

VEDTAK NR 218/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 14. desember 2016

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Gry Brandshaug Dale, KS
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS

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 som godsekspeditor i B, med arbeidssted ved virksomhetens godsterminal i X. Han er 36 år gammel og har vært tilknyttet virksomheten siden 2011.

Den 17. februar 2016 var partene i et møte i forbindelse med at A hadde framlagt avventende sykemelding hvor det ble anbefalt at nattskift må unngås. Det ble under møtet framsatt ønske om tilrettelegging i henhold til dette.

I brev av 7. mars 2016 ble det fra arbeidsgiver informert om at ønsket om fritak fra nattarbeid ikke ble imøtekommet, under henvisning til at dette ville utgjøre en vesentlig ulempe for virksomheten.

Den 18. mars 2016 var partene i drøftingsmøte hvor det ble framlagt ny legeerklæring fra A. Det ble fra arbeidstaker foreslått å jobbe alternative tider, eller å tre inn i stilling som distribusjonskoordinator som var ledig grunnet sykefravær. Partene kom ikke til enighet.

Tvisteløsningsnemnda behandlet tvisten og i vedtak av 19. august 2016 fikk ikke arbeidstaker medhold.

I brev datert 22. september 2016 fra Norsk Transportarbeiderforbund til tvisteløsningsnemnda, ble det på bakgrunn av legeerklæring datert 21. september 2016 bedt om at tvisten ble behandlet som en ny sak.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 22. september 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 27. oktober 2016

Arbeidstakers anførsler

På vegne av A anfører Norsk Transportarbeiderforbund i det vesentligste:

De nye opplysningene i legeerklæringen tilsier sterkere grunn til tilrettelegging grunnet arbeidstakers helsesituasjon.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

B anfører i det vesentligste at det ikke fremkommer opplysninger i den nye legeerklæringen som tilsier at arbeidstaker skal ha krav på tilrettelegging av arbeidstiden utover det som allerede er gjennomført i tidligere perioder. Det vises for øvrig til tidligere anførsler og standpunkt i forbindelse nemndas tidligere behandling, og vedtak av 19. august 2016.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Nemnda vil innledningsvis bemerke at nemndas avgjørelser ikke kan påklages i medhold av «forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven» § 6. Dersom en eller flere parter ønsker en ny vurdering av saken vil derfor utgangspunktet være at tvisten må bringes inn for domstolene etter fristreglene i arbeidsmiljøloven § 17-2.

Det forhold at en tvist allerede er behandlet vil imidlertid ikke være til hinder for at nemnda kan behandle eventuelle nye tvister om rett til fritak fra nattarbeid mellom samme parter. En forutsetning vil være at det fremsettes et *nytt* krav overfor arbeidsgiver. For at saken skal anses som en ny sak, må den skille seg fra den forrige saken.

I nærværende sak er det på bakgrunn av nye opplysninger om arbeidstakers helsesituasjon, og etterfølgende korrespondanse, bedt om at saken behandles som en ny sak. Som nevnt over vil det klare utgangspunktet derfor være at det først rettes et nytt krav til arbeidsgiver, og at tvisten først ved et eventuelt avslag kan bringes inn for nemnda. Som følge av at arbeidsgiver etter foreleggelse av saken har tatt stilling til kravet på nytt, men opprettholder sitt standpunkt, finner nemnda at tvisten kan behandles som en ny sak.

Arbeidsmiljøloven § 10-13 fastsetter at tvist om fritak fra nattarbeid avgjøres av tvisteløsningsnemnda. 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 det kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten. Bestemmelsen gir altså arbeidstakere med helsemessige, sosiale eller andre vektige grunner en rett til å overføres til dagarbeid der dette er mulig uten vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Bestemmelsen gjelder generelt fritak fra virksomhetens arbeidstidsordning, ikke sporadiske unntak.

Inngangsvilkårene er altså at nattarbeidet er *regelmessig*, og at arbeidstaker har et behov for fritak. Det følger av forarbeidene til loven at nattarbeid må anses som en reell belastning for arbeidstakeren før bestemmelsen kan benyttes.

Det er opplyst at det aktuelle nattarbeidet inngår som del av en tre skifts ordning hvor det arbeides natt/kveld/dag-skift over en treukers periode. Av legeerklæring datert 21. september 2016, er det gitt en konkret beskrivelse av de virkninger nattarbeid medfører for arbeidstakers helse, og at han ikke anses som skikket til nattarbeid.

Etter en helhetsvurdering av skiftordningen, og de helsemessige konsekvensene som beskrives i legeerklæringen legger nemnda til grunn at A oppfyller inngangsvilkårene.

Retten til fritak fra nattarbeid er imidlertid betinget av at fritaket kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten. Det er i utgangspunktet opp til arbeidsgiver å underbygge at det er en vesentlig ulempe forbundet med å gi arbeidstakeren rett til fritak fra nattarbeid. Kravet til *vesentlig* ulempe innebærer bl.a. 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 legges vekt på om arbeidsgivers muligheter for å omdisponere arbeidsstokken og virkningen for de øvrige ansatte, 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 å tilpasse arbeidstidsordningen fremfor å overføre arbeidstakeren til andre oppgaver eller avdelinger. Der tilpasning av arbeidstidsordningen vil medføre vesentlig ulempe, vil arbeidsgiver måtte se på mulighetene for omplassering til andre oppgaver. Det er imidlertid ikke et ubetinget krav om arbeid på sin alminnelige arbeidsplass, jf. nemndas tidligere praksis.

Slik saken er opplyst, finner nemnda at fritak fra nattarbeid ikke kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten. Nemnda finner ikke å kunne overprøve vurderingen av behovet for en tre skifts ordning for å sikre en effektiv og konkurransedyktig drift. Dette er forhold som bedriften er nærmest til å vurdere. Det legges til grunn at den senere tids omstillingsprosesser ved bedriften, herunder nedbemanning og omleggingen av skiftordningene, har vært gjenstand for grundige overveielser og drøftinger med de tillitsvalgte.

Et vesentlig moment i ulempevurderingen synes etter forarbeidene å være om det foreligger ledig arbeid i en allerede etablert arbeidstidsordning i virksomheten som arbeidstaker er kvalifisert for, jf. Ot. prp. 49 kapittel 25 s 315 annet avsnitt. Slikt arbeid foreligger ikke i denne sak.

Dersom A kun skal arbeide to skift eller dagtid, opplyser arbeidsgiver at arbeidstokken må omdisponeres og andre må overta nattarbeidet hans. Det blir derfor et spørsmål om en slik omdisponering innebærer en vesentlig ulempe i denne sak.

Nemnda legger avgjørende vekt på at dette vil øke risikoen for helsemessige belastninger for den/de ansatte som må arbeide flere nattskift enn i dag. Her bemerkes at de fleste stillinger på lageret inngår i en tre skifts ordning, og at det er meget høy gjennomsnittsalder på lageret og virksomheten for øvrig. Det bemerkes i tillegg at det blant de ansatte med arbeid på dagtid allerede er to av seks ansatte som har tilrettelagt arbeidstid, og at de fire øvrige ansatte er mellom 57 og 62 år. Blant de syv ansatte i to skifts ordning har to tilrettelagt arbeidstid og de øvrige fem ansatte er mellom 51 og 61 år.

Et pålegg om å endre skiftordning kan slik nemnda ser det også føre til ikke ubetydelige, produksjonsmessige utfordringer fordi arbeidsmønsteret i bedriften er lagt opp etter dagens arbeidstidsordninger. Disse forhold må etter nemndas syn samlet sett kunne sies å utgjøre en vesentlig ulempe for virksomheten.

Nemnda legger ellers til grunn at det ikke er søkt på tidligere utlysninger. Det bemerkes for øvrig at A aksepterte å inngå i et arbeidsområde der nattarbeid var et mulig element da han takket ja til stillingen. Arbeidsgiver har også forsøkt å tilrettelegge for A gjennom opplæring og tilbud om vikariat i dagarbeid, samt midlertidig tilrettelegging og bytte av arbeidstider.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 19.12.2016

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.