

## **VEDTAK NR 34/09 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag den 24. juni 2009 i Departementsbygning R5, Akersgata 59, Oslo.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Henning Harborg, leder  
Haakon Skaug, LO  
Tor Brustad, NHO

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Cathrine Cruse Hennig, NSF  
Nordis Vik Olausson, Ahus

### **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 er ansatt i full stilling ved seksjon X ved B. Stillingen innebærer tredelt turnus med nattevakter. A har hatt permisjon i to år i forbindelse med sin datters alvorlige sykdom og bortgang. Hun startet opp igjen i et 50 prosent vikariat ved X som skulle løpe f.o.m. 8. desember 2008 t.o.m. 31. mars 2009, men vikariatet ble ikke fullført fordi hun ikke fikk fritak fra nattarbeid. For øyeblikket har hun inngått avtale om å være tilkallingsvikar. Nemnda forstår saken slik at arbeidstaker ønsker seg tilbake til den stilling hun har hatt tidligere (ved X), men med fritak for nattarbeid. Inntil ev. fritak for nattarbeid er innvilget, kan hun ikke returnere til stillingen.

A leverte legeerklæring på at hun ikke kan ta nattevakter framover den 9. desember 2008, hun leverte også søknad om fritak fra nattevakter. I brev av 12. januar 2009 til sykehuset begrunner A sin søknad om fritak fra nattevakter. Bakgrunnen er at hun i løpet av de siste tre årene har opplevd alvorlig sykdom og dødsfall i familien. Hennes datter døde i september 2008 etter et langt sykeleie. Hun er nå alenemor for en sønn på 12 år, mens hennes andre gjenlevende barn er i militæret. Hennes eksmann er sykehjemspasient etter alvorlig sykdom og bor på institusjon et annet sted i landet. Etter å ha vært igjennom store prøvelser i livet, ønsker hun nå å komme tilbake til sin arbeidsplass blant kjente kollegaer. Fordi hun er alene med sin yngste sønn og på grunn av hans unge alder og særlige behov for mors omsorg, kan hun ikke overlate ham til seg selv om natten.

Det har vært avholdt to dialogmøter i anledning saken, den 12. januar 2009 og den 29. januar 2009. Det opplyses i referatet fra dialogmøtet den 12. januar 2009 at posten har behov for, og at det er et klart krav om, arbeid i tredelt turnus inkludert nattevakter. I referat fra dialogmøte avholdt den 29. januar 2009 fremkommer det at A takker nei til fire alternativ som sykehuset tilbød. Begrunnelsen for dette er at ingen av alternativene anses som realistiske i hennes nåværende situasjon på grunn av lang reisevei og/eller fordi samtlige innbefatter nattevakter eller en betydelig andel senvakter.

A sendte saken til NSF for videre bistand den 5. februar 2009.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev fra NSF av 25. februar 2009.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises i denne forbindelse til brev av 16. april 2009 og 5. juni 2009 fra B, samt brev av 14. mai 2009 fra NSF.

### **Arbeidstakers anførsler**

NSF anfører på vegne av A i det vesentligste:

A har særdeles viktige sosiale grunner til å be om fritak for nattarbeid, noe som bør vektlegges mer enn sykehusets daglige utfordringer med å drifte en avdeling med høyt sykefravær og knapp bemanning.

Det anføres at B ikke har gitt noen annen begrunnelse for sitt avslag enn at "posten har behov for, og det er et klart krav om, arbeid i 3-delt turnus dvs. nattevakter".

Arbeidsgiver gir fritak for nattevakter til seniorer og gravide som har behov for det, og det er blant annet slike eksisterende fritak som gjør det vanskelig for arbeidsgiver å etterkomme

hennes søknad. I en stab på 29 sykepleiere er det 15 å fordele nattevakter på dersom A skulle få innfridd krav om fritak. Grunnen til at det er så få som jobber netter, er at seks sykepleiere har fått fritak fra nattarbeid av helsemessige eller seniorpolitiske årsaker. I tillegg har åtte sykepleiere fått redusert nattarbeid, fordi de innehar fagstillinger eller annen nøkkelstilling. Når arbeidsgiver har mulighet for å gi fritak fra nattevakter for gravide arbeidstakere innenfor samme arbeidsplass/avdeling, så burde de også kunne legge til rette for en så hardt prøvet arbeidstaker som A.

Det bør utvises stor grad av forståelse fra arbeidsgivers side for at A bør slippe tilleggsbelastningen med å starte opp i et nytt arbeidsmiljø. Situasjonen tillater heller ikke at hun skal få enda flere kveldsvakter eller lang reisevei, slik arbeidsgiver har tilbudt henne. Hun ser det som uforsvarlig å gå fra minstemann om natten og har ikke anledning til å leie barnevakt. Dessuten trenger gutten all den trygghet han kan få etter sykdom og usikkerhet over mange år.

Selv om IA-arbeid og arbeidsgivers forpliktelser for dette ikke er en sak for nemnda, viser den manglende oppfølgingen og tilrettelegging for A at sykehuset i liten grad har anstrengt seg for å innfri A lov hjemlede rettigheter i forhold til fritak for nattarbeid.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører prinsipalt at saken bør avvises av nemnda under henvisning til at den ansatte ikke har tiltrådt, og derfor heller ikke arbeider regelmessig natt som fast arbeidstidsordning.

Subsidiært anføres at de tilbud som er overlevert, men avslått av den ansatte, er et viktig element i vurderingen av saken. Noe som bør tillegges avgjørende vekt i interesseavveiningen. Det anføres i det vesentligste:

Det er ikke mulighet for å bli fritatt for nattevakter i inngått vikariat da det er en stor stab som skal tas hensyn til. Bakgrunnen for dette er den konkrete ulempen fritak for nattarbeid innebærer for driften ved avdeling C.

Arbeidsavtalen til A innebærer tredelt turnus. Søknaden om unntak fra nattevakter ble levert dagen etter tiltredelse i vikarstilling på 50 prosent. Omfang av nattevakter var ikke tema og det ble ikke nevnt noe om slike krav ved planlagt oppstart i utprøving eller i vikariat.

Det er 29 sykepleiere i tredelt turnus på seksjonen hvor A arbeider, seks av disse har tilrettelagt arbeidstiden av ulike årsaker. For øvrige sykepleiere er det i snitt 9-10 nattevakter i løpet av en 12 ukers turnus. Dersom A skulle fritas måtte nattevaktene fordeles på de resterende 15 sykepleiere. Det vil øke andel nattevakter for disse fra en til to i turnus. Mange av disse har også søkt om helt eller delvis fritak for natt. Foreløpig har seksjonen ikke kunnet imøtekommet disse kravene. Sengeposten har i utgangspunktet høy andel av nattevakter i turnus i forhold til andre lignende seksjoner.

Samlet sett fremstår fritak fra nattarbeid som en klar og tydelig ulempe for sykehuset med dettes bemanning og sykefravær.

A er tilbudt tre andre alternative stillinger (Y, reumatologisk sengepost og enheter innenfor psykiatri og rus) i tillegg til forslag om utprøving ved korttidsposten i D, Helsebussen samt arbeid som tilkallingsvikar i en periode. Den reelle begrunnelsen for å takke nei til forslagene var at fraværet fra hjemmet ble mer omfattende, men det var i så fall på ettermiddags- og kveldstid. Bestemmelsen i § 10-2, annet ledd, gir imidlertid kun grunnlag for fritak for nattarbeid.

A må akseptere beordring/flytting til andre enheter innenfor B ansvarsområde, så lenge oppgavene ligger innenfor rammen av arbeidsavtalen og reiseavstanden ikke blir uforholdsmessig lang. Det legges til grunn at både oppgavene ved X i C og oppgavene ved Reumatologisk sengepost i E ligger innenfor rammene av den sykepleierstillingen A er ansatt i. Den avgjørende forskjellen er tjenestested.

### **Twisteløsningsnemndas merknader**

Arbeidsmiljøloven § 10-13 fastsetter at tvist fritak fra nattarbeid avgjøres av tvisteløsningsnemnda. Frist for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgiver avslø krav fra arbeidstaker, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd. Dato for arbeidsgivers avslag er 29. januar 2009, og saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved arbeidstakers brev av 25. februar 2009. Saken er således rettidig innbrakt.

Arbeidsmiljøloven § 10-2 andre 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. 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 kapittel 25 s. 315 flg.. Skiftarbeidere som regelmessig arbeider om natten vil klart omfattes.

Arbeidsgiver har prinsipielt anført at A ikke oppfyller vilkåret om regelmessig arbeid da hun ennå ikke har returnert til stillingen ved X etter permisjonsoppholdet. Derved kan hun ifølge arbeidsgiver ikke sies å ha arbeidet nattevakter regelmessig. Nemnda er ikke enig i dette. Når A ennå ikke har returnert til stillingen ved X skyldes dette nettopp at hun ikke er innvilget fritak for nattarbeid, og at hun ønsker å få dette spørsmålet avklart før det avgjøres endelig når og hvor hun skal gjenoppta full stilling for arbeidsgiver. Det er ingen tvil eller uenighet om at A har et fast ansettelsesforhold til B og at hun kan returnere til full stilling med tjenestested X i C. Ettersom stillingen innebærer nattarbeid som hun ønsker fritak fra, er det imidlertid hensiktsmessig at det spørsmålet avklares først. Saken kan derfor ikke løses ved enkle betraktninger om at A ikke har arbeidet nattevakter i det siste.

Nemnda registrerer videre at arbeidsgivers avslag av 29. januar 2009 på søknad om fritak for nattarbeid formelt gjaldt vikariatstillingen ved X som A hadde på det tidspunkt. Hun forlot senere stillingen, og vikariatet har senere utløpt. Arbeidsgivers senere standpunkter og argumentasjon overfor nemnda viser imidlertid at avslaget må anses å gjelde hennes tilsetning ved X i sin alminnelighet. Det foreligger derfor en aktuell tvist som nemnda må ta stilling til.

Grunnvilkåret for rett til fritak for nattarbeid er at arbeidstaker av ”helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner har behov for det”. Det følger av forarbeidene til loven at nattarbeid må anses som en reell belastning for arbeidstakeren for at bestemmelsen kan benyttes. Nemnda vil bemerke at A har levert en legeerklæring om at hun har behov for fritak fra nattarbeid. Denne er ikke fremlagt for nemnda. Det oppgis at A ikke har helsemessige utfordringer, men en hjemmesituasjon med behov for barnepass som tilsier at det ikke praktisk lar seg gjennomføre og jobbe nattevakter. Slik nemnda forstår saken inngikk A arbeidsavtalen som forutsatte nattarbeid i 2004 i en situasjon der hun hadde to eldre barn som kunne bidra til å passe på den yngste sønnen de nettene hun arbeidet. Senere har den eldste sønnen flyttet hjemmefra, mens datteren døde høsten 2008 etter et langt sykeleie. Nemnda legger til grunn arbeidstakers opplysninger om at den yngste sønnen krever stor grad av

omsorg og trygghet etter de opprivende hendelser de seneste år, og finner at arbeidstaker har vektige velferdsgrunner som gir behov for fritak for nattarbeid.

Det avgjørende 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 at det ikke er tilstrekkelig å påvise en generell ulempe.

Arbeidstakers utgangspunkt er at hun ønsker å fortsette å jobbe ved avdeling X i C, men med fritak for nattvakter. Arbeidsavtalen hennes er imidlertid med B som sådan og er ikke knyttet til avdeling X. I arbeidsavtalen er "Divisjon for medisin, indremedisinsk sengepost C" angitt som tjenestested *p.t.*, og arbeidsgiver har eksplisitt tatt forbehold om rotasjon mellom sykehusets driftsenheter i D, F, E, C og G. Et vesentlig spørsmål for arbeidstaker i denne saken er om hun kan kreve fritak for nattarbeid ved avdeling X eller om arbeidsgiver kan oppfylle fritak ved å tilby stilling uten nattarbeid ved andre avdelinger på sykehuset – slik arbeidsgiver i denne saken har gjort.

Bestemmelsen gir etter sin ordlyd rett til "fritak fra den arbeidstidsordning som gjelder for arbeidstakergruppen". Dette tilsier etter nemndas oppfatning at arbeidsgiver i dette tilfellet bør tilstrebe seg på å tilpasse arbeidstidsordningen fremfor å overføre arbeidstakeren til andre oppgaver eller avdelinger. Nemnda mener derfor at det først må vurderes om det vil medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver om arbeidstaker fortsetter ved samme avdeling og med samme oppgaver, men med fritak for nattarbeid. Dersom det ikke vil medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver, må arbeidstaker i dette tilfellet kunne kreve dette fremfor å bli flyttet til en annen avdeling. Dersom fortsatt arbeid ved samme avdeling med fritak for nattarbeid vil medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver, må det vurderes om fritak kan oppnås gjennom overføring til annen avdeling eller andre oppgaver ved virksomheten. Kun dersom dette også vil medføre vesentlig ulempe, kan fritak avslås. Det siste er imidlertid ikke en problemstilling i denne saken ettersom arbeidsgiver har tilbudt andre stillinger uten nattarbeid.

Nemnda vurderer etter dette om det vil medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver om arbeidstaker fortsetter ved X, men med fritak for nattarbeid.

Selv om ordlyden i utgangspunktet ber om en vurdering av virkningen av fritak for arbeidsgiver, kan det ikke være tvilsomt at ulempevurderingen er relativ i den forstand at desto mer tungtveiende grunner arbeidstaker har for å kreve fritak, jo mer skal til for at det foreligger en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Også arbeidstakers interesser inngår derved som et moment i vurderingen. Arbeidstaker har nylig mistet en datter, og nemnda har forståelse for at et skifte av arbeidsmiljø i en slik situasjon kan være en stor belastning. Dertil kommer at hennes yngste sønn nødvendigvis har særlige behov for omsorg og trygghet. For så vidt gjelder arbeidstakers interesser vurderer nemnda saken som helt spesiell, og finner at det foreligger særlig tungtveiende grunner som tilsier at arbeidstaker får fortsette ved samme avdeling med fritak fra nattarbeid. Dette tilsier at fritaket må føre til en særlig stor belastning for arbeidsgiver for at det skal kunne foreligge en vesentlig ulempe i lovens forstand.

Etter forarbeidene vil vesentlige momenter i ulempevurderingen være om det foreligger ledig dagarbeid og om arbeidsgiver av hensyn til de øvrige ansatte kan omdisponere arbeidsstokken, jf. Ot. prp. 49 pkt. 16.2.3 s. 215 flg.. Regelen medfører etter forarbeidene 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. Arbeidsgiver har for avslaget lagt vekt på at fritak for A vil medføre at hennes nattvakter må fordeles på 15 andre sykepleiere og vil påføre disse en merbelastning. Det er videre vist til at avdelingen allerede har seks sykepleiere med

fritak for nattevakter som ledd i egne ordninger for henholdsvis seniorer og gravide. Nemnda er av den oppfatning at andre arbeidstakers belastning er et relevant mothensyn, men finner ikke at det er tilstrekkelig tungtveiende i dette spesielle tilfellet. Selv om det generelt må anses positivt at arbeidsgiver er villig til å innvilge fritak for grupper av arbeidstakere med særlige behov, finner nemnda det uheldig at en arbeidstaker med så veldokumenterte *konkrete* behov skal nektes fritak under henvisning til at andre grupper prioriteres.

Nemnda finner etter dette at arbeidstaker for tiden må ha krav på fritak for nattarbeid i tjeneste ved avdeling X. Det er for nemnda vanskelig å vurdere hvor lenge behovet vil vedvare, og den beslutter derfor at fritaket foreløpig bør gjelde ut 2010. Arbeidstaker og arbeidsgiver bør deretter på ny i fellesskap vurdere behovet og forsøke å finne en løsning.

**Konklusjon:**

Arbeidstaker har krav på fritak for nattarbeid fra tjeneste ved avdeling X ut 2010.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Lillestrøm, 25.06.2009

**Til orientering:**

Twist om rett til fritak fra nattarbeid 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.