

## **VEDTAK NR 93/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 30. mars 2017**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Sigrun Sagedahl, nestleder  
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne  
Øyvind Sollie, Spekter

**Særskilt oppnevnte medlemmer**

Daniel S. Billaud, POD  
Hilde Myhrer, NFF

**Saken gjelder**

Tvist om rett til fleksibel arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 (3)

**Arbeidstaker**

A

**Arbeidsgiver**

B

## **Det ble truffet slikt vedtak:**

### **Saksforhold**

A har siden oktober 2014 vært ansatt som fengselsbetjent i stilling på 100 prosent ved B, X fengsel. A er postert ved fengselets avdeling med høyt sikkerhetsnivå, og er en av 39 ansatte som arbeider i tredelt turnus.

Den 1. oktober 2016 søkte A arbeidsgiver om fleksibel arbeidstid i form av en time forskjøvet oppmøte de dagene hun har formiddagsvakter. Formiddagsvaktene starter normalt starter kl. 07.00. Søknaden var begrunnet med at hun har aleneomsorg for 3 barn som må leveres i barnehage og SFO. Barnehagen åpner kl. 07.30.

I brev av 11. oktober 2016 avslo arbeidsgiver søknaden om en time forskjøvet oppmøte, men tilbød at A i en periode kunne møte på jobb en halv time etter ordinær arbeidsstart, altså kl. 07.30.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 3. november 2016. 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 3. november 2016
- e-post av 1. januar 2017
- e-post av 25. januar 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 5. januar 2017
- brev av 13. mars 2017

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Hun har et tungtveiende behov for fleksibel arbeidstid som omsøkt. Ordningen vil ikke medføre noen vesentlig ulempe for virksomheten.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B, X fengsel anfører i det vesentligste:

Innvilgelse av fleksibel arbeidstid etter omsøkt ordning vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten. I tidsrommet fra kl. 07.30 til kl. 08.15 er det svært høy aktivitet i fengselet, der det er ekstra viktig med tilstrekkelig og kompetent bemanning. Dersom A ikke kommer på jobb før kl. 08.00, vil ansatte på nattevakt måtte pålegges å jobbe lengre. Det forutsetter lovstridig planlagt overtid. Det vises for øvrig til at fengselet tidligere har hatt oppstart av tidligvakt kl. 07.30, men at dette etter kollektive forhandlinger ble endret til kl. 07.00 fra mars 2016. Et vesentlig

argument for ordningen var at det ble for kort tid til å foreta sikkerhetsmessige vurderinger og utveksle informasjon før vekking/utlasing av de innsatte.

### **Tvistløsningsnemndas merknader**

Tvist om rett til fleksibel arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 (3) avgjøres av tvisteløsningsnemnda i henhold til arbeidsmiljøloven § 10-13, jf. § 17-2.

Arbeidsmiljøloven § 10-2 (3) 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 (3) (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 herværende sak har arbeidstaker søkt om en times forskyvning av arbeidstiden på formiddagsvakter. I vurderingen av hvorvidt ordningen omfattes av bestemmelsen, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Sagedahl, Raugland, Myhrer og Billaud, har kommet til at den aktuelle tilpasningen av turnusen må anses omfattet av begrepet «fleksibel arbeidstid»

Flertallet bemerker at nemnda i sin tidligere praksis har variert noe i sin oppfatning av hvorvidt tilpasning av skift- og turnusordninger omfattes av begrepet «fleksibel arbeidstid» i arbeidsmiljøloven § 10-2 (3). I vedtak 35/17 har nemnda derfor gitt en utførlig beskrivelse av sitt syn på forståelsen av begrepet. Flertallet finner der at 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 fremheves videre at det også er vanskelig å finne en presis definisjon av begrepet «fleksibel arbeidstid», slik at en ordning faller utenfor begrepet.

I tråd med flertallets vurdering i ovennevnte sak, finner også flertallet i denne saken at en rekke ulike 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. Flertallet vil imidlertid bemerke at det i de aller fleste tilfeller vil være forbundet med ulemper å tilpasse en turnus til enkelte arbeidstakeres

individuelle behov. Hvorvidt disse ulempene er vesentlige, vil imidlertid avhenge av en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Nemndas mindretall, medlemmet Sollie, har kommet til at denne tilpasningen av turnusen ikke innebærer fleksibel arbeidstid i § 10-2 tredje ledds forstand.

Ordningen arbeidstaker ber om gir etter mindretallets syn ingen rett til selv å avgjøre når på dagen arbeidstiden skal legges, men derimot rett til en annen arbeidstidsordning enn den ordinære skiftordningen på hennes arbeidsområde. Nemnda har i en rekke tidligere saker (se bla. sakene 28/08, 31/08 og 03/10) uttalt at § 10-2 (3) ikke gir krav på fritak fra skift- eller turnusordninger, og mindretallet finner ikke grunn til å fravike denne praksisen. Det henvises til flertallets begrunnelse i tidligere vedtak der det har vært uttalt at 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 etter mindretallets syn 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.

Med henvisning til vedtak 35/17 mener mindretallet at den foreliggende sak adskiller seg vesentlig fra den saken. Nemnda konkluderte i vedtak 35/17 at det ikke kan legges til grunn at arbeidstakere i skift, turnus eller andre arbeidstidsordninger er ment å falle utenfor fleksibel arbeidstid. Mindretallet er enig i nemndas vurdering på dette punktet. I forhold til denne saken mener imidlertid mindretallet at den etterspurte ordning, faller utenfor begrepet fleksitid. Mens det i vedtak 35/17 var bedt om en forskyvning to ganger i løpet av 3 uker, er det i denne saken bedt om en fast ordning som utgjør til sammen 41 ganger i løpet av en 24 ukers turnus. Dette mener mindretallet er en ordning som faller utenfor begrepet fleksitid og viser til tidligere uttalelser som gir uttrykk for at 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.

En samlet nemnd vil etter dette vurdere hvorvidt den omsøkte ordningen vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten 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. 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. 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.

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

ulempene øker tilsvarende. I mange tilfeller vil ulempene 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.

Slik saken er opplyst, har nemnda etter en konkret vurdering kommet til at den omsøkte ordningen med fleksibel arbeidstid vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Ulempevurderingen byr på en avveining av partenes interesser, der kravet til vesentlig ulempe må innebære et krav til kvalifisert interesseovervekt i favør av arbeidsgiver for at det skal kunne statueres unntak fra den lovbestemte retten til fleksibel arbeidstid.

Arbeidstaker har bedt om å kunne forskyve arbeidstiden sin med 1 time på vakter som begynner kl. 0700, fordi hun ellers ikke får levert barna i barnehage og SFO. Nemnda tar i den konkrete vurderingen således utgangspunkt i at arbeidstaker som aleneforsørger har et særskilt behov for fleksibilitet utover et generelt ønske om bekvemmelighet i form av en fleksibel arbeidshverdag.

Arbeidsgivers vurdering er på den annen side at det av sikkerhetsgrunner er nødvendig med full bemanning allerede fra formiddagsskiftets oppstart kl. 07.00, og at senere oppmøte for A derfor vil medføre at andre arbeidstakere må pålegges overtidsarbeid. Nemnda legger i denne sammenheng vekt på at det våren 2016 ble gjort en kollektiv evaluering av de sikkerhetsmessige ulempene forbundet med oppstart senere enn kl. 0700, og at den allmenne arbeidstidsordningen i fengselet ble endret som følge av dette.

Slik saken er opplyst finner nemnda ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurdering, og anser sikkerhetskonsynene som særlig tungtveiende. Etter en avveining av partenes interesser finner nemnda etter dette at arbeidstaker ikke har krav på fleksibel arbeidstid som omsøkt.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl  
nestleder

06.04.2017

**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 (3).