

VEDTAK NR 51/08 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag den 2. desember 2008 i departementsbygningen i Akersgata 59, Oslo.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder (vara for Hanne Inger Bjurstrøm)
Anette Barlinn, LO (vara for Karl Inge Rotmo)
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Bente Tandberg, HK
Mette Persson, HSH

Saken gjelder

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

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er ansatt i 100 % stilling som fotograf hos B. B har en studioleder og 4 fotografer som er fast ansatt. I tillegg er 5-6 fotografer tilgjengelige for studioet på freelance-basis. Det legges opp til at 1-2 fotografer er på jobb til enhver tid.

A skulle tilbake i arbeid etter foreldrepermisjon den 1. august 2008, og har siden mai 2008 hatt samtaler og korrespondanse per e-post for å finne frem til en løsning angående tilrettelegging av arbeidstiden.

I en e-post til studioleder den 21. mai 2008 søkte A om tilpasning av turnus. Bakgrunnen for søknaden var at hun måtte hente og levere datteren i barnehage. Hun ønsket å jobbe noen dager sent og resten tidlig samt ikke å ha fri hver mandag. Hun fikk svar på e-posten den 13. juni 2008 med svar om at det ikke var mulig å tilpasse en turnus spesielt til henne. Bakgrunnen for dette var at timene mellom klokken 15 og 17 er ganske lønnsomme, og at arbeid tidligere på dagen ikke vil kunne erstatte fraværet disse timene. Studioleder viste til aktuell turnus dersom hun skal tilbake i 100 % stilling, og ba henne svare på dette.

A søkte i e-post av 26. august 2008 om permisjon til den 1. oktober 2008, da hun håpet de skulle bli enige om en tilrettelegging innen den tid. I e-post samme dag opprettholdt studioleder avslaget og viste til at ingenting har endret seg siden 13. juni. Permisjonen er senere forlenget ut året.

A tok kontakt med Handel og kontor i Norge (HK) for bistand i saken. HK skrev et brev til virksomheten den 25. august 2008 med henvisning til tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 4-1 tredje ledd. Driftssjef i B besvarte brevet fra HK (i e-post den 28. august, ettersendt per brev den 2. september), og ga en nærmere begrunnelse for avslaget.

HK tilskrev også Likestillings- og diskrimineringsombudet den 5. september 2008. HK fikk tilbakemelding den 15. september 2008 om at saken ikke falt inn under likestillingslovens anvendelsesområde, og at arbeidsmiljøloven § 4-1 heller ikke syntes å være relevant. Ombudet viste deretter til § 10-2 og tvisteløsningsnemnda.

A skisserte et nytt forslag til tilrettelegging av arbeidstiden i e-post av 25. september 2008. Dette ble avslått i e-post av 29. september 2008 med henvisning til tidligere begrunnelser.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev fra HK datert og stemplet 26. september 2008.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises i denne forbindelse til brev av 31. oktober 2008 fra B, samt brev av 6. og 30. oktober samt 21. november 2008 fra HK.

Arbeidstakers anførsler

HK anfører på vegne av A at saken er fremmet i tide, og at det ikke ville medføre vesentlige ulemper for arbeidsgiver å innvilge hennes søknad om fleksibel arbeidstid. Det anføres i det vesentligste:

E-posten datert 13. juni 2008 oppfattes ikke som et endelig avslag da arbeidstaker var i dialog med arbeidsgiver over tid. Det ble også oppfattet slik at endelig avslag ville komme fra driftsjefen.

Subsidiært anføres at A e-post av 25. september var en ny søknad med andre og mer konkretiserte tider enn i tidligere søknad. E-posten fra driftssjefen datert 29. september oppfattes dermed som et endelig avslag på denne søknaden.

A har behov for fleksibel arbeidstid for å få hentet datteren i barnehagen som ligger i nærheten av hjemmet. Det anføres at B ikke har vært villig til dialog, verken med arbeidstaker eller HK, for å komme frem til en omforent løsning. Små endringer i arbeidsplanen har vært gjort tidligere, og ville gjort situasjonen enklere for A. Hun har også åpnet for muligheten til å redusere arbeidstiden noe i en periode som en del av løsningen. Hun har også stilt seg åpen for andre arbeidsoppgaver for å få dette til.

Det er satt opp en vaktliste som alle må følge uansett helse- eller livssituasjon. Eventuelle hull i vaktlista fylles opp av freelancefotografer. Disse er ikke vanskelige å få tak i da det er meget få ledige stillinger for fotografer i markedet. Det anføres videre at de søm ønsker tilrettelegging må kunne forvente en individuell behandling av søknaden. Slike behov oppstår i begrensede perioder for flere typer arbeidstakere, men alle vil ikke ha behov for tilrettelegging av arbeidstiden samtidig.

Virksomheten har tilrettelagt for småbarnsforeldre tidligere. Blant annet en person i samme studio som arbeidet fast to dager tidligvakt og tre dager seinvakt. Arbeidsplanen har i tillegg blitt endret flere ganger de siste årene. Det er fullt mulig å tilrettelegge og samtidig ivareta kollegers ønsker om arbeidstid. Forutsetningen er at det er vilje hos bedriftens ledelse til å finne en felles løsning.

Arbeidsgivers anførsler

B hevder fortrinnsvis at saken er for sent fremsatt, subsidiært at det ville medføre vesentlige ulemper for virksomheten å innvilge A søknad om fleksibel arbeidstid. Det anføres i det vesentligste:

Avslaget den 13. juni var endelig og åpnet ikke for noen videre behandling av spørsmålet. Arbeidsgivers brev til HK, sendt per e-post til C den 29. august, inneholdt kun ytterligere begrunnelser for det avslaget som allerede var gitt.

Kundekretsen, som stort sett består av familier, ønsker å komme til fotografering etter endt arbeids- og skoledag. Å hente barn ut fra skole og barnehage, samt at mor og far tar fri i flere timer fra jobb for å komme til fotografering, fungerer ikke i særlig grad.

Virksomheten kunne gjerne ha tenkt seg at alle ansatte kunne jobbet tilnærmet 8 til 16, men kundene krever noe helt annet. Det er ikke mulig å redusere antall fotografer på ettermiddag og kveld. Det er stor forståelse for arbeidstakers ønske om tilpasset arbeidstid, men hensynet til driften og de øvrige ansatte gjør ikke dette mulig å få til. Arbeidstaker ønsker å behandle alle likt og rettferdig, noe som ikke vil være mulig hvis man skulle tilrettelegge kun for enkelte og ikke alle som ønsker det.

De ansatte går i en turnus, der tidlig- og seinvakter samt lørdager er jevnt fordelt mellom de ansatte. En endring i tråd med A ønsker ville medføre at kollegene måtte ta flere ubekvemme vakter. Dette ville ikke være god personalpolitikk. Siden oppstarten for fem år siden har arbeidstakerne hatt tilnærmet samme turnus. At noen skal ha flere ubekvemvakter enn andre, ville medføre at virksomheten ble lite attraktiv som arbeidsgiver.

Mellom 80-90 % av de ansatte i studioene er kvinner. Hvis arbeidstiden skulle legges til rette for alle som ønsket det, ville dette medføre store problemer for virksomheten. Arbeidsgiver ville få problemer med å skaffe ansatte til å arbeide til ubekvemme tider, og dermed ville de få problemer med å få kabalen til å gå opp. Noe som igjen ville gå ut over kundene og dermed virksomhetens eksistens.

Andre ansatte som har søkt om tilrettelagt/fleksibel arbeidstid har også fått avslag av samme grunner.

Tvistløsningsnemndas merknader

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til fleksibel arbeidstid kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda innen fire uker etter at arbeidsgiver avslo krav fra arbeidstaker, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd.

Nemnda har funnet det vanskelig å stilling til når endelig avslag er gitt. Arbeidsgiver anfører at endelig avslag ble gitt den 13. juni 2008, mens HK hevder at det var en løpende dialog med arbeidsgiver, og at endelig avslag ikke ble gitt før i e-post av 29. september 2008. Subsidiært har arbeidstaker anført at hun fremmet en ny søknad i e-post av 25. september 2008, og at denne ble avslått 29. september.

Ut fra sakens opplysninger legger tvisteløsningsnemnda til grunn at det har vært en løpende dialog mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Arbeidstakers første henvendelse til arbeidsgiver 21.5.2008 var så vag og uformell at den vanskelig kan ses på som et krav om fleksibel arbeidstid etter § 10-2. Arbeidsgivers svar på denne ved e-post av 13. juni der det ble gitt uttrykk for at det ville bli vanskelig å finne en spesialtilpasset løsning for A, kan da heller ikke regnes som et formelt avslag som utløste fristen for å fremme tvist for nemnda. Saken anses dermed rettidig innbrakt.

Arbeidsmiljøloven § 10-2 tredje ledd fastsetter en rett til fleksibel arbeidstid for alle arbeidstakere, dersom dette kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten. Bestemmelsens formål er å gi arbeidstakere mulighet til å tilpasse arbeidstiden til den enkeltes livssituasjon og behov.

Arbeidsmiljøloven har ingen definisjon av begrepet fleksibel arbeidstid. Av forarbeidene til § 10-2 tredje ledd (Ot. prp. 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 også være en avtale om gjennomsnittsberegning som gjør det mulig for arbeidstaker å arbeide mer i deler av året, for å ha tilsvarende mer fri i andre perioder. Begrepet fleksibel arbeidstid omfatter imidlertid også andre former for fleksibilitet i tilknytning til arbeidstiden.

Nemndas flertall, Harborg, Strøm og Persson, finner imidlertid at begrepet ”fleksibel arbeidstid” ikke kan strekkes så langt at det gir krav på fritak fra en ellers gjeldende turnusordning. Dette følger etter flertallets syn allerede av ordlyden. Det er 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 den måten der, 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. Flertallet bemerker også at tvisteløsningsnemnda i tidligere saker (sak nr 03/07, 23/07, 26/07, 28/08 og 31/08) har lagt til grunn at bestemmelsen om fleksibel arbeidstid i arbeidsmiljøloven § 10-2 tredje ledd ikke kan forstås slik at den gir krav på fritak fra skift- eller turnusordninger.

Mindretallet, medlemmene Barlinn og Tandberg, har kommet til at det fremsatte kravet hører inn under aml § 10-2 nr 3, og at tvisteløsningsnemnda har kompetanse til å behandle saken.

Mindretallet begrunner sitt standpunkt slik:

A søker om tilpasning av turnus. Hun ønsker å jobbe noen dager sent og andre dager slutte tidlig, slik at hun noen av ukens dager kan hente og levere datter i barnehage. Hun henstiller til arbeidsgiver om at partene skal kunne bli enige om en tilrettelegging.

Ifølge forarbeidene til aml § 10-2 tredje ledd er det et sentralt hensyn at arbeidstakere skal få økt mulighet til selv å bestemme når arbeidstiden skal legges. På side 169 i Ot prp nr 49 (2004-2005) fremgår at departementet ”foreslår formuleringen *fleksibel arbeidstid fordi det er viktig å fange opp andre former for fleksibilitet enn det som omfattes direkte av begrepet fleksitid. Det vil være opp til partene lokalt å komme frem til enighet om hva som i det enkelte tilfelle er fleksibel arbeidstid.*”

Dette medlem er enig med flertallet i at særvilkår for fritak fra nattarbeid, men ikke for fleksibel arbeidstid, kan virke lite samordnet. På den annen side har det formodningen mot seg at lovgiver har ment å utelukke alle som er ansatt i bedrifter med skift- eller turnusordninger fra bestemmelsen om fleksibel arbeidstid uten at dette overhodet er nevnt i forarbeidene.

For arbeidsgivere vil fleksibilitet først og fremst handle om mulighet til å tilpasse arbeidstiden til virksomhetens aktivitet. Lovgiver har derfor fastsatt at den fleksible arbeidstid eventuelt må kunne gjennomføres "uten vesentlig ulempe" for arbeidsgiver. Innenfor disse rammer synes lovgiver å legge opp til at partene lokalt skal prøve å finne frem til løsninger.

På side 316 i Ot prp nr 49 heter det at *"Fleksibel arbeidstid innebærer en mulighet for arbeidstaker til å få arbeidstiden tilpasset sine behov. Det nærmer innholdet i "fleksibel arbeidstid" er ikke definert. Det vil være opp til arbeidsgiver og arbeidstaker i fellesskap å finne frem til løsninger som ivaretar arbeidstakers ønsker og behov, samtidig som de oppfyller kravet om "uten vesentlig ulempe" for virksomheten."*

Det er på det rene at det ofte vil være vanskelig å gjøre individuelle avtaler i skift- og turnusbedrifter, men det er ikke et argument for at bestemmelsen ikke får anvendelse.

Mindretallet vil for øvrig vise til mindretallets begrunnelse i bl a sak 03/07 og 31/08.

Da flertallets standpunkt innebærer at arbeidstaker uansett ikke får medhold, finner medlemmet Barlinn det ikke hensiktsmessig å gå inn på realiteten i saken.

Medlemmet Tandberg vil i tillegg bemerke at bedriften er bundet av tariffavtale (Landsoverenskomsten HK-HSH) med Handel og Kontor. I § 2-12-13-1, første avsnitt står det følgende: "Hvis det innfor den daglig arbeidstidsramme innføres 2-dag skift, som verken går lørdag aften eller i helligdagsdøgnet, skal den ukentlige arbeidstiden være 36.5 timer i uken."

Slik medlemmet ser arbeidstidsordningen for A, kan hun ikke se at hun er omfattet av type skiftordning. At bedriften kaller dette skift, kan nok forstås ut i fra at man har faste dager/kveldsvakter. Dette er en arbeidstidsordning som er innenfor bedriftens åpningstidsramme, og med overføringsverdi til øvrige bedrifter innen for servicenæringen, ganske vanlig. Dette er en arbeidstidsordning som rullerer, og i dette tilfellet kalles det turnus. Arbeidstidsplaner forutsettes rullere på årsbasis, men kan endres med 4 ukers varsel.

Medlemmet Tandberg kan ikke ut i fra ovennevnte se at bedriften kan påberope seg verken skiftplansbegrepet, uten at man kompenserer for det i form av lønn og redusert tid, ei heller at man er av en slik karakter at man ikke kan endre oppsatt arbeidstid og rullere mer i form av dag/ kveld samme uke. Dette mener medlemmet er å problematisere en arbeidstidsordning og innskrenke forståelsen av hvorvidt man i slike bedrifter har rett til å søke om fleksibel arbeidstid.

Medlemmet Tandberg mener at A har rett til å søke om fleksibel arbeidstid, siden hun ikke kommer innunder skiftordning i tariffavtalens bestemmelser, og bedriften har for så vidt mange ansatte slik at omrokkinger i arbeidstidsordningen ikke bør være av en vesentlig ulempe å få til.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 22.12.2008

Til orientering

Tvist om rett til fleksibel 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.