



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
30. august 2019

Vår referanse
2019/20462 2019/26463

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 101/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 28. august 2019.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Per H. Engeland, Virke
Tore Trygve Dahlstrøm, UNIO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Tonje Thue Width, NHO Service og Handel
Erling Hagen, Handel og Kontor

Saken gjelder

Tvist om rett til fleksibel arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 (3) og tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er ansatt som butikkmedarbeider i stilling på 84,5 prosent hos B, V. Etter vedtak fra Tvisteløsningsnemnda, 19/19, fikk A økt stilling fra 53,67 til 84,5 prosent.

V har 13 ansatte fordelt på 10 årsverk. Tre personer, inkludert butikksjef og assisterende butikksjef, har 100 prosent stilling. De øvrige ansatte har deltidsstillinger i størrelsesordenen 38 til 96 prosent. Butikken har åpent mandag til fredag fra kl. 07.00 til kl. 23.00, lørdager fra kl. 08.00 til kl. 21.00 og søndager fra kl. 10.00 til kl. 22.00.

A arbeidsplan over fire uker består av åtte kveldsvakter til kl. 23.15, to vakter til kl. 21.15 og to søndagsvakter til henholdsvis kl. 14.00 og kl. 22.15. Øvrige vakter er dagvakter.

Den 6. mars 2019 fremsatte A krav om fleksibel arbeidstid, jf. 10-2 (3). A ønsker fleksibel arbeidstid i form av færre eller ingen kveldsvakter og søndagsvakter på grunn av egen helse.

Arbeidsgiver avsto kravet om fleksibel arbeidstid ved brev datert 20. mars 2019.

Den 29. april 2019 ble det utlyst en stilling som butikkmedarbeider på 100 prosent, med ansvar for drikkevareavdelingen og lager, ved V. Søknadsfrist var 10. mai 2019.

Den 10. mai 2019 søkte A på 25 prosent av utlyst stilling som ansvarlig for drikkevareavdelingen og lager. A fremsatte samtidig krav om fortrinnsrett, jf. arbeidsmiljøloven § 14-3.

Arbeidsgiver avsto søknaden ved brev datert 20. mai 2019 og ga samtidig tilbud om 100 prosent stilling med ansvar for tobakk, tipping, godteri, legemidler og nikotintyggegummi. A mottok avslaget/tilbudet samme dag og har takket nei til tilbudet. Det er ansatt en intern søker i den omtvistede stillingen.

Saken om rett til fleksibel arbeidstid ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 12. april 2019.

Saken om fortrinnsrett for deltidsansatt ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 19. juni 2019.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 12. april 2019
- e-post av 24. april 2019
- e-post av 23. mai 2019
- to e-poster av 13. juni 2019
- e-post av 14. juni 2019
- e-post av 19. juni 2019

- e-post av 1. juli 2019
- e-post av 10. juli 2019
- e-post av 23. juli 2019 med vedlegg
- e-post av 20. august 2019 med vedlegg
- e-post av 21. august 2019 med vedlegg
- e-post av 26. august 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 20. mai 2019 med vedlegg
- e-post av 4. juni 2019 med vedlegg
- e-post av 25. juni 2019
- e-post av 28. juni 2019
- brev datert 9. august 2019
- e-post av 16. august 2019 med vedlegg
- e-post av 23 august 2019 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

Vedrørende kravet om fleksibel arbeidstid

A anfører i det vesentligste at han har rett til fleksibel arbeidstid som omsøkt og at dette ikke vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. En kombinasjon med mange seinvakter medfører at han får uregelmessig døgnrytme og flere migreneanfall. Migreneanfallene trigges også av psykiske belastninger.

A avslo tilbudet fra arbeidsgiver om 100 prosent stilling da stillingen innebar for mange uregelmessige vakter.

Vedrørende kravet om fortrinnsrett

A anfører i det vesentligste at han er kvalifisert for stillingen og har fortrinnsrett til 25 prosent av den omtvistede stilling. Stillingen innehar mange av de arbeidsoppgavene A utfører i sin nåværende stilling. A har også kunnskap om bestilling av varer. Det er ikke riktig at han ikke ønsker ansvaret som følger med drikkevarestillingen. Drikkevarestillingen er en stilling med mindre tunge løft, ettersom man kan kjøre paller ved hjelp av jekke-tralle. A anfører videre at det er gjort ansettelse i nye stillinger uten at de har vært utlyst.

A krever også om at saken tas til behandling selv om han har oversett fristen for innsendelse av saken til Tvisteløsningsnemnda. Han er sykemeldt med psykiske og fysiske plager, som gjør at han ikke har hatt oversikt over fristen til Tvisteløsningsnemnda.

Arbeidsgivers anførsler

Vedrørende kravet om fleksibel arbeidstid

B anfører i det vesentligste at fleksibel arbeidstid for A ikke kan gjennomføres uten vesentlige ulemper for virksomheten og at A dermed ikke har rett til fleksibel arbeidstid. Ingen av de ansatte har fleksibel arbeidstid. Det er ikke rom for at ansatte etter egen vurdering kan velge å komme tidligere, jobbe senere eller gå tidligere hjem ettersom butikken må være bemannet til enhver tid. Arbeidsplanen er endret i tråd med reglene i

landsoverenskomsten. De som har avdelingsansvar er nødt til å arbeide dagtid for å bestille og ta imot varer. Det er ikke økonomisk rom for å ha flere ansatte på jobb på dagtid enn det de har i dag. Dersom arbeidstaker får medhold i fleksibel arbeidstid i form av en eller ingen kveldsvakter pr. uke og ingen søndager, vil dette medføre at andre ansatte med ansvarsoppgaver må flyttes fra dagvakter til kveldsvakter og søndagsvakter. Arbeidsgiver må også fylle vakter med nye deltidsansatte, som i sum gir flere små deltidsstillinger fremfor færre større stillinger. Videre vil ansatte med ansvarsoppgaver knyttet til dagvakter ikke kunne beholde disse oppgavene dersom de flyttes til kveldsvakter, fordi levering og bestilling skjer på dagtid. En deling av ansvarsområdene slik at bestilling og oppfølging m.m. fordeles på flere ansatte, vil ikke være hensiktsmessig på grunn av butikkens drift, helheten, etterspørselen fra kundene og kompetansen. Ettersom butikken allerede tilrettelegger med dagvakter for andre ansatte begrenser dette muligheten for å tilrettelegge for A.

Vedrørende kravet om fortrinnsrett

B anfører i det vesentligste at kravet er fremsatt for sent og at saken derved skal avvises. Subsidiært anføres det at den omtvistede stillingen ikke er forenelig med As helsetilstand og at han ikke er kvalifisert for stillingen. Arbeidsgiver anfører også at stillingen ikke kan deles opp slik at A får 25 prosent av den utlyste stillingen. For å få en rasjonell og effektiv drift må ansvaret ligge på en person i 100 prosent stilling. Stillingen er besatt av en intern søker med fortrinnsrett og Tvisteløsningsnemnda kan ikke ta stilling til valget mellom flere fortrinnsberettigede.

For å imøtekomme arbeidstakers ønsker tilbød arbeidsgiver en 100 prosent stilling med særlig ansvar for tobakk, medisiner og spilltjenester og færre kveldsvakter, men fortsatt med arbeid annenhver helg. Turnusen innebar seks vakter til kl. 23.15 og to vakter til kl. 21.15 i løpet av fire uker. A avslå tilbudet. Når A avslår tilbudet medfører dette at disse oppgavene må gis til noen andre, som igjen medfører at andre ansatte tildeles flere dagvakter, hvilket igjen reduserer antall dagvakter som kan gis til A.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist om rett til fleksibel arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 tredje ledd og tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3 avgjøres av Tvisteløsningsnemnda i henhold til arbeidsmiljøloven § 10-13, § 14-3 (5) jf. § 17-2. Etter forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 er nemnda satt med leder, to faste medlemmer samt to medlemmer med særlig kunnskap om bransjen som er berørt i saken.

Vedrørende kravet om fortrinnsrett

Frist for å bringe saken inn for Tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet frem til arbeidstaker. Fristen beregnes og avbrytes etter reglene i domstolloven kapittel 8, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 4 (1).

Slik saken er opplyst legger nemnda til grunn at kravet om fortrinnsrett ble avslått i brev datert 20. mai 2019, og at arbeidstaker mottok avslaget samme dag. Fristen for å fremme

saken for Tvisteløsningsnemnda utløp dermed senest 17. juni 2019. Arbeidstaker brakte saken inn for nemnda ved e-post av 19. juni 2019.

Saken er dermed ikke rettidig innbrakt og må avvises.

Konklusjon

Tvist om fortrinnsrett avvises som for sent fremsatt.

Vedrørende kravet om rett til fleksibel arbeidstid

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 så å ha tilsvarende mer fri i andre perioder. Begrepet fleksibel arbeidstid omfatter imidlertid også andre former for fleksibilitet i tilknytning til arbeidstiden.

I tråd med nemndas vedtak 35/17 vil de fleste tilpasninger av arbeidstiden kunne omfattes av begrepet, slik at dersom den omsøkte ordningen ikke medfører en vesentlig ulempe for arbeidsgiver, vil arbeidstaker ha krav på fleksibel arbeidstid.

A ønsker ingen eller færre kveldsvakter og søndagsvakter. Nemnda mener at dette faller inn under begrepet fleksibel arbeidstid i arbeidsmiljøloven § 10-2 (3).

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. I en del typer virksomheter vil fleksibel arbeidstid vanskelig kunne la seg gjennomføre på grunn av virksomhetens art, for eksempel i tjenesteytende virksomheter, hvor de ansattes tilstedeværelse er nødvendig av hensyn til brukerne. Dersom det allerede er etablert en kollektiv arbeidstidsordning i virksomheten, vil arbeidstakers behov for en individuelt tilpasset arbeidstidsordning normalt være redusert. Flere ulike fleksible arbeidstidssystemer vil kunne sies å utgjøre en vesentlig ulempe, slik at nye systemer må tilpasses de eksisterende for å kunne være akseptable. Arbeidstaker vil imidlertid også i slike tilfeller kunne ha rett til en individuelt tilpasset arbeidstidsordning, dersom det ikke kan sies

å innebære en vesentlig ulempe for virksomheten. Der arbeidstaker har særlig tungtveiende behov, må arbeidsgiver strekke seg lenger enn ellers for å tilrettelegge for arbeidstaker.

Twisteløsningsnemnda 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 ulempene er vesentlige, vil imidlertid avhenge av en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Nemnda har delt seg i et flertall og i et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Dahlstrøm, Engeland og Width har etter en konkret vurdering kommet frem til at det vil medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver å tilpasse skiftplanen til A slik at han ikke arbeider kveldsvakter og søndagsvakter.

Flertallet har lagt vekt på at arbeidsgiver allerede har flere arbeidstakere som ikke kan arbeide kveld og at ulempene blir vesentlig dersom de må tilrettelegge arbeidstiden for en ansatt til. Butikken må være bemannet til enhver tid og de som har avdelingsansvar må jobbe dagtid for å bestille og ta imot varer. Flertallet legger til grunn at butikken ikke har økonomi til å ha flere ansatte på dagtid enn de allerede har i dag. En tilrettelegging av As arbeidsplan medfører også økt antall kveldsvakter og søndagsvakter eller endret arbeidstid for øvrige ansatte.

Flertallet har vurdert arbeidstakers behov opp mot ulempene dette medfører for arbeidsgiver, og har kommet frem til at arbeidstaker ikke kan gis medhold i sin søknad om fleksibel arbeidstid. Flertallet har forståelse for at A har behov for tilpasning av arbeidstiden på grunn av egen helse. Flertallet mener imidlertid at dette ikke veier opp for arbeidsgivers vesentlige ulemper i denne saken. Flertallet viser også til at arbeidsgiver har forsøkt å imøtekomme arbeidstakers ønsker ved å tilby økt stilling med en arbeidsplan som inneholdt færre kveldsvakter.

Flertallet har etter dette kommet til at arbeidstaker ikke har krav på fleksibel arbeidstid som omsøkt.

Nemndas mindretall, medlem Hagen, 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 virksomheten, men finner det ikke godtgjort at ulempene forbundet med dette kan anses som vesentlige i lovens forstand. Det legges vekt på at arbeidstaker har et dokumentert helsemessig behov for fleksibel arbeidstid. Mindretallet har kommet til at arbeidstaker har krav på fleksibel arbeidstid som omsøkt.

Nemnda vil avslutningsvis bemerke at Twisteløsningsnemnda ikke har kompetanse til å behandle krav om tilrettelegging av arbeidstiden i henhold til arbeidsmiljøloven § 4-6 eller eventuelle brudd på tariffavtaler.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

30. august 2019

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 (4).