksisterende ekstraressurser per i dag er maksimalt utnyttet. Mindretallet legger derfor til grunn at dersom bedriften skal opprettholde driften, må det tilsettes nytt personell. Sett hen til de kvalifikasjoner dette personalet må ha og de betydelige kostnadene forbundet med dette, foreligger det etter mindretallets syn en ikke ubetydelig ulempe. Mindretallet legger også betydelig vekt på at selskapet nylig, etter ønske fra de ansattes side, har foretatt en omlegging av arbeidsturnusen som medførte en ekstrakostnad på om lag 15 prosent. Dette ble gjort blant annet for å imøtekomme de ansattes ønske for mer tid med familien og eliminere behovet for redusert arbeidstid. I avveiningen av partenes interesser er mindretallet kommet til at virksomhetens ulemper ved å imøtekomme arbeidstakers ønsker, er større enn hans behov for å få arbeidstidsreduksjon.

Konklusjon

Arbeidstaker gis medhold i kravet på redusert arbeidstid fra 1. november 2010 til 1. november 2011.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 25.10.2010

Til orientering:

Tvist om rett til redusert arbeidstid kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 andre 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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.