

VEDTAK NR 36/08 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 4. september 2008 i departementsbygningen i Akersgata 59 (R5), Oslo.

I møtet var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Hanne Inger Bjurstrøm (leder)
Elisabeth Lea Strøm, NHO
Karl Inge Rotmo, LO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Advokat Øyvind Gjelstad, KS
Hilde Løkholm, Fagforbundet

Saken gjelder

Tvist om rett til utdanningspermisjon etter arbeidsmiljøloven § 12-11

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt

vedtak:

Saksforhold

A har vært yrkesaktiv i ca 20 år, og herunder har han fra 1989 vært ansatt i 100 prosent stilling i B kommune ved den kommunale kulturskolen. Stillingen er i det vesentligste (85 prosent) knyttet til musikkundervisning, hovedsakelig til fiolinundervisning. Den resterende stillingsandelen er knyttet til salg av musikktjenester til B symfoniorkester. Det vil si at A har en stillingsandel på 15 prosent som musiker i orkesteret.

Ved brev av 2. juni 2008 søkte A om permisjon for å ta videreutdanning i form av mastergrad i musikkvitenskap ved Høgskolen i X. Søknaden gjelder for studieåret 2008/2009 og 2009/2010.

Studiet er basert på ukesamlinger, og søknaden gjelder permisjon for å delta på følgende ukesamlinger:

- høst 2008: Ukene 36, 37, 41, 42 og 45
- vår 2009: Ukene 4, 5, 10, 17 og 18
- høst 2009: Ukene 39 og 47
- vår 2010: Ukene 5 og 6

Til sammen søkte A om permisjon i 14 uker.

Permisjonssøknaden ble avslått av B kommune v/ kulturskolen i brev av 5. juni 2008 til A. Arbeidsgiver anfører i brevet at det ikke vil være mulig å få til en forsvarlig drift av undervisningen under en eventuell permisjon for A, og at dette forholdet har vært avgjørende for avslaget. Videre blir det i brevet anført at videreutdanningen som A ønsker å ta ikke er avgjørende for hans jobbutøvelse ved kulturskolen, samt at utdanningen heller ikke er med i virksomhetens kompetanseplan.

I SMS utveksling mellom A og arbeidsgiver v/ virksomhetsleder C i etterkant av avslaget ble det gitt en utfyllende begrunnelse for avslaget, ved at C meddelte A at det grunnleggende problemet består i at det må settes inn vikar for ham ved en eventuell permisjon.

A søkte deretter juridisk bistand hos advokatfirmaet Garmann & Opdahl, som brakte saken inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 17. juni 2008 fra advokat Christian Garmann. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises i denne forbindelse til brev av 3. juli 2008 fra B kommune v/ personal- og lønnsavdelingen, internt notat av 19.08.2008 fra den kommunale kulturskolen og e-post 22. august fra kommunen v/ D. Videre vises det til brev av 22.08.2008 fra advokat Christian Garmann.

Arbeidstakers anførsler

Arbeidstaker anfører i det vesentligste:

Utdanningen det søkes om permisjon for er yrkesrelatert, og klager oppfyller ansiennitetskravet i arbeidsmiljøloven § 12-11 nr 1.

Det dreier seg om en begrenset permisjon, med maksimum 10 uker permisjon i løpet av det første året. I tillegg er det noen ukesamlinger som ikke er obligatoriske.

Kommunen vektlegger at utdanningen ikke er avgjørende for jobben i kulturskolen. Dette er ikke i tråd med arbeidsmiljøloven § 12-11, jf kommentarutgave til arbeidsmiljøloven av Fougner/Holo side 540 note 7. Ifølge Fougner/Holo er det således ikke påkrevet at utdanningen vil ha betydning for den stilling eller arbeidsplass arbeidstakeren innehar.

Kommunens andre argument – hensynet til forvarlig drift – kan heller ikke føre fram. Det er snakk om en større kommune, og A' stilling kan ikke karakteriseres som en nøkkelposisjon.

Ulempene som anføres for virksomheten er ikke verre enn det de fleste virksomheter må regne med som ulemper i forbindelse med en permisjon. Det bør vektlegges at slik kommunen beskriver situasjonen er det ingenting som tyder på at det noen gang vil være mulig for A å få utdanningspermisjon.

Kommunen må kunne klare å ordne med vikarer slik at arbeidstakere kan benytte sin lovfestede rett til utdanningspermisjon. A har selv vært i kontakt med mulige vikarer, som vil kunne dekke opp alle fraværene. B kommune har dessuten opplyst at det har kommet en ny fiolinpedagog til byen, og at vedkommende for tiden er arbeidsledig.

I henhold til SMS fra virksomhetsleder er problemet at man i det hele tatt må sette inn vikar, selv om vikar skulle finnes. En slik holdning vil i praksis gjøre det umulig for A å få utdanningspermisjon noensinne.

Anførselen om ureglementert fravær knytter seg til påstand fra kommunen om at det var uriktig av A å oppholde seg i utlandet i deler av en sykmeldingsperiode. Det foreligger imidlertid brev fra NAV hvor det fremgår at trygdekontoret har akseptert fraværet.

Det må være klart at avslaget er straff for sykefravær som A hadde i 2006 og 2007.

Dersom A ikke får permisjon og på den måten ikke får mulighet til å utvikle seg, vil det gå på bekostning av tilliten til overordnede. A viser i denne forbindelse til at han har vært yrkesaktiv i 20 år og at han herunder har arbeidet fem år ved B kulturskole.

Videre stiller A spørsmål om hvorvidt avslaget er motivert av at han vil kunne oppnå lønnsøkning etter endt videreutdanning.

Det er reelt sett kun snakk om sju uker permisjon i studieåret 2008 – 2009. Dette på grunn av en uke høstferie (uke 41 i 2008) og en ukesamling som ikke er obligatorisk (uke 10 i 2009). Videre er det ingen obligatoriske fremmøter til samlinger i studieåret 2009 – 2010.

Prinsipalt bes det om innvilgelse av permisjon for hele den perioden som er angitt i klagen av 17. juni 2008, det vil si i til sammen 14 uker. Subsidiært bes det om innvilgelse av permisjon i et redusert omfang i til sammen 7 uker.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

A er ansatt som musikk- og kulturskolelærer i 100 prosent stilling. Stillingen er i det vesentligste (85 prosent) knyttet til musikkundervisning, og hovedsakelig til fiolinundervisning. Den resterende stillingsandelen er knyttet til salg av musikkjenester til B symfoniorkester. Det vil si at A har en stillingsandel på 15 prosent som musiker i orkesteret.

A er ansatt ved strykeseksjonen i kulturskolen, som eneste fiolinist i 100 prosent stilling ved seksjonen. De andre ansatte ved seksjonen består av en folkemusiker (fele/hardingfele) i 50 prosent stilling, samt ytterligere fire ansatte som har 75 prosent stilling i B strykekvartett og 25 prosent undervisningsstilling ved kulturskolen.

Vikarsituasjonen er vanskelig når det gjelder fiolinlærere. Kulturskolen har ikke hatt eksterne kvalifiserte vikarer å sette inn. Som vikarer har det vært benyttet eldre musikkelever og gode

amatørmusikere. Blant fiolinlærerne ved skolen har kolleger til en viss grad tatt på seg tilfeldige vikaroppgaver, men kun i begrenset omfang. For i det hele tatt å få til en vikarløsning, har undervisningen ofte vært omorganisert. Det vil si at undervisningen har blitt flyttet til andre tidspunkter. Slik flytting fører til at en del elever ikke har anledning til å møte.

I tilfeller hvor vikar ikke kan skaffes, må undervisningen kanselleres.

Fordi kulturskolen har hatt relativt stort behov for fiolinvikarer de siste årene, har skolen god oversikt over tilgjengelige vikarer på fiolin.

A har mye individuell undervisning. Den enkelte elev har stort sett 20-30 minutter undervisning hver per uke. Med så lite undervisningstid per undervisning og med undervisning kun en gang per uke, anses det som særlig viktig å følge opp undervisningen for elevene. A har hatt mye fravær de siste tre årene, og elever og foresatte har klaget på for lite kontinuitet i undervisningen. Resultatet har vært at noen elever har bedt om å få en annen lærer, og noen elever har sluttet. Flere nye elever har bedt om ikke å få A som lærer. Til tross for at han er en god lærer, er manglende kontinuitet et problem i forhold til rekruttering av nye elever.

Foresatte og elever har meldt fra om tilfeller hvor A har avlyst/omrokkert undervisning, uten at dette har vært godkjent av arbeidsgiver. Videre hadde A ureglementert fravær ved nyttår og han møtte ikke på arbeid etter jul. Forholdet medførte en muntlig advarsel fra arbeidsgiver i form av tjenestelig tilrettevisning.

A har som nevnt en stillingsandel på 15 prosent i B symfoniorkester. Orkesteret har nå sagt at de vurderer å frigjøre de ressurser de bruker på A og heller benytte ressursene på annen måte. Årsaken er at A deltakelse i orkesteret de siste årene har vært meget usikker og ustabil. I denne forbindelse har kulturskolen hatt begrensede muligheter til å sette inn vikar for ham.

Det er en kjennsgjerning at A har hatt mye sykefravær, men verken dette forholdet eller spørsmålet om videreutdanningens relevans i forhold til A arbeid ved kulturskolen har hatt betydning for arbeidsgivers vurdering av permisjonssøknaden. Eventuell lønnsøkning for A etter endt videreutdanning har heller ikke vært tillagt vekt.

Dersom A kun deltar på de obligatoriske samlingene vil permisjonen begrense seg til sju uker i studieåret 2008/2009. Men vikarsituasjonen har uansett ikke endret seg etter at permisjonssøknaden ble avslått i juni 2008, og selv et fravær på sju uker vil være vanskelig å håndtere for arbeidsgiver.

Skolen er riktig nok kjent med at det trolig flytter en fiolinist til byen i løpet av september, men på grunn av manglende norskkunnskaper vil det ta tid før vedkommende eventuelt kan benyttes som vikar i kulturskoleundervisningen. I denne forbindelse anføres at det er arbeidsgiver som foretar tilsettinger i kraft av styringsretten, og at det per i dag ikke er avklart om vedkommende vil være kvalifisert som vikar.

Som eneste fiolinist i 100 prosent stilling som musikk- og kulturskolelærer ved B kulturskole har A en viktig og sentral posisjon ved strykeseksjonen. Tilstedeværelse er viktig, ikke minst ved planlegging og gjennomføring av felles oppgaver/prosjekter i forhold til øvrige seksjoner ved kulturskolen samt skolen som helhet.

Som tjenestetilbyder er kulturskolen avhengig av at elever og det frivillige organisasjonslivet mv ønsker å benytte seg av skolens tjenester. Kvalitet, kompetanse og stabilitet er viktige faktorer i denne sammenheng.

Strykeseksjonen er sårbar, og det har kommet signaler fra elever og brukere om at seksjonens tjenestetilbud ikke lenger er attraktivt. Det synes klart at ustabilitet i tilbudet er noe av årsaken, og da knyttet til A. For arbeidsgiver har dette momentet veid tyngst ved vurderingen av A permisjonssøknad. På bakgrunn av nevnte signaler fra elever og brukere vil det svekke grunnlaget for å opprettholde en hel stilling på A fagfelt dersom skolen legger til rette for en situasjon som vil innebære flere ukers permisjonsfravær det kommende skoleåret.

For øvrig bemerkes at permisjonssøknaden først ble forelagt arbeidsgiver 2. juni 2008, og at A på forhånd ikke hadde orientert arbeidsgiver om sine permisjonsplaner. Forholdet har ikke vært utslagsgivende for arbeidsgivers avslag, men det har gitt arbeidsgiver mindre tid til å planlegge videre drift av tjenesten på en forsvarlig måte.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Arbeidsmiljøloven § 12-14 fastsetter at tvist om rett til permisjon etter kapittel 12, herunder rett til utdanningspermisjon, avgjøres av tvisteløsningsnemnda. Frist for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda er senest fire uker etter at arbeidsgivers svarfrist etter arbeidsmiljøloven § 12-11 femte ledd er utløpt, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 første ledd. Dato for arbeidsgivers avslag er 5. juni 2008. Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 17. juni 2008 fra advokatfirmaet Garmann & Opdahl v/ advokat Christian Garmann.

På denne bakgrunn er tvisten rettidig innbrakt.

Arbeidsmiljøloven § 12-11 første ledd gir arbeidstakere som har vært i arbeidslivet i minst tre år og som har vært tilsatt hos arbeidsgiveren de siste to år, rett til hel og delvis permisjon i inntil tre år for å delta i organiserte utdanningstilbud. Utgangspunktet i henhold til Ot prp 68 (1998-99) kapittel 5.1.3, er at arbeidstakeren faktisk må ha utført arbeid i hele opptjeningsperioden hos den aktuelle arbeidsgiver.

Departementet vurderte det imidlertid slik at perioder med fravær på annet lovfestet grunnlag ikke burde stenge for retten til utdanningspermisjon. Det er derfor kun fravær på annet lovfestet grunnlag som kan åpne for unntak fra hovedregelen om faktisk arbeid i ovennevnte toårsperiode.

Retten tilkommer alle arbeidstakere, uavhengig av alder, stillingsandel, tilsettingsform, type arbeidsgiver og størrelse på virksomhet.

I henhold til lovens forarbeider er det ikke et vilkår for utdanningspermisjon at utdanningen er relevant eller nødvendig i forhold til det arbeid som arbeidstakeren utfører i dag. Således er det mulig å ta permisjon for å utdanne seg til et helt annet yrke.

Formålet med bestemmelsen er å møte behovet for økt kompetanse og økt omstillingsevne i arbeidslivet generelt, ikke først og fremst i den enkelte virksomhet. Utdanningen det søkes om permisjon til må imidlertid være yrkesrelatert. Dette omfatter alle typer arbeidsmarkedsrelevant etter- og videreutdanning.

Slik saken er opplyst legger tvisteløsningsnemnda til grunn at A oppfyller nevnte inngangsvilkår for rett til utdanningspermisjon.

Utdanningspermisjon kan ikke kreves når det vil være til hinder for arbeidsgivers forsvarlige planlegging av drift og personaldisponeringer, jf arbeidsmiljøloven § 12-11 andre ledd. Dette er et aktuelt spørsmål i foreliggende sak. Nemnda må således ta stilling til om det vil være til hinder for B kulturskoles forsvarlige planlegging av drift og personaldisponeringer å innvilge A utdanningspermisjon.

Prinsipalt har A bedt om 14 uker permisjon, og subsidært 7 uker.

Hvorvidt utdanningspermisjon i 14 eller 7 uker vil være til hinder for B kulturskoles forsvarlige planlegging av drift og personaldisponeringer, vil i henhold til lovens forarbeider vil bero på en konkret, helhetlig avveining av partenes interesser. En rekke momenter vil være av betydning, herunder arbeidstakerens stilling, virksomhetens størrelse, permisjonens varighet, annet fravær i virksomheten og virksomhetens muligheter til å redusere ulempene.

Et flertall i nemnda (leder Hanne Bjurstrøm, Elisabeth Lea Strøm, Karl Inge Rotmo og Hilde Løkholm) har kommet til at det er grunnlag for å innvilge A 7 uker utdanningspermisjon.

Flertallet vurderer saken slik:

Hovedinnvendingen fra arbeidsgiver er at A har vært ustabil arbeidskraft og at dette har ført til manglende kontinuitet i undervisningen, samt en ustabil situasjon i forhold til symfoniorkesteret hvor A har en liten stillingsandel. Ifølge arbeidsgiver har ustabiliteten hatt skadevirkninger i forhold til elever og andre som benytter seg av kulturskolens tjenestetilbud på dette området. Arbeidsgiver anfører at vikarsituasjonen er vanskelig, og at den manglende kontinuiteten uansett vil vedvare dersom kulturskolen skal være avhengig av å kunne skaffe vikar under en eventuell permisjon for A.

Etter flertallets vurdering kan ikke kulturskolens interesse i å nekte A permisjon veie så tungt at han helt kan nektes permisjon. Flertallet finner i denne sammenheng ikke grunnlag for å kunne legge avgjørende vekt på kulturskolens anførsel om at en eventuell vikar for A i seg selv vil være uheldig ut fra kontinuitetshensyn. Ut fra de opplysninger som kulturskolen selv har gitt om vikarsituasjonen, legger flertallet til grunn at det stort sett vil være mulig å skaffe vikar for A i form av eldre elever, amatørmusikere og de andre fiolinlærerne ved skolen. Dessuten er det fremlagt opplysninger for nemnda om at det kan være en viss mulighet for å kunne benytte en nyinnflyttet fiolinpedagog som vikar.

Videre vil flertallet bemerke at det dreier seg om en forholdsvis kortvarig permisjon på til sammen 7 uker, samt at A selv har åpnet for at permisjonen kan reduseres fra 14 uker til 7 uker.

Mindretallet - Øyvind Gjeldstad - anser at ulempene for arbeidsgiver ved å innvilge utdanningspermisjon for A er så tungveieende at han ikke kan innvilge permisjon i det hele tatt.

Mindretallet vurderer saken slik:

Det har fremkommet opplysninger om at fiolinisttilbudet ved kulturskolen er svært sårbart, og at det kan være en nærliggende risiko for at elevene ikke vil få et tilfredsstillende tjenestetilbud dersom A innvilges permisjon. Undervisningssituasjonen er allerede anstrengt og på grensen av hva som kan aksepteres, og det er grunn til å tro at en innvilgelse av permisjon for A vil forverre situasjonen.

Situasjonen i forhold til symfoniorkesteret er også anstrengt per i dag og også denne situasjonen kan bli forverret. Konsekvensen kan bli at kommunen kan miste noe av inntektsgrunnlaget for å drive musikkskolen.

Mindretallet kan på denne bakgrunn ikke se at det er grunnlag for å innvilge permisjon til A.

Konklusjon

A innvilges utdanningspermisjon i 7 uker.

Tvisteløsningsnemnda

Hanne Inger Bjurstrøm
leder

Oslo, 8. oktober 2008

Til orientering

Tvist om rett til utdanningspermisjon 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.