

VEDTAK NR 49/12 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 10. oktober 2012

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Anne-Lise H. Rolland, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Vår Na-Ji Grytbakk, Ahus
Irmelin Stødle, FO

Saken gjelder

Twist om rett til fritak fra nattarbeid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 (2)

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som miljøterapeut i medlevertturnus ved B. B er en døgninstitusjon for barn og ungdom med omsorgs- og adferdsvedtak.

A har vært ansatt ved virksomheten siden 2004. Grunnet helseplager som følge av nattarbeid, gikk hun fra 2005 over i en stilling der hun ikke jobbet nattevakt. Nedbemanning og omorganisering i virksomheten gjorde imidlertid at A våren 2012 så seg nødt til å akseptere en endringsoppsigelse der hun gikk inn i en stilling med full medlevertturnus inkludert nattarbeid. Medlevertturnusen består av 3 døgn på jobb etterfulgt av 7 dager fri, deretter 4 døgn på jobb etterfulgt av 7 dager fri. Vaktplanen medfører opptil 96 timer ukentlig arbeidstid. I 96-timersskiftet inngår 36 timer nattarbeid, hvorav 18 timer er hvilende vakt på arbeidsstedet.

A har fra våren 2012 fått innvilget permisjon frem til januar 2013. I brev av 16. mai 2012 søkte hun arbeidsgiver om fritak fra nattarbeid ved permisjonens utløp. Søknaden var begrunnet med at hun for tiden mottar behandling i form av legeassistert befruktning, og at dette sammenholdt med hennes tidligere helseproblemer nødvendiggjør en periode uten nattarbeid før hun etter hvert vil prøve å fungere i vanlig turnus.

Arbeidsgiver avslo søknaden i brev datert 31. mai 2012. Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 29. juni 2012.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 29. juni 2012
- brev av 13. juli 2012
- brev av 2. august 2012
- brev av 21. september 2012

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 17. juli 2012
- brev av 31. august 2012
- e-post av 1. oktober 2012

Arbeidstakers anførsler

På vegne av arbeidstaker anfører FO Østfold i det vesentligste:

Fritak fra nattarbeid for A vil ikke medføre en vesentlig ulempe for virksomheten. Det er teknisk mulig og faglig forsvarlig å organisere det omsøkte fritaket fra nattarbeid. Det kan ikke være slik at virksomheten gir sine oppdragsgivere tilbud som forutsetter at ingen av de ansatte på noe tidspunkt har behov for tilrettelegging.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Fritak for nattarbeid som omsøkt vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. B har for tiden ingen ledige stillinger som kun omfatter dagarbeid. Dersom A kun skal jobbe dagdelen av sin turnus, må det settes inn vikar på nettene. Virksomhetens faglige vurdering er at den gjeldende turnusordning der de ansatte jobber lengre sammenhengende skift gir trygghet og stabilitet for barna som brukere. Dersom skiftene skal brytes opp ved at det settes inn en egen person bare for natten, vil dette gå utover den kontinuitet barna har behov for.

Virksomheten har tidligere forsøkt å tilrettelegge ved at A kun har arbeidet dagtid, men den gang var situasjonen svært annerledes hva gjelder oppdrag, typer lederstillinger ol.

Twisteløsningsnemndas merknader

Arbeidsmiljøloven § 10-13 fastsetter at tvist om fritak fra nattarbeid avgjøres av tvisteløsningsnemnda. Arbeidsmiljøloven § 10-2 (2) oppstiller en rett til fritak fra nattarbeid for arbeidstakere som regelmessig arbeider om natten, dersom arbeidstaker har behov for det og dette kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten. Etter bestemmelsens forarbeider gjelder den ”generelle unntak fra gjeldende arbeidstidsordning og ikke sporadiske endringer”.

Ut fra sakens dokumenter finner nemnda at inngangskriteriene er oppfylt. A arbeider regelmessig om natten, og ut fra hennes beskrivelser av tidligere helseproblemer som følge av nattarbeid samt den fremlagte legeattesten, finner nemnda det tilstrekkelig dokumentert at hun av helsemessige grunner har et reelt behov for fritak fra nattarbeid.

Det avgjørende for om A har krav på fritak fra nattarbeid er derfor om fritaket kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten. Det er i utgangspunktet opp til arbeidsgiver å bevise at det er en vesentlig ulempe forbundet med å gi arbeidstakeren rett til fritak fra nattarbeid. Kravet til *vesentlig* ulempe innebærer imidlertid at det ikke er tilstrekkelig å påvise en generell **ulempe som vil oppstå ved nær sagt enhver fritaksordning**.

Ved spørsmålet om overføring fra nattarbeid til dagarbeid vil et vesentlig moment i ulempevurderingen være om det foreligger ledig dagarbeid som vedkommende er kvalifisert for i virksomheten. Videre må det også legges vekt på om arbeidsgiver av hensyn til de øvrige ansatte kan omdisponere arbeidsstokken, jf. Ot. prp. 49 kapittel 25 s. 315 flg. Regelen medfører ikke at arbeidsgiver har plikt til å opprette nye stillinger det ikke er behov for, eller si opp andre arbeidstakere for å finne plass til nattarbeideren.

Slik saken er opplyst, finner nemndas flertall, medlemmene Harborg, Strøm, Rolland og Grytbakk, at fritak fra nattarbeid for A ikke kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten.

Flertallet legger i sin vurdering vekt på at en eventuell tilrettelegging av turnus uten nattarbeid for A nødvendigvis gjør bruk av vikar på nattevaktene, og at dette vil gå utover den nødvendige kontinuitet og følelse av trygghet for institusjonens sårbare brukere. Fritak for nattarbeid vil slik flertallet ser det i dette tilfellet i realiteten også nødvendigvis gjøre at arbeidsgiver må opprette en ny stilling for arbeidstaker. Flertallet kan ikke se at arbeidsgiver er forpliktet til

det etter § 10-2 andre ledd. Nemndas flertall legger også en viss vekt på at arbeidstaker så sent som våren 2012 selv aksepterte å inngå på en turnus der nattarbeid er et uunngåelig element. Flertallet legger videre til grunn arbeidsgivers opplysninger om at det ved B for tiden ikke finnes ledige stillinger uten nattarbeid som A er kvalifisert for, og at en overføring til andre type arbeidsoppgaver dermed ikke er et alternativ.

Nemndas mindretall, medlemmet Stødle, har kommet til et annet resultat. Å drive døgnkontinuerlig med tjenester til barn med individuelle omsorgsbehov, vil slik mindretallet ser det stort sett alltid bety at arbeidsgiver må ha en viss grad av fleksibilitet i forhold til bemanning. I en døgnbemannet tjeneste vil man være avhengig av å ha et vikarbudsjet. Man kan ikke bare forlate et skift, og overlate barna til seg selv. Det vil derfor stort sett alltid være behov for å fylle opp fravær når det er definert at det er behov for døgnkontinuerlig bemanning. Dette er det som er normalt at man gjør ved fravær som skyldes, sykdom, permisjoner, kurs, videreutdanningsløp o.l.

Dersom en ansatt har behov for tilrettelegging av arbeidstiden, vil også dette naturligvis innebære en eller annen form for endring i bemanningsstrukturen, for eksempel bruk av ekstra bemanning/vikarer. Mindretallet ser derfor ikke at det å tilrettelegge for at en ansatt *i en periode* får fritak fra å utføre nattarbeid og at dette løses ved å bruke en vikar, vil kunne ansees å medføre en vesentlig ulempe for virksomheten, slik B hevder i dette tilfellet. Dersom dette anses som en vesentlig ulempe, vil dette slik mindretallet ser det i praksis kunne medføre at arbeidstakere som arbeider døgnturnus innenfor helse- og omsorgsrelaterte yrker, og som av helsemessige årsaker ikke kan fylle hele stillingen for en periode, fratas mulighetene for å benytte seg av rettigheten etter aml. § 10-2 (2).

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 18.10.2012

Til orientering:

Tvist om rett til fritak fra nattarbeid 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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).