

VEDTAK NR 83/09 I TVISTELØYSINGSNEMNDA

Tvisteløysingsnemnda heldt møte tysdag den 20. oktober 2009 i Arbeidstilsynets lokalar, Torvet 5, Lillestrøm.

Ved behandlinga av saken var tvisteløysingsnemnda satt saman slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leiar
Karen Sophie Steen, varamedlem LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnemnde medlemmer

Astrid Merethe Svele, HSH
Bente Tandberg, Handel og Kontor

Saka gjeld

Tvist om rett til delvis permisjon etter arbeidsmiljølova § 12-6

Arbeidstakar

A

Arbeidsgivar

B

Det vart treffe slikt vedtak:

Saksframstilling

A er fast tilsett som resepsjonsmedarbeidar og treningsveileder og gruppetreningstimar hos B. Ho skal avvikle 36 veker med foreldrepermisjon i perioden 25. juni 2009 til 24. juni 2010. Ho ynskjer gradert arbeid i denne perioden, og har fått avslag på sin søknad om korleis arbeidet skal gjennomførast i perioden 1. oktober 2009 til 31. desember 2009. I denne perioden ynskjer ho å arbeide 9 timar per veke.

11. juni 2009 varsla A om at ho ynskja å ta ut foreldrepermisjonen som delvis permisjon. Ho ville kome tilbake til gjennomføringa på eit seinare tidspunkt, då ho syntest det var vanskeleg å sjå føre seg kva som let seg gjennomføre.

15. juni 2009 bad arbeidsgivar om ei skriftleg tilbakemelding på kor mange ukar ho ynskjer å ta permisjon innan 30. juni 2009 og kva for datoar ho ynskjer å jobbe innan 1. august 2008. Dette for at arbeidsplanen skulle være klar innan 1. september 2009.

A svarte i brev 30. juni 2009 at ho ville ta 36 veker permisjon og at ho ville gje skriftleg tilbakemelding på sine ynskjer for det graderte uttaket i god tid før det skal starte. B bad i brev 1. juli 2009 om tilbakemelding innan 1. august 2009.

A gjekk ut i svangerskapspermisjon 25. juni. Termin var 16. juli. A fødte først den 29. juli.

6. august 2009 gir A skriftleg tilbakemelding om at ho ynskjer å arbeide måndagar frå 16.30 til 20.00 og onsdagar frå 16.30 til 22.00. Ho gav ikkje tilbakemelding innan 1. august grunna fødsel og uvanta komplikasjonar under fødsel, samt langt sjukehusopphald i etterkant. Arbeidsgivar svarte i brev 24. august 2009 at dei hadde satt opp arbeidslista og difor ikkje hadde ledige vakter i resepsjonen til henne. Dei tilbyr henne å arbeide med treningsveiledning måndagar frå 5. oktober til 16. november 2009 frå 17.00 til 19.00, og ber om skriftleg tilbakemelding innan 3. september 2009.

2. september 2009 bad A om skriftleg dokumentasjon av vesentlege ulempar. Ho aksepterte tilbodet om vaktar inntil ei eventuell anna løysing, men opprettheldt sitt krav om delvis permisjon som fremma den 6. august 2009.

B svarte i brev 7. september 2009 at dei måtte sette ein frist for tilbakemelding av omsyn til andre tilsette og behovet for planlegging og føreseieleg drift. A svarar i brev 17. september 2009 at ho heile tida har sagt at ho ikkje kan svara innan den oppsette fristen og ber igjen om ei grunngjeving frå arbeidsgivar for kvifor ho ikkje kan få permisjon som ønska.

Saka vart brakt inn for tvisteløysingsnemnda ved e-post av 10. september 2009. Overfor nemnda har begge partane fått kome med ytterlegare opplysingar og grunngjevingar i saka.

Det ligg føre følgjande dokument frå A:

- e-post av 10. september 2009 med vedlegg
- e-post av 28. september 2009 med vedlegg
- e-post av 9. oktober 2009

Det ligg føre følgjande dokument frå advokatfirmaet X:

- brev av 28. september 2009

Utsegn frå arbeidstakar

A gjer gjeldande at ho har rett til gradert permisjon i tråd med sin søknad, og fører i det vesentlege fram:

Arbeidsgivar har ikkje dokumentert ei vesentleg ulempe og A har difor krav på delvis permisjon slik ho har søkt om. Ho meiner at B etter lova er pliktig til å legge til rette for at ho i tidsrommet 25. juni 2009 til 26. juni 2010 skal kunne arbeide det ho ynskjer av sine faste oppsette arbeidstider til den tid ho ynskjer å arbeide. Dette skal baserast på ei avtale, og ho meiner difor at arbeidsgivar ikkje kan gje andre tilsette hennar faste arbeidstider før dette er avklart. Dei har sjølv satt seg i denne situasjonen ved å ikkje avvente hennar tilbakemelding før dei ga vaktene til nokon andre.

Det er lovas tidsfristar som gjeld framfør dei fristane arbeidsgivar har sett. Ho har og heile tida gjort arbeidsgivar merksam på at ho ikkje kunne gje tilbakemelding innan fristen som vart sett. Ho fører og fram at arbeidsgivar har hatt forståing for at ho ikkje kunne setje opp ei detaljert plan før barnet var fødd, og at ho munnleg har fått innfridd sin søknad, men at det så vart trekt tilbake skriftleg. Ho har levert sine ynskjer om permisjon i god tid før permisjonen skulle ta til (8,5 veker) og ein månad før arbeidsplanen skulle ta til å gjelde. Arbeidsplanen vart og utlevert dagen før ho gav tilbakemelding til arbeidsgivar. Dei valde sjølv å ikkje ringe henne før dei ferdigstilte arbeidsplanen.

B har ikkje vist vilje til å kome fram til ei god løysing og dei har ikkje vore fleksible. Dei har tilbydd henne 14 timars arbeid i perioden 1. oktober til 31. desember mot hennar ønske om 117. Ho før fram at B kan flytte på hennar faste treningsrettleingstimar til dei dagane ho ynskjer å arbeide, og slik innfri hennar søknad utan dei store omveltingane på vaktlistene.

Det skapar også problem for fars arbeidsgivar og planlegginga av den vidare permisjonen etter nyttår som og vil bli påverka av den omtvista perioden.

Utsegn frå arbeidsgivar

X gjer på vegne av B gjeldande at det er umogleg å innfri arbeidstakars ynskje om delvis permisjon på grunn av sein tilbakemelding, og fører i det vesentlege fram:

Ei ordning med delvis permisjon skal vere basert på ei avtale mellom arbeidsgivar og arbeidstakar, og avtalerettslege prinsipp derfor må leggest til grunn. Det er ikkje gitt aksept innan fristen arbeidsgivar satt i sitt tilbod, noko som inneber at arbeidsgivar ikkje er bunden av sitt tilbod.

Arbeidsgivar har vist vilje til fleksibilitet og kompromiss og forsøkt å kome arbeidstakar i møte, men dei hadde behov for å setje opp vaktliste for hausten. At A ikkje ga tilbakemelding innan fristen gjer det til ei vesentleg ulempe for arbeidsgivar, då dei for å innfri A sine krav må gjere om på bindande avtalar som er gjorde med andre arbeidstakarar.

Dei kan heller ikkje auke bemanninga utan at det er behov for det på grunn av den økonomiske situasjonen.

Twisteløysingsnemndas merknader

Arbeidsmiljøloven § 12-14 fastsetter at tvist om rett til permisjon etter kapittel 12, blant anna rett til foreldrepermisjon og rett til delvis permisjon etter §§ 12-5 og 12-6, avgjerast av tvisteløysingsnemnda.

Arbeidsmiljøloven § 12-6 gir arbeidstakar moglegheit til å ta ut permisjon etter §§ 12-2, 12-4 og 12-5 første ledd som delvis permisjon. I følgje § 12-5 første ledd har foreldra rett til permisjon i til saman tolv månader. Foreldra har uansett rett til permisjon når det ytes fødselspengar eller adopsjonspengar frå folketrygda.

Delvis permisjon er ei ordning for foreldre som ynskjer å veksle mellom arbeid og permisjon, som med redusert arbeidstid. Arbeidstakars ynskje skal oppfylles så langt dette er mogleg utan vesentlege ulempar for verksemda, og nemnda må foreta ei vurdering av om det før med seg ei vesentleg ulempe for verksemda at permisjonen gjennomføres slik arbeidstakar har søkt om. Nemnda registrerar at arbeidstakars ynskje langt på veg er samanfallende med eit tilbod framsett av arbeidsgivar i juni 2009, og at partane difor etter alt å døme er sams om at arbeidstakars ynskje utan store ulemper kunne tilpassast verksemda. Arbeidsgivar hevdar at dei fikk arbeidstakars aksept for seint, at dei relevante vaktene har blitt tilbudd andre arbeidstakarar og at arbeidstakars ynskje difor likevel ikkje kan imøtekomast utan vesentleg ulempe. Spørsmålet for nemnda er difor om det føreligg ei vesentleg ulempe fordi arbeidstakar svara på arbeidstakars tilbod først seks dagar etter utløpet av fristen arbeidsgivar hadde sett.

Nemndas fleirtal, medlemmene Harborg, Strøm, Steen og Tandberg, finn etter ei konkret vurdering at det ikkje føreligg ei vesentleg ulempe i denne saka. At arbeidsgivar sette ei frist til 1. august for svar på eit bestemt tilbod, kan ikkje medføre at arbeidstakar må finne seg i ei vesentleg forskjellig ordning som inneber at ho på det næraste ikkje vil få delvis permisjon gjennom heile hausten. Arbeidsgivar hadde samtykka i at arbeidstakar skulle ta ut 36 veker med permisjon i løpet av eit år frå juni 2009 til juni 2010, og måtte da ha ei oppfordring til å avklare korleis A ville arbeide før så godt som alle vaktar blei fordelt til andre. Ikkje minst gjaldt dette fordi arbeidsgivars frist utløp på den tida arbeidstakar skulle føde barn. Arbeidsgivar har heller ikkje vist til at det er gjort noko for å få til ei løysing etter at A ga tilbakemelding om korleis ho ønska å ta ut permisjonen.

Nemndas mindretal, medlemmen Svele, meiner etter ei konkret vurdering at arbeidsgivar har vist til ei vesentleg ulempe i denne saka, og at arbeidstakaren difor ikkje skal gis medhald. Det følgjer av Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 190, § 12-7 om varsling av permisjon; ”Departementet foreslår vidare at fristene knyttas til samlet permisjonstid. Det betyr at planlagt svangerskapspermisjon, fødselspermisjon og foreldrepermisjon legges sammen for hver arbeidstaker.” Departementets syn er også inntatt i Fougner og Holos kommentarutgave til arbeidsmiljøloven s. 527. Det er såleis ikkje tvilsamt ut frå lovens forarbeid at fristane for varsel etter § 12-7 må reknast med utgangspunkt i da arbeidstakar gjekk ut i svangerskapspermisjon 25. juni 2009. Verksemda valde likevel å gje arbeidstakar ei forlenga frist til 1. august for å komme med sine ønskjer for korleis permisjonen skulle tas ut. At det var nødvendig med svar innan 1. august vart gjenteke i to brev, høvesvis 15. juni og 1. juli. Arbeidstakar overheldt ikkje fristen, og spurde heller ikkje om å få fristen forlenga. I brevet som ho sende verksemda den 30. juni er det heller ikkje klart at ho meinte å gje verksemda melding etter fristen, sjølv om ho no hevdar dette ligg i formuleringa om at ho ville gje verksemda ”skriftleg tilbakemelding på mine ønskjer for det graderte uttaket av foreldrepengear i god tid før gradert uttak skal starte”. På dette tidspunkt var det enno ein månad til den 1. august og svar innan fristen ville vere i god tid før gradert uttak skulle starte.

Mindretalet meiner verksemda i utgangspunktet burde tatt kontakt med arbeidstakar då fristen ikkje vart følgt og før arbeidsplanane var ferdig lagt. Men i den samanheng må nemnast at arbeidstakar den 30. juli sende sms til verneombodet med informasjon om at ho fødte dagen før og at ho nå var ”sliten og trengte kvile”. Verneombodet var med å utarbeide

arbeidsplanane. Det er etter mindretallet sitt syn derfor forståeleg at verksemda vegra seg mot å kontakte arbeidstakar i samanheng med at fristen ikkje vart følgd. I denne saka har arbeidsgivar hatt eit behov for å setje opp arbeidsplanen og dei har gitt arbeidstakar lang frist for å gje tilbakemelding om kva ho ynskte seg.

Konklusjon

Arbeidstakar får medhald.

Tvisteløysingsnemnda

Henning Harborg
leiar

Lillestrøm, 22.10.2009

Til orientering:

Tvist om rett til delvis permisjon kan bringast inn for domstolane etter at tvisteløysingsnemndas avgjerd ligg føre, jf arbeidsmiljølova § 17-2 andre ledd. Nemndas konklusjon står ved lag medan saka er til behandling ved domstolane. Dersom dette vil virke urimeleg, kan retten etter krav frå en av partane fastsetje ein annan midlertidig ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolane er åtte veker regnet frå det tidspunkt tvisteløysingsnemndas avgjerd ligg føre, jf arbeidsmiljølova § 17-2 tredje ledd.