



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
19.12. 2022

Vår referanse
2022/141

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 116/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 1. og mandag 19. desember 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Ingrid Tordis Enoksen, Unio
Andreas Dag Nilsen, KS

Særskilt oppnevnte medlemmer

Anne Cecilie Wikman Opheim, Ahus
Vibeke C. Hesselberg, Oslo Universitetssykehus

Saken gjelder

Tvist om rett til fritak fra nattarbeid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 annet ledd

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt barnepleier i 50 prosent stilling ved B, ved føde/barselavdelingen, heretter omtalt som B.

I møte med arbeidsgiver den 3. august 2022 søkte A om fritak for nattarbeid tidsbegrenset til ett eller to år. Søknaden er begrunnet med at nattarbeid er helsemessig belastende og dette er dokumentert ved legeerklæringer fra fastlegen.

A er 50 prosent ufør fra 2018, og har helseutfordringer som gjør at det er særlig vanskelig å jobbe om natten. Som følge av tilrettelegging etter aml. § 4-6, har hun fra november 2021 jobbet 7 nattevakter i stedet for 11 vakter som turnusen tilsa.

Arbeidsgiver avslo krav om fritak fra nattarbeid i referat fra møtet den 23. august 2022, underskrevet den 4. september 2022, der de begrunnet avslaget med at det ville være vesentlig ulempe for drift og personalsituasjonen ved avdelingen å innvilge henne fritak fra nattarbeid.

Føde/barsel avdelingen har 14,4 årsverk med 21 ansatte helsefagarbeidere/barnepleiere. Fire ansatte er for tiden i permisjon, og sykefraværet i avdelingen er på 6,8 prosent og ti ansatte har tilrettelegging i form av færre nattevakter. Det er tre helsefagarbeidere/barnepleiere på dagvakt, tre på aftenvakt og to på nattevakt. Dagvakten er fra klokken 7:30-15:30, 8:30-15:30, 7:30-14:30 eller 08:00 –15:30, aftenvakten er fra klokken 15:00- 22:30 og nattevakten er fra klokken 22:15 -07:45. Alle ansatte jobber i tredelt turnus over 25 eller 15 uker, og kalenderplanen skal godkjennes en måned før iverksetting av ny turnus.

As arbeidsoppgaver er å bistå/hjelpe jordmor ved fødsel, observere mor og barn etter fødsel, hjelpe/veilede mor og foreldre etter fødsel med amming, omsorg og stell av barnet i tillegg til annet nødvendig arbeid på avdelingen.

Den 16. september 2022 fremsatte A klage til Tvisteløsningsnemnda på avslag om fritak for nattarbeid.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 16. september 2022
- brev av 22. september 2022
- brev av 12. desember 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 29. september 2022
- brev av 14. oktober 2022

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har behov for fritak for nattarbeid da hennes helseplager forverres ved å jobbe nattarbeid. En ujevn døgnrytme gir henne reduksjon av funksjonsevne i form av forsterkning av smerter, forverring av symptomer og økende spesifikke helseplager. Det er når på døgnet hun jobbet som er utfordrende, og ikke antall nattevakter per måned.

A anfører videre at arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort vesentlig ulempe i saken. Hun viser til at det på avdelingen er tilsatt 21 barnepleiere, og mener at det er mulig å finne løsninger for å fordele hennes nattevakter til de andre uten at det vil være til vesentlig ulempe for avdelingen. Arbeidstaker anfører videre at B ikke har gjort forsøk på å finne løsninger som reduserer ulempen for virksomheten.

A anfører videre at det er brukt mye vikarer i avdelingen og viser til at ledige vikarer til dagstillinger for en periode utgjør cirka 50 prosent stilling på dag og aftentid, noe A mener viser at det er et muligheter for henne å gå bare på dagtid uten at det ville føre til overbemanning.

A anfører videre at hun ønsker å fortsette å jobbe som barnepleier slik at arbeidsgivers tilbud om dagarbeid som assistent ikke er relevant for henne. En assistentstilling har andre arbeidsoppgaver og er mer fysisk krevende på en måte som ikke er forenlig med helseplagene hennes. Hun har ikke avvist eventuelle jobber som hjelpepleier ved andre avdelinger, men har presisert overfor arbeidsgiver at det forutsetter en arbeidsbelastning tilsvarende den hun har i dag, med dag- og kveldsvakter.

Til slutt anfører A at for å kunne fortsette å jobbe som barnepleier trenger hun tilrettelegging i form av fritak for nattevakter. A anfører at siden arbeidsgiver ikke har utarbeidet en oppfølgingsplan kan de ikke dokumentere om tilretteleggingen har virket for hennes arbeidsevne eller hvordan fritak for nattevakter virker inn på hennes helseplager. Arbeidstaker anfører at det stilles skjerpene grunner for arbeidsgiver for tilrettelegging siden UNN er en IA-bedrift.

Arbeidsgivers anførsler

B gjør gjeldende at de har tilbudt A annet passende arbeid på dagtid ved å tilby henne en assistentstilling på en annen avdeling.

Arbeidsgiver anfører videre at å gi A helt fritak for nattevakter vil medføre vesentlig ulempe for avdelingen. Det vil gi store utfordringer for å få personalkabalen til å gå opp, og vil føre til for høy bemanning på dagtid.

B anfører at de har strukket seg langt ved å redusere antall nattevakter samtidig som avdelingen har fire ansatte helsefagarbeidere/barnepleiere i permisjon og det er et stort sykefravær, noe som fører til at det er vanskelig å få personalkabalen å gå opp. Barnepleiere i tredelt turnus har etter arbeidsavtalen krav på 50 prosent dagarbeid og 50 prosent ubekvemme vakter. Arbeidsgiver har etter dette for mye grunnbemanning på dagvakter, da turnus viser fem barnepleiere på dagvakter mens grunnbemanningen sier tre barnepleiere. Alle ansatte som har krav på mer dagarbeid inngår ikke i vakt, men gjør andre oppgaver som smittevern, melkekjøkken, rydding, vask og ivaretagelse av teknisk utstyr.

Som et tilleggsmoment for vesentlig ulempe anfører arbeidsgiver at de har 10 ansatte som har fått tilrettelegging med reduksjon av antall nattevakter, og hevder at det er begrenset hvor mange ansatte avdelingen kan tilrettelegge for, samtidig som de skal ivareta alle ansatte og passe på at arbeidstidsreglene blir fulgt.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Arbeidsmiljøloven § 10-13 fastsetter at tvist om fritak fra nattarbeid avgjøres av Tvisteløsningsnemnda. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt to medlemmer med særlig kunnskap om bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Arbeidsmiljøloven § 10-2 annet ledd fastsetter 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. Bestemmelsens formål er at arbeidstakere med helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner skal overføres til dagarbeid der dette er mulig. Bestemmelsen gjelder generelt fritak fra virksomhetens arbeidstidsordning, ikke sporadiske unntak.

Innledningsvis vil nemnda bemerke at det er utenfor nemndas kompetanse å vurdere om det er gjennomført tilstrekkelig sykefraværsoppfølging og tilrettelegging etter arbeidsmiljøloven § 4-6.

Hva som kan sies å være regelmessig må avgjøres konkret, men det må normalt kreves at det er tale om flere netter i måneden, jf. Ot. prp. 49 (2004-2005) kapittel s. 315 flg. Skiftarbeidere som regelmessig arbeider om natten vil klart omfattes.

Nemnda vil bemerke at A jobber i en tre-delt skiftordning, hvor ansatte i 50 prosent stilling jobber 11 netter i løpet av en turnusperiode på 25 uker. A har hatt 7 nattevakter i samme periode. Nattevaktene fordeler seg slik at det er to netter på rad, og tre netter etter hverandre i forbindelse med helgevakter. Dette er ikke omstridt i saken, og vilkåret for nattarbeid er etter nemndas syn oppfylt i saken.

Det følger videre av forarbeidene til loven at nattarbeidet må anses som en reell belastning for arbeidstakeren før bestemmelsen kan benyttes, men også sosiale- og andre velferdshensyn kan gi grunnlag for fritak.

Videre vil nemnda bemerke at det i saken er dokumentert ved legeerklæring at ujevn døgnrytme ikke er forenlig med As helseplager. Hun i har i samråd med arbeidsgiver prøvd ut å jobbe færre nattevakter per turnusperiode, men at problemet for hennes helseplager er når på døgnet hun jobber og ikke antallet nattevakter.

Nemnda legger etter dette til grunn at lovens vilkår om «helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner» er oppfylt, og at arbeidstaker har et behov for fritak og derved oppfyller bestemmelsens inngangsvilkår.

Rett til fritak fra nattarbeid er videre betinget av at fritaket kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten. Det er i utgangspunktet opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre 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.

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.

Bestemmelsen gir etter sin ordlyd rett til «fritak fra den arbeidstidsordning som gjelder for arbeidstakergruppen». Dette tilsier at arbeidsgiver i utgangspunktet bør tilstrebe seg på å tilpasse arbeidstidsordningen fremfor å overføre arbeidstakeren til andre oppgaver eller avdelinger. Der dette ville medføre vesentlig ulempe, vil arbeidsgiver måtte se på mulighetene for omplassering til andre oppgaver. Det er imidlertid ikke noe ubetinget krav om arbeid på sin alminnelige arbeidsplass, jf. nemndas tidligere praksis.

Selv om ordlyden i arbeidsmiljøloven § 10-2 andre ledd i utgangspunktet peker på den virkningen et fritak vil ha på virksomheten, legger nemnda til grunn at ulempevurderingen i en viss utstrekning er relativ i den forstand at desto mer tungtveiende grunner arbeidstaker har, jo mer skal til for at det foreligger en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Også arbeidstakers interesser inngår derved som et moment i vurderingen.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at arbeidsgiver ikke har tilbudt annen passende stilling på dagtid.

Arbeidsgivers plikt til å tilby relevant arbeid strekker seg kun til å tilby relevant arbeid innenfor den enkeltes arbeidsavtale og de mulighetene som ellers ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett.

A er etter arbeidsavtalen ansatt som barnepleier. B har tilbudt henne en assistentstilling på dagtid, noe hun har avslått. Slik nemnda ser det stilles det andre kompetansekrav og det er et annet innhold og oppgaver til assistentstillingen enn barnepleier stillingen.

Nemnda vurderer at B ikke har tilbudt A en annen passende stilling på dagtid innenfor hennes arbeidsavtale og de mulighetene som ellers ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett.

Nemnda går så videre til å vurdere om det vil være til vesentlig ulempe for virksomheten å gi fritak for nattarbeid, og bemerker at vurderingen skal foretas konkret for den enkelte arbeidstaker. Videre viser nemnda til at A har tungtveiende behov, hvilket gjør at det skal mer til for at det foreligger en vesentlig ulempe for å innfri kravet.

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad, Nilsen og Opheim finner etter en samlet vurdering av opplysningene i saken, hvor det også er lagt vekt på arbeidstakers dokumenterte behov, at fritak fra nattarbeid ikke kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten.

Flertallets vurdering baserer seg på arbeidsgivers opplysninger om at fritak for nattarbeid i hovedsak vil føre til økt merbelastning for andre ansatte ved at de pålegges flere nattevakter, og at det vil være flere barnepleiere enn det er behov for på dagtid. Avdelingen har for tiden flere ansatte i andre permisjoner, sykefravær og har ti ansatte som har fått tilrettelegging med færre nattevakter i sin turnus. Dette vanskeliggjør personaldisponeringen dersom arbeidstaker skulle innvilges fritak for nattarbeid. Etter flertallets oppfatning må det også legges noe vekt på at B har forsøkt å finne alternative løsninger for arbeidstaker, som blant annet å fremme tilbud om en dagstilling med andre arbeidsoppgaver.

Nemndas flertall har etter dette kommet til at de nevnte ulempene må anses som vesentlige i lovens forstand.

Nemndas mindretall, medlemmene Enoksen og Hesselberg, har etter en samlet vurdering kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at fritak fra nattarbeid for A vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Mindretallet viser til at legeerklæringen dokumenterer at helsefaren med nattarbeid er reell for A og mener at ikke det er gjort tilstrekkelige forsøk på å imøtekomme hennes behov for fritak for nattarbeid. Mindretallet har lagt vekt på at hun jobber på en stor avdeling med 21 ansatte barnepleiere som vaktene kan fordeles på. Dokumentasjon i saken viser at avdelingen har et vikarforbruk på dagtid tilsvarende 50 prosent stilling, noe nemndas mindretall mener indikerer at det er et behov for barnepleiere på dagtid.

Nemndas mindretall har forståelse for at fritaket kan medføre visse ulemper for sykehuset, herunder økt belastning på øvrige ansatte, og B har allerede ti ansatte som har fått innvilget tilpasninger for nattarbeidet. Mindretallet mener at dette er relevant i ulempevurderingen, men finner ikke at det er tilstrekkelig tungtveiende i dette tilfellet. Etter mindretallets oppfatning overstiger disse ulempene ikke As behov for fritak. Nemndas mindretall finner etter dette at A har krav på fritak for nattarbeid, og at fritaket gis for et år fra vedtakets dato.

Konklusjon

A gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

19. desember 2022

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 annet 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.

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 fjerde ledd.