

VEDTAK NR 211/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Saken ble behandlet i nemndsmøte onsdag 20. september 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Sigrunn Sagedahl, nestleder
Silje Stadheim Almestrand, NHO
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS

Særskilt oppnevnte medlemmer

Birgit Løppenthien, Frydenberg Ungdomsinstitusjon
Ingrid Myran, FO

Saken gjelder

Twist om rett til fritak fra utførelse av arbeid utover avtalt arbeidstid,
Jf. arbeidsmiljøloven § 10 – 6 tiende ledd

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A har vært fast ansatt som miljøterapeut i stilling på 100 prosent hos B, X bofellesskap. Dette er en barnevernsinstitusjon med barn og unge fra 13 til 18/20 år som kan ha opplevd vold, traumer, brutte relasjoner etc. og som dermed har behov for trygghet, stabilitet og forutsigbarhet. De ansatte jobber derfor etter en medlevertturnus som innebærer arbeid i 4 døgn, fri 7 døgn, arbeid 3 døgn, fri 7 døgn (4-7-3-7). Bofellesskapet har 5 avdelinger, hver med en grunnbemanning på to voksne. Dette innebærer tre skift og 6 voksne per avdeling. Totalt er det 18 fast ansatte og 17 ringevikarer. Det er et ufravikelig krav om 50 prosent faglærte miljøterapeuter på jobb til enhver tid.

A fikk etter en medarbeidersamtale i desember 2016 fritak fra arbeid utover avtalt arbeidstid ved helsemessige og sosiale grunner, i tråd med arbeidsmiljøloven 10-6 nr. 10. Fritaket gjaldt oppmøte den 15. desember 2016 og 12. januar 2017, samt oppmøte på særkontaktseminarer første halvår 2017.

A hadde vakt fra mandag 27. februar klokken 11.30 til fredag 3. mars klokken 13.30. Onsdag 1. mars fikk A innvilget permisjon fordi han hadde et sykt barn som ble innlagt på sykehus for undersøkelse. Han returnerte til jobb ved lunsjtider torsdag 2. mars for så å få permisjon om kvelden fordi barnet fortsatt var dårlig og hadde åpen retur til sykehuset.

Fredag den 3. mars 2017 ble A pålagt overtidsarbeid i ett ekstra døgn som følge av manglende bemanning for helgen 3.-5. mars 2017. Dette kom av at flere ansatte ble syke samtidig som en del ansatte hadde fått fri i forbindelse med vinterferien. A hadde imidlertid et sykt barn som kort tid før hadde vært innlagt på sykehus, og nektet derfor overtid og forlot arbeidsstedet.

Det er ikke tillatt å beordre overtid i mer enn ett døgn på grunn av medlevertturnusen. Den manglende bemanningen ble dekket av ansatte som returnerte fra ferie for å dekke opp vaktene.

Arbeidsgiver ila A skriftlig advarsel for ordrenekt på bakgrunn av denne hendelsen 10. mars 2017. A sa opp sin stilling hos Y sosialtjeneste i brev datert 26. april 2017.

A har fremlagt legeerklæring som bekrefter at barnet var syk fra søndag 26. februar 2017 til søndag 5. mars 2017 og at barnet ble undersøkt på sykehus 1. mars 2017.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 4. april 2017.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 6. april 2017 med vedlegg
- e-post av 21. juli 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 18. mai 2017 med vedlegg
- e-post av 19. juni 2017 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker anfører at han har rettslig interesse i å få behandlet saken til tross for at han har sagt opp sin stilling hos Y sosialtjeneste. Han anfører at han ønsker et vedtak som viser at det ikke var grunnlag for advarselen fra arbeidsgiver. Dette vil kunne ha betydning i forhold til fremtidige arbeidsgivere.

Til realiteten i saken anfører A at han hadde rett til fritak fra overtidarbeid den aktuelle dagen på grunn av sitt barns sykdom. Barnet på 4 år hadde vært syk i seks dager og ble innlagt på sykehus på kvelden den 1. mars etter to besøk hos legevakten. Barnet ble utskrevet med åpen retur samme kveld. Hans samboer som hadde vært hjemme med sykt barn i flere dager var sliten og de har i tillegg et barn på halvannet år. Reiseavstanden mellom jobb og hjem er to timer.

Det anføres avslutningsvis at arbeidsgiver fikk dekket opp vaktene av andre arbeidstakere uten store problemer.

Arbeidsgivers anførsler

Y sosialtjeneste anfører at de hadde grunnlag for å beordre A til overtidarbeid og at den skriftlige advarselen var berettiget. Det anføres i det vesentligste:

Arbeidsgiver anfører primært at saken ikke skal behandles i nemnda fordi A har sagt opp sin stilling. Den aktuelle situasjonen var ekstraordinær og vil ikke ha prinsipiell betydning i andre saker. Videre vil den skriftlige advarselen slettes når arbeidsforholdet avsluttes, slik at ordrenektelsen ikke vil ha noen konsekvenser.

Subsidiært anføres det at det ikke forelå vektige sosiale grunner for fritak fra overtid når barnets mor var hjemme med barna på det aktuelle tidspunktet. Det bestrides ikke at det forelå sosiale grunner, men at disse ikke kan anses som vektige så lenge barnets mor hadde fri og barnets situasjon var stabil. Arbeidsgiver anfører at arbeidsgivers behov for sikre ungdommene et forsvarlig og trygt tilsyn veier tyngre enn As sosiale grunner i dette tilfellet. Det anføres i tillegg at barnas besteforeldre også bor i nærheten og dermed kunne avlaste mor dersom det var behov for det.

Det anføres at et fritak etter arbeidsmiljøloven § 10-6 (10) bør være vesentlig mer begrunnet enn fri etter § 12-9 ved barns sykdom og at begge foreldre ikke har juridisk rett til å være hjemme med barna samtidig.

Arbeidsgiver anfører at det forelå en ekstraordinær situasjon i vinterferien 2017. Flere ansatte hadde fått innvilget fri og var på ferie. Det hadde videre vært inntak av tre nye ungdommer forut for ferien. Det var satt inn tilstrekkelig antall vikarer og det var tilstrekkelig faste miljøterapeuter for å ivareta trygghet og stabilitet. Søndagen før måtte imidlertid en av de fast ansatte hjem på grunn av akutte helseproblemer.

Det anføres at den fremlagte legeerklæringen gjelder for perioden 26. februar 2017 til 5. mars 2017, mens tvisten gjelder fritak den 4. mars 2017 fra klokken 10.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fritak fra utførelse av arbeid utover avtalt arbeidstid kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 10-13. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt ytterligere to medlemmer med særlig kunnskap om den bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Etter arbeidsmiljøloven § 17-2 er det kun «tvister» som nevnt i § 10-13 som kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda for avgjørelse. Nemnda har i tidligere saker lagt til grunn at det bare foreligger en tvist i bestemmelsens forstand der arbeidstaker har et reelt behov for å få avgjort saken. Om et reelt behov foreligger, må på samme måte som etter tvisteloven § 1-3 avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.

Aktualitetskravet i tvisteloven § 1-3 er presisert av Høyesterett i en rekke avgjørelser, herunder i en kjennelse, inntatt i Rt. 1991 s. 1468, som gjaldt ugyldighet av ansettelse i vikarstillinger hvor Høyesterett uttaler at «(s)om en generell regel gjelder at for at et søksmål skal kunne fremmes, må saksøkeren ha en aktuell interesse i søksmålet. Det må foreligge et klart behov for en rettslig avklaring, jf blant annet Rt-1989-508.» Noe som også må gjelde for behandling i tvisteløsningsnemnda. Det følger av Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1991 s. 1468 at i en situasjon hvor arbeidstaker har fratrudd sin stilling, vil arbeidstaker som hovedregel ikke ha det nødvendige behov for å få realitetsbehandlet saken. Høyesterett åpnet i den saken for at tilstrekkelig behov likevel kan foreligge der en avgjørelse vil få betydning for vedkommendes muligheter for arbeid senere.

I tilfeller av pålagt overtid vil situasjonen regelmessig være at overtiden må gjennomføres før nemnda rekker å behandle spørsmålet. Skal slike spørsmål overhodet kunne prøves, må det i noen grad åpnes for at de prøves i ettertid (se nemndas vedtak 20/09). I nærværende sak ble overtidsarbeidet ikke utført, og resulterte i et skriftlig varsel til arbeidstaker. Arbeidstaker har i ettertid sagt opp sin stilling, men har anført at han fortsatt ønsker at saken realitetsbehandles da han med henblikk på fremtidige arbeidsgivere ønsker et vedtak som viser at det ikke var grunnlag for varselet.

Det presiseres at tvisteløsningsnemndas myndighet etter arbeidsmiljøloven § 10-13 er begrenset til å avgjøre tvister om fritak fra utførelse av arbeid utover avtalt arbeidstid etter arbeidsmiljølovens § 10-6 tiende ledd. Det ligger utenfor nemndas myndighet å ta stilling til om det var grunnlag for arbeidsgivers advarsel. Nemndas vedtak kan således ikke kalle tilbake arbeidsgivers advarsel.

Nemnda finner under tvil at A har tilstrekkelig interesse i å få prøvd saken for tvisteløsningsnemnda. Det er lagt vekt på at A vil kunne ha en interesse av å forfølge advarselen og grunnlaget for denne. Spørsmålet om A skulle vært fritatt fra overtidsarbeidet, er relevant i denne vurderingen og således av betydning for ham selv om arbeidsforholdet ikke består. Videre er det også lagt vekt på at et vedtak fra nemnda vil kunne ha betydning for As muligheter til å få arbeid senere. Nemnda vil i det videre ta stilling til hvorvidt vilkårene for fritak fra utførelse av arbeid utover avtalt arbeidstid var oppfylt den 3. mars 2017.

Arbeidsmiljølovens § 10-6 (10) fastsetter at arbeidstaker har rett til å bli fritatt fra å arbeide utover avtalt arbeidstid når vedkommende av helsemessige eller vektige sosiale grunner ber om det. Bestemmelsen fastslår videre at arbeidsgiver også ellers plikter å fritta arbeidstaker som ber om det, når arbeidet uten skade kan utsettes eller utføres av andre.

Arbeidsmiljølovens § 10-6 (10) er en videreføring av tidligere arbeidsmiljølovs § 49 nr. 2, jf. Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005). I forarbeidene til 1977-loven (Ot. Prp. Nr. 41 (1975-1976)) uttalte departementet følgende:

«Ut over det som følger av § 5 annet ledd nr. 1 pålegger ikke gjeldende arbeidervernlov arbeidsgiveren noen plikt til å ta hensyn til arbeidstakernes helse eller deres sosiale situasjon når det vurderes om de skal settes til overtidarbeid. En del arbeidstakere er imidlertid i en slik situasjon at overtidarbeid vil være en større belastning for dem enn for andre arbeidstakere. Dette gjelder ofte eldre arbeidstakere og arbeidstakere som på grunn av svekkelse eller sykdom har vanskelig for å arbeide mer enn en vanlig arbeidsdag. Det kan også gjelde foreldre med små barn og andre som har særlige familieforpliktelser. Departementet mener at det ofte vil være en urimelig belastning om slike arbeidstakere i tillegg til vanlig arbeidstid skal kunne pålegges overtidarbeid, og foreslår at arbeidsgiveren gis en ubetinget plikt til å fritas en arbeidstaker for overtidarbeid når denne av viktige helsemessige eller sosiale grunner ber om det. Det foreslås også en bestemmelse om at arbeidstaker som av andre personlige grunner ber om det, skal fritas for overtidarbeid, når arbeidet uten skade kan utsettes eller utføres av andre. Når det foreligger andre personlige grunner som på enkelte dager gjør det vanskelig for en arbeidstaker å arbeide overtid, må derfor vedkommende så langt det er praktisk mulig fritas for overtidarbeid. Det vises for øvrig til merknadene til § 49.»

I merknadene til § 49 bemerket departementet som følger:

«Bestemmelsen i nr. 2 er ny. Helsemessige grunner vil i prinsippet være en absolutt fritakelsesgrunn. Det stilles ikke noe krav om legeattest e.l., men i tvilstilfelle vil det være praktisk om arbeidstakeren forelegger spørsmålet for sin lege. Dersom det er tale om fullstendig fritakelse for overtidarbeid over lengre tid, må arbeidsgiveren kunne kreve legeerklæring fremlagt. Som sosiale fritakelsesgrunner må regnes hensynet til f.eks. pass av mindre barn, deltakelse i større familiebegivenheter o.l. En viser dessuten til bestemmelsen i utkastets § 12 nr. 1, jfr. § 14 annet ledd bokstav e), som gir arbeidsgiveren en plikt til å ta hensyn til arbeidstakernes individuelle forutsetninger før de settes til arbeid. Disse bestemmelsene vil også komme til anvendelse når det er spørsmål om å sette arbeidstakere til overtidarbeid, slik at arbeidsgiveren vil ha en selvstendig plikt til å ta hensyn til vedkommendes helse og sosiale situasjon når det skal vurderes om han kan settes til overtidarbeid. Det forutsettes at arbeidsgiveren konfererer med de tillitsvalgte, dersom det er tvil om et arbeid kan utsettes eller utføres av andre. Det må ellers stilles mindre krav til arbeidstakerens grunner for å be seg fritatt, når det dreier seg om utvidet overtidarbeid etter § 50 nr. 2, 3 eller 4, enn når overtiden ligger innenfor rammene i § 50 nr. 1. Overtidarbeid som medfører at den samlede arbeidstid blir mer enn 14 timer pr. dag må bygge på frivillighet fra den enkelte arbeidstakers side, jfr. § 50 nr. 2. Det samme gjelder overtidarbeid utover 200 timer i kalenderåret, se § 50 nr. 3.»

Spørsmålet i denne saken blir dermed om det forelå viktige sosiale grunner som tilsa at A skulle fritas fra overtid den 3. mars 2017.

Nemnda anser at syke barn ligger i kjernen av det bestemmelsen er ment å ivareta. Selv om mor i denne saken var hjemme med barnet, har nemnda lagt avgjørende vekt på at barnet nylig hadde vært innlagt på sykehus, hadde vært syk over en periode og at det forelå

usikkerhet knyttet til barnets helsetilstand. Nemnda anser at foreldrenes behov for å være sammen og avlaste hverandre i en slik uavklart situasjon for barnet tilsier at det forelå "vektige sosiale grunner". Dette skiller seg fra vurderingstemaet etter arbeidsmiljøloven § 12-9 hvor det gis permisjon fra alminnelig arbeidstid. I slike tilfeller oppstår det et akutt behov for tilsyn med barnet som en av foreldrene må dekke. Det anses heller ikke som relevant å ta inn i vurderingen hvor besteforeldrene er bosatt da det ikke foreligger noen opplysninger om hvorvidt disse var tilgjengelige for barnepass eller avlastning.

Konklusjon

A hadde i henhold til arbeidsmiljøloven § 10-6 (10) rett til å bli fritatt fra overtidarbeid den 3. mars 2017.

Twisteløsningsnemnda

Sigrunn Sagedahl
nestleder

13.10.2017

Til orientering:

Twist om rett til fritak fra utførelse av arbeid utover avtalt 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 tredje ledd.