

VEDTAK NR 35/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 14. desember 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Gry Brandshaug Dale, KS

Særskilt oppnevnte medlemmer

Mårten Brandsnes Faret, KS
Arne Løseth, Fagforbundet

Saken gjelder

Twist om rett til fleksibel arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 tredje ledd

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som barne- og ungdomsarbeider (miljøarbeider) i stilling på 100 prosent ved X skole, B kommune. Elevene er på skolen fra kl. 08.00 til kl. 16.30.

Det ble besluttet av skolens ledelse at det fra skoleåret 2016/2017 ville bli innført 37,5 timers arbeidsuke for alle miljøarbeidere, med så jevne 7,5 timers dager som mulig.

Etter drøftinger ble det besluttet å ha en tredelt vaktordning, som ser slik ut:

Uke 1: kl. 08.00 – 15.30 (de ansatte jobber til kl. 16.00 tirsdag og torsdag, og slutter 14.30 fredag).

Uke 2: kl. 08.15 – 15.45

Uke 3: kl. 09.00 – 16.30

I e-post av 19. august 2016 spurte A rektor om å kunne forskyve arbeidstiden 15 minutter 2 eller 3 av 15 dager de dagene hun er satt opp på vakt til kl.16.30. Dette var begrunnet i behovet for å hente barn i barnehagen før stengetid. I korrespondanse mellom partene 19. august 2016 til 30. august 2016 opplyste arbeidsgiver at det ikke var mulig å imøtekomme ønsket. Begrunnelsen var at elevene skal ha kvalifiserte og faste ansatte tilstede hele dagen frem til kl. 16.30.

Det ble kalt inn til en personalsamtale 2. september 2016, hvor arbeidstaker igjen ble opplyst om at det er mulig å bytte vakter av og til, men at det er elevenes behov for personale som er avgjørende.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 22. september 2016. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 22. september 2016
- e-post av 7. oktober 2016
- e-post av 10. november 2016
- e-post av 30. januar 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 18. oktober 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker har rett til fleksibel arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 tredje ledd, og dette kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten.

Den nye turnusordningen gjør det vanskelig for arbeidstaker å få hentet barna i barnehagen 2 ganger hver 3. uke. Arbeidstaker ønsker å få byttet disse vaktene, eller å forskyve arbeidstiden 15 minutter 2 av 15 arbeidsdager. Det har tidligere vært mulig å løse dette klassevis, med hensyn til både elevens og ansattes behov.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Den omsøkte ordningen vil medføre en vesentlig ulempe for skolen. Det har tidligere vært mange private løsninger knyttet til arbeidstid som var gunstige for noen ansatte, men dette medførte ustabilitet rundt elevene. Det har vært klager på lite bemanning på ettermiddagen, og arbeidsbelastningen på de gjenværende miljøarbeiderne var betydelig.

X skole er en skole med multifunksjonshemmede elever, og det er viktig med ansatte som er tilstede på grunn av elevene som har omfattende, spesielle behov.

Det er videre flere kollegaer av arbeidstaker som ønsker tilsvarende ordning. Det må praktiseres likebehandling for alle arbeidstakerne for å unngå at det skal gå utover elevenes behov.

Skolen er villig til å tillate bytte av vakter i noen tilfeller, men kan ikke tillate det som en fast ordning.

Tvistløsningsnemndas merknader

Twist om rett til fleksibel arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 tredje ledd avgjøres av tvisteløsningsnemnda i henhold til arbeidsmiljøloven § 10-13, jf. § 17-2.

Arbeidsmiljøloven § 10-2 tredje ledd fastsetter en rett til fleksibel arbeidstid for alle arbeidstakere, dersom dette kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten. Det fremgår ikke klart av forarbeidene hvor grensen går for hva som omfattes av begrepet «fleksibel arbeidstid».

Nemndas flertall i vurderingen av begrepet «fleksibel arbeidstid», medlemmene Due, Rasmussen og Løseth, har kommet til at den omsøkte ordningen må anses omfattet av begrepet «fleksibel arbeidstid». Hensikten med å innføre en rett til fleksibel arbeidstid fremgår av NOU 2004:5, hvor Arbeidslivslovutvalget uttalte at:

«Arbeidstid er også et viktig virkemiddel i forhold til ivaretagelse av arbeidstakernes særlige livsfasebehov, som omsorg for små barn osv. Muligheten til redusert arbeidstid vil virke inkluderende for arbeidstakere som har redusert arbeidsevne eller har omsorg for små barn, og som uten en mulighet til redusert arbeidstid ville valgt å stå utenfor arbeidslivet. For disse grupper vil også rett til fleksibel arbeidstid som gir mulighet for tilpasninger av arbeidstiden ut fra de særlige behov arbeidstaker har, virke inkluderende.»

Videre uttaler Utvalget i punkt 13.3.4 at:

«Arbeidstakernes behov for eller ønske om økt fleksibilitet berører ønsket om i større grad å kunne bestemme selv når arbeidstiden skal legges, pr. dag, pr. uke, pr. år. Det er her tale om å gi arbeidstakerne mulighet til å tilpasse arbeidstiden slik at den passer inn i deres livssituasjon, enten det er små barn som skal passes og følges opp i det daglige, avvikling av sommerferier, ønsket

om etterutdanning eller dyrking av andre interesser. Det kan også være tale om å tilrettelegge for en fleksibel tilpasning av arbeidstiden over lengre perioder og i ytterste konsekvens over et livsperspektiv. Et eksempel i denne sammenhengen kan være å gi adgang til å innarbeide arbeidstid over lengre tid som kan tas ut i sabbatsår eller tidligere alderspensjon.»

Når det gjelder det nærmere innholdet i begrepet «fleksibel arbeidstid», uttaler utvalget i punkt 13.5.3 Fleksibel arbeidstid:

«Med fleksitid menes en adgang for arbeidstaker til, innenfor visse rammer, selv å avgjøre når på dagen arbeidstiden skal legges. Ordningen innebærer også at arbeidstakerne kan innarbeide ekstra arbeidstid som så kan avspaseres i samråd med arbeidsgiver. I staten er det inngått særavtale om fleksibel arbeidstid. Avtalen gir arbeidstakerne rett til å selv bestemme sin arbeidstid innenfor tidsrommet kl. 0700 og kl. 2000, med en kjernetid fra kl. 0900 til kl. 1430 hvor alle i utgangspunktet må være tilstede. Arbeidstiden avregnes over en periode fra tre til 12 måneder. Det kan overføres 45 plusstimer eller 10 minustimer fra den ene avregningsperioden til den neste. Arbeidstaker kan avspasere inntil 24 hele dager i løpet av et år. Særavtalen gjelder alle arbeidstakere i staten med mindre en arbeidstaker av tjenestelige grunner ikke kan komme inn under ordningen.

Utvalget har vurdert om en lignende eller tilsvarende rett kan lovfestes for alle arbeidstakere. Det kan være en del virksomheter hvor dette er vanskelig å gjennomføre, for eksempel i tjenesteytende virksomheter hvor de ansattes tilstedeværelse er nødvendig av hensyn til brukerne. For disse vil en eventuell lovbestemmelse måtte inneholde et forbehold. Denne kan for eksempel utformes i tråd med bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 46A som sier at arbeidstaker i visse tilfelle har krav på redusert arbeidstid dersom dette kan gjennomføres «uten særlig ulempe for virksomheten.» En lovfestet rett til fleksitid med et slikt forbehold, antas langt på vei å imøtekomme arbeidstakernes ønske om mer fleksibilitet og mer innflytelse over egen arbeidstid. Det kan imidlertid være andre former for fleksibilitet som ikke fanges direkte opp av begrepet fleksitid. Utvalget vil derfor i sitt forslag bruke begrepet fleksibel arbeidstid, og mener med dette å fange opp både avtaler om fleksitid og andre former for fleksibel arbeidstid.»

Det fremstår derfor klart at også andre ordninger enn fleksitid omfattes av begrepet, og at tilfellene hvor arbeidstiden vanskelig lar seg tilpasse, som i «tjenesteytende virksomheter hvor ansattes tilstedeværelse er nødvendig av hensyn til brukerne», er ment å ivaretas ved at det skal vurderes om ordningen medfører en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Det kan derfor ikke legges til grunn at arbeidstakere som arbeider turnus, skift eller har en fastsatt arbeidstidsordning er ment å falle utenfor retten til fleksibel arbeidstid.

I henhold til Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005) s. 177 fremgår det at retten til fleksibel arbeidstid også er ment å ivareta behovet for arbeidstakere som arbeider til ukurante tider, og altså ikke er begrenset til arbeidstakere som arbeider dagtid. «Forslaget om rett til fleksibel arbeidstid vil i stor grad ivareta behovet for å til passe arbeidstiden til

spesielle behov for de som arbeider ukurante arbeidstider, men ikke arbeider om natten.»

Nemndas flertall vil imidlertid bemerke at det i de aller fleste tilfeller vil være forbundet med ulemper å tilpasse en turnus til enkelte arbeidstakers individuelle behov. Hvorvidt disse ulemperne er vesentlige, vil imidlertid avhenge av en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

I merknadene til lovteksten uttales følgende om innholdet i begrepet «fleksibel arbeidstid»:

«Fleksibel arbeidstid innebærer en mulighet for arbeidstaker til å få arbeidstiden tilpasset sine behov. Det nærmere innholdet i «fleksibel arbeidstid» er ikke definert. Det vil være opp til arbeidsgiver og arbeidstaker i fellesskap å finne fram til løsninger som ivaretar arbeidstakers ønsker og behov, samtidig som de oppfyller kravet om «uten vesentlig ulempe» for virksomheten.»

Tvisteløsningsnemnda har i en rekke tidligere saker fattet vedtak om at enkelte ordninger faller utenfor en naturlig forståelse av begrepet «fleksibel arbeidstid», jf. vedtak 23/07, 28/08, 31/08, 51/08, 75/09, 03/10 etc. Flere av vedtakene er fattet under dissens. I flertallet av sakene har nemnda avgrenset rettigheten mot søknader om fritak fra turnus eller arbeidstidsordning og tilpasninger av turnus eller arbeidstidsordning. Bytte til en annen arbeidstidsordningen hos samme arbeidsgiver er også vedtatt å falle utenfor, jf. vedtak 76/10.

Nemnda har imidlertid i sak 26/07, 44/10 og 20/13 gitt arbeidstaker medhold i tilpasning av turnus etter en ulempevurdering. Også i sak 17/13 ble det foretatt en ulempevurdering, uten at arbeidstaker fikk medhold. I vedtak 67/13 fikk arbeidstaker medhold i forskjøvet arbeidstid.

Nemndas flertall i begrepsvurderingen i denne saken, mener det er få holdepunkter i forarbeidene til å foreta en avgrensning av begrepet «fleksibel arbeidstid», og finner det unaturlig å avskjære arbeidstakere som arbeider turnus, skift eller har andre arbeidstidsordninger fastsatt av arbeidsgiver. Det er også vanskelig å finne en presis definisjon av begrepet «fleksibel arbeidstid», slik at en ordning faller utenfor begrepet. Flertallet finner at de fleste tilpasninger vil kunne omfattes av begrepet, og at dersom den omsøkte ordningen ikke medfører en vesentlig ulempe for arbeidsgiver, vil arbeidstaker ha krav på fleksibel arbeidstid.

Nemndas mindretall i begrepsvurderingen, medlemmene Dale og Faret, er av den oppfatning at den ordningen arbeidstaker ber om, ikke innebærer fleksibel arbeidstid i § 10-2 tredje ledds forstand. Arbeidsmiljøloven har ingen definisjon av begrepet fleksibel arbeidstid. Av forarbeidene til § 10-2 tredje ledd (Ot. prp. nr. 49 for 2004 – 2005 side 169 og side 316) fremgår at fleksibel arbeidstid vil kunne omfatte forskjellige former for fleksibel organisering av arbeidstiden. Ett eksempel kan være såkalt fleksitid, det vil si at arbeidstakeren innenfor visse rammer selv kan avgjøre når på dagen arbeidstiden skal legges. Ordningen kan også innebære at arbeidstakerne kan innarbeide ekstra arbeidstid som så kan avspaseres på et senere tidspunkt. Fleksibel arbeidstid kan videre være en avtale om gjennomsnittsberegning som gjør det mulig

for arbeidstaker å arbeide mer i deler av året, for så å ha tilsvarende mer fri i andre perioder. Begrepet fleksibel arbeidstid omfatter i tillegg andre former for fleksibilitet i tilknytning til arbeidstiden.

Mindretallet mener uttalelsen fra utvalget medfører at fleksibel arbeidstid er når arbeidstaker kan tilpasse arbeidstiden uten at dette må medføre et generelt fritak fra en fast arbeidstidsordning som gjelder alle ansatte. «I større grad bestemme selv når arbeidstiden skal legges per dag, per uke, per år» må medføre at dette ikke involverer andre ansatte, slik at de får endret arbeidstid.

Ordningen A ber om gir ingen rett til selv å avgjøre når på dagen arbeidstiden skal legges, men derimot en annen arbeidstidsordning enn den ordinære skiftordningen på hennes arbeidsområde. Arbeidstaker ønsker å få anledning til å forskyve arbeidstiden sin med 15 minutter to ganger hver tredje uke de dagene hun jobber til kl. 16.30. Nemnda har i en rekke tidligere saker uttalt at § 10-2 tredje ledd ikke gir krav på fritak fra skift- eller turnusordninger, og finner ikke grunn til å fravike denne praksisen.

Mindretallet finner det unaturlig å forstå rett til fleksibel arbeidstid som et krav på et generelt fritak fra en fast arbeidstidsordning som i utgangspunktet gjelder alle ansatte. Å strekke § 10-2 (3) så langt ville også harmonere dårlig med andre rettigheter til tillempling av arbeidstiden som f.eks. § 10-2 (2). Etter den bestemmelsen er fritak fra nattarbeid betinget av at det foreligger helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner. Når fritak kvalifiseres på denne måten, kan det ikke ha vært lovgivers mening at man kan oppnå betydelige fritak fra en ellers fast arbeidstidsordning etter en annen bestemmelse som ikke stiller vilkår overhodet.

Nemnda vil etter dette gå over til å vurdere hvorvidt den omsøkte ordningen vil medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver i denne konkrete saken.

Det er i utgangspunktet opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre at det er en vesentlig ulempe forbundet med å gi arbeidstakeren rett til fleksibel arbeidstid. Hva som vil være å anse som en vesentlig ulempe, vil bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Kravet til «vesentlig» ulempe innebærer imidlertid at det ikke er tilstrekkelig å sannsynliggjøre en generell ulempe.

Relevante ulemper vil blant annet kunne være behovet for bemanning på tidspunktene arbeidstaker ønsker fri, hvorvidt dette vil medføre økt belastning på andre arbeidstakere, og om arbeidsgiver har tilrettelagt for flere arbeidstakere slik at ulemperne øker tilsvarende. I mange tilfeller vil ulemperne øke jo flere arbeidstakere det tilrettelegges for, og dette må være en del av ulempevurderingen nemnda foretar. Anførsler om at innvilgelse av en søknad vil medføre at flere får samme rettighet må derfor konkretiseres nærmere enn en generell risiko for at dette vil kunne bli tilfelle.

Arbeidstaker har bedt om å kunne forskyve arbeidstiden sin med 15 minutter 2 ganger hver 3. uke da hun jobber til kl. 16.30. Dette er begrunnet i behovet for å kunne hente barna i barnehagen før stengetid.

Slik saken er opplyst, har nemndas flertall i ulempevurderingen, medlemmet Due, samt medlemmene Dale og Faret, som har foretatt en subsidiær vurdering av

ulempene, etter en konkret vurdering kommet til at den omsøkte ordningen med fleksibel arbeidstid vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Det ble varslet og behandlet i skolens medbestemmelsesutvalg og driftsstyre at skolen ville innføre 37,5 timers arbeidsuke for alle miljøarbeidere, med så jevne 7,5 timers dager som mulig. Det legges i ulempevurderingen vekt på at det er gjort en kollektiv evaluering av ulempene forbundet med den tidligere ordningen. Arbeidsgiver har også, gjennom praktisk erfaring med den tidligere ordningen, konstatert at den var lite forenlig med elevens behov for stabilitet og arbeidsbelastningen på alle miljøarbeiderne. Det er også behov for kvalifisert bemanning på ettermiddagen, og det vil da være en ulempe at arbeidstakere skal forskyve arbeidstiden 2 ganger hver tredje uke når hun jobber til kl. 16.30.

Nemndas mindretall i ulempevurderingen, medlemmene Rasmussen og Løseth, har etter en konkret vurdering kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har underbygget at innvilgelse av den omsøkte ordningen vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten. Mindretallet har forståelse for at den omsøkte ordningen for A vil medføre visse utfordringer for skolen, men finner det ikke godtgjort at ulempene forbundet med dette kan anses som vesentlige i lovens forstand. Det legges her vekt på at arbeidstakers behov for fleksibilitet begrenses til svært få dager, og at dette er knyttet til et sentralt velferdsmessig behov.

Et flertall av nemndas medlemmer har etter dette kommet frem til at A ikke får medhold i sitt krav om fleksibel arbeidstid.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 09.02.2017

Til orientering

Twister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a 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).