

VEDTAK NR 09/13 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 31. januar 2013.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder

Vetle Rasmusen, Parat (settemedlem for Anne-Lise Rolland, LO)

Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Knut Roar Berg, Coop Norge, Goman

Hans Martin Møllhausen, Norsk Industri

Saken gjelder

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

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A har vært ansatt som produksjonsarbeider/lageroperatør hos B siden 1986. I henhold til As arbeidsavtale som produksjonsmedarbeider datert 1. februar 2001 hadde hun følgende arbeidstid: «*Dag, kveld og nattarbeid. Helgearbeid må påregnes.*» Hun opplyser å ha jobbet redusert i perioder med små barn for så å være tilbake i full stilling som lageroperatør fra 2011. I arbeidsavtale av 17. februar 2009 angis normalarbeidstiden fortsatt som «*[d]ag, kveld og nattarbeid, helgearbeid må påregnes*». For øyeblikket jobber A som truckfører i produksjonen.

B er en bedrift med 250 ansatte, 120 er ansatt på X, 56 i produksjonen. På lageret er det 8 ansatte. Virksomheten la om sin arbeidstidsordning i mai 2011 etter forhandlinger med de tillitsvalgte. I produksjonen arbeides det etter en treskiftsordning, mens det på lageret er dagarbeid. Det ble inngått avtale om at bytte av skift på fast basis bare skulle skje i unntakstilfeller, men at arbeidstakere over 62 år ville gis mulighet til å arbeide 50 prosent redusert arbeidstid. Fire ansatte benytter denne ordningen.

Det ble foretatt individuelle drøftinger med hver enkelt ansatt før ordningen ble innført i september 2011, og det ble inngått ni individuelle avtaler om fritak fra skift. Alle avtalene ble inngått for en periode på ett år. I ettertid har en av avtalene bortfalt fordi forutsetningene ikke lenger var til stede. Seks ansatte jobber ikke natt grunnet kronisk sykdom.

A ble sykmeldt i begynnelsen av oktober 2011 etter fire uker i normal skiftordning, to av disse ukene med nattarbeid. A opplyste i oppfølgingsmøte 27. oktober 2011 at hun hadde problemer med å sove. Arbeidsgiver foreslo derfor gradert sykemelding for å forsøke nattarbeid over lengre tid, eventuelt innsovningstabletter etter legens anbefaling. A var ikke villig til å forsøke noen av disse løsningene. A har siden vært sykmeldt i ukene hun arbeider natt, dvs. hver tredje uke.

Arbeidsgiver avsto 24. november 2011 et forslag om å dele arbeidstidsordning med en annen arbeidstaker som ikke ønsket å jobbe dag. Begrunnelsen var at det var viktig med en konsekvent skiftordning for alle ansatte. Arbeidsgiver mente at man ikke kunne utvide antallet fritak utover de ti som allerede hadde fått, og at skiftarbeidere som ikke kan delta i arbeidstidsordningen vil bli prioritert til andre, ledige jobber på dagtid.

Det ble avholdt flere dialogmøter i januar og april 2012, da arbeidsgiver foreslo redusert arbeidstid til 50 prosent. Arbeidsgiver søkte også om fritak fra arbeidsgiverperioden siden A er sykmeldt hver tredje uke, men fikk ikke dette innvilget.

A fikk et brev fra arbeidsgiver 5. september 2012 vedrørende fritak fra nattarbeid, hvor de opplyste at de ikke har funnet rom for å gi henne fritak fra arbeidstidsordningen.

Det ble holdt et nytt dialogmøte 6. november 2012 hvor det ble enighet om å prøve ut en annen ordning. Arbeidstaker vil avvente dette inntil tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda av advokat Anghus, LO på vegne av A ved brev av 3. oktober 2012. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstakersiden:

- brev med vedlegg av 3. oktober 2012
- brev av 7. november 2012
- brev av 7. desember 2012
- brev av 15. januar 2013
- e-post av 25. januar 2013

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev med vedlegg av 12. november 2012
- brev av 10. desember 2012
- brev av 10. januar 2013
- brev av 28. januar 2013

Arbeidstakers anførsler

A anfører at hun har krav på fritak fra nattarbeid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 (2) og at hun har et dokumentert behov for fritak i form av to legeattester. Det anføres videre at tvisten er rettidig fremmet idet arbeidsgivers avslag av 5. september 2012 var fristutløsende.

Det anføres at B er en stor virksomhet med mange muligheter for tilpasning og tilrettelegging uten at det ville medføre vesentlig ulempe eller tap. I tillegg tyder utstrakt vikarbruk på at det er behov for ytterligere arbeidskraft på kveld og dag i tillegg til mulig ledige stillinger på dagtid. Arbeidstaker kan ikke se at hennes fritak vil innebære merutgifter for arbeidsgiver. Vikarbruken er allerede stor og det har ellers vært en positiv volumøkning den siste tiden.

Det anføres videre at det allerede foreligger mange individuelle avtaler, og at det må foretas en konkret og individuell vurdering også i denne saken. Det synes urimelig at A skal straffes for at hun var villig til å prøve den nye arbeidstidsordningen. I tillegg anføres det at A bør prioriteres foran arbeidstakere som har fått fritak/tilpasninger av sosialgrunner.

Arbeidstakers forslag om å bytte vakter med en annen arbeidstaker ble ikke tatt til følge. A har også søkt på interne stillinger uten å få disse.

Til tross for to legeerklæringer og gjentatte oppfølgingsmøter har ikke B fritatt A for nattarbeid, og det er heller ikke gjort andre forsøk på å tilrettelegge hennes arbeidssituasjon. Det anføres at medikamenter eller redusert arbeidstid er inngripende forslag som ikke vil bedre As arbeidssituasjon.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører at et fritak fra nattarbeid for A vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten. En slik ordning ville medføre en økonomisk belastning samtidig som virksomheten har forsøkt å tilrettelegge for A innenfor en treskiftsordning. Det anføres at de totale kostnadene knyttet til As fravær utgjør kr 300 000,- kroner per år.

B anfører at salgshallene lenge har vært nedgående og at det akkurat har begynt å gå oppover igjen. Det er klare økonomiske, produksjons- og kompetansemessige begrunnelser for at alle ansatte må inngå i en treskiftsordning. I tillegg er avtalen inngått i samråd med de tillitsvalgte. De har også flere ansatte som har tilrettelagt arbeid på grunn av gradert sykefravær, i tillegg til ansatte over 62 år som blir prioritert.

Det anføres på bakgrunn av NAVs avslag på fritak for arbeidsgiverperioden at As fravær/sykdom ikke er knyttet til langvarig eller kronisk sykdom og at det dermed ikke foreligger noe helsemessig grunnlag for retten til fritak fra nattarbeid.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Nemnda gjør oppmerksom på at det faste medlemmet fra LO, Anne-Lise Rolland, har fratrudd ved behandlingen av saken fordi arbeidstaker representeres av en kollega av Rolland og hennes faste vara i LOs juridiske avdeling. Nemnda har utpekt Vetle W. Rasmussen, advokat i Parat, som settemedlem i nemnda.

Arbeidsmiljøloven § 10-13 fastsetter at tvist om fritak fra nattarbeid avgjøres av tvisteløsningsnemnda. Arbeidsmiljøloven § 10-2 andre ledd 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. Bestemmelsen skal sikre 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. Det er ikke tvilsomt at det her er snakk om et generelt fritak.

Det følger av forarbeidene til loven at nattarbeid må anses som en reell belastning for arbeidstakeren for at bestemmelsen kan benyttes. A har fremlagt to legeattester som tilsier at hun har behov for fritak fra nattarbeid. Nemnda legger på bakgrunn av disse til grunn at grunnvilkåret om reell belastning er oppfylt.

Rett til fritak fra nattarbeid er betinget av at 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 fritak fra nattarbeid. Kravet til *vesentlig* ulempe innebærer bl.a. at det ikke er tilstrekkelig å påvise en generell **ulempe som vil oppstå i nær sagt ethvert tilfelle av fritak fra nattarbeid.**

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 side 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 tilpassing av arbeidstidsordningen vil medføre vesentlig ulempe, vil arbeidsgiver måtte se på mulighetene for omplassering til andre oppgaver. Det gjelder

imidlertid ikke noe ubetinget krav om arbeid på sin alminnelige arbeidsplass, jf. nemndas tidligere praksis.

Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Strøm og Møllhausen har kommet til at fritak fra nattarbeid i dette tilfellet vil medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Selv om nemnda på bakgrunn av de to fremlagte legeerklæringene har lagt til grunn at nattarbeid utgjør en belastning for A, dreier det seg etter flertallets syn ikke om et særlig tungtveiende behov. Begge legeerklæringene er kortfattede og generelle i sin form og konkluderer bare med en anmodning til arbeidsgiver om å finne en annen løsning. Ingen av legeerklæringene peker på konkrete plager av alvorlig karakter. På den annen side legger flertallet vekt på at alle de ansatte (uten særskilte fritaksordninger) jobber i samme turnus og at arbeidsgiver ikke har andre oppgaver til A. Fritak for nattarbeid for A vil derfor medføre at andre arbeidstakere vil få økt nattevaktbelastning eller at arbeidsgiver må benytte seg av dyre vikarordninger. Dette vil etter flertallets oppfatning utvilsomt utgjøre en ulempe for arbeidsgiver, og tatt arbeidstakers begrensede behov i betraktning, finner flertallet at ulempen er vesentlig.

Flertallet har etter dette kommet til at A ikke gis medhold i sitt krav om fritak fra nattarbeid.

Nemndas mindretall, medlemmene Rasmussen og Berg, har kommet til at det ikke vil medføre en vesentlig ulempe for B å innfri As behov for fritak fra nattarbeid. Det er lagt vekt på at arbeidsgiver her ikke i tilstrekkelig grad har foretatt noen individuell vurdering av As behov og hvilke muligheter som finnes for fritak fra skiftordningen. Det er kun vist til generelle økonomiske konsekvenser, fremforhandlede avtaler og behovet for en enhetlig praksis. Disse forhold kan ikke avskjære lovfestede, individuelle rettigheter. Mindretallet legger i interesseavveiningen en viss vekt på at arbeidstaker gjennom tillitsvalgte har fremsatt alternative forslag, herunder også forslag på navngitte personer som arbeidstaker kunne bytte skift med, uten at arbeidsgiver bidro til å imøtekomme arbeidstakers behov. Mindretallet viser også til at det er flere arbeidstakere som har avviklet sine avtaler om individuell tilrettelegging, noe som begrenser arbeidsgivers ulempe. Mindretallet kan derfor ikke se at arbeidsgiver har godtgjort at fritaket for nattarbeid medfører en vesentlig ulempe.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 05.03.2013

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).