

# Tvisteløsningsnemnda

etter arbeidsmiljøloven

Vedtaksdato: 07.09.2012

Ref. nr.: 12/15927

Saksbehandler: Helene Nødset Lang

## VEDTAK NR 42/12 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 6. september 2012.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Henning Harborg, leder

Anne-Lise H. Rolland, LO

Elisabeth Lea Strøm, NHO

### **Bransjemedlemmer**

Jon Lunde, Sykehuset Østfold

Beate Tønjum Hengy, 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 som overlege ved Kvinneklinikken hos X sykehus, B. A har en diagnose som gjør det viktig med en konstant og forutsigbar arbeidssituasjon. Han har vært sykmeldt fra vaktarbeid i perioden mars 2011 til april 2012. Sykmeldingen utgjorde 20 prosent. A ønsker å fortsette med en ordning som innebærer fritak fra vaktordning og har tatt opp dette med arbeidsgiver i forkant av at sykemeldingsperioden skulle utløpe 6. april 2012.

Arbeidsgiver skrev i brev av 14. februar 2012 at de ikke hadde mulighet til å tilrettelegge for en full stilling uten vakter for A. De åpnet imidlertid for muligheten til et engasjement i 50 prosent ved avdelingen, og inviterte til et møte om dette. A besvarer brevet den 19. februar og ber om et møte. Han skriver at han oppfatter det slik at hans faste ansettelse vil opphøre som følge av arbeidsgivers tilbud om engasjement, og finner dette urimelig da årsaken til hans ønske om fritak er sykdom.

Det ble avholdt et møte med arbeidsgiver den 18. april 2012 hvor det ble diskutert forskjellige alternativer for tilrettelegging samt midlertidige løsninger. Partene kom ikke til enighet i dette møtet. Referat fra møtet ble sendt ut 7. mai 2012.

Legeforeningen sendte brev til arbeidsgiver den 25. april 2012 hvor de viste til tilbud om midlertidig vaktfritak frem til 31. august 2012 og at arbeidsgiver har plikt til å tilrettelegge i henhold til arbeidsmiljøloven § 10-2 annet ledd og IA-avtalen. Legeforeningen ba arbeidsgiver vurdere As helsemessige situasjon med hensyn til fremtidige tilretteleggingstiltak. I mellomtiden aksepterte A tilbudet om midlertidig tilrettelegging og varslet arbeidsgiver om at de ville vurdere å fremme saken for tvisteløsningsnemnda dersom man ikke kom frem til en løsning.

Arbeidsgiver besvarte brevet 16. mai 2012 med at de mente man hadde tilrettelagt tilstrekkelig etter arbeidsmiljøloven § 10-2 annet ledd og at man nå så etter muligheter for tilrettelegging etter arbeidsmiljøloven § 4-2 i form av annet passende arbeid i virksomheten.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 19. juli 2012 fra Legeforeningen på vegne av A. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Det er mottatt følgende dokumenter fra Legeforeningen:

- brev av 13. juni 2012 med vedlegg
- e-poster av 25. juli 2012
- brev av 3. august 2012
- brev av 15. august 2012

Det er mottatt følgende dokumenter fra B:

- brev av 19. juli 2012 med vedlegg
- brev av 31. august 2012

### **Arbeidstakers anførsler**

Legeforeningen anfører på vegne av A at kravet om fritak fra nattarbeid ble avslått i arbeidsgivers brev av 16. mai 2012 og at tvisten dermed er fremmet innen fristens utløp 13. juni 2012. Det anføres at brevet med overskriften «Tilbud om vaktfritt engasjement ved avdelingen» datert 14. februar 2012 ikke kan oppfattes som et avslag, men som en invitasjon til videre prosess for å finne en løsning. Påfølgende møte og brevveksling mellom partene oppfattes som løpende drøftinger som førte frem til et endelig avslag i brev av 16. mai 2012. At konklusjonen her er sammenfallende med arbeidsgivers utgangspunkt fra februar kan ikke innebære at fristen begynte å løpe allerede fra februar. Arbeidsgiver fremsatte i brevet fra februar et konkret tilbud og varslet derved at man forsøkte å komme frem til løsninger.

A anfører videre at han har et helsemessig behov for å overføres til dagarbeid og at han kan arbeide i full stilling så lenge han får fritak fra nattarbeid. Det anføres at B, med 9500 ansatte, burde ha mulighet til å innvilge arbeidstakere de rettigheter de har etter arbeidsmiljøloven. Dersom man ikke skal ha krav på fritak på bakgrunn av vanskeligheter med å avvikle vakt ved avdelingen ville dette medføre at arbeidsmiljølovens regler om fritak fra nattarbeid ikke vil få anvendelse for flertallet av leger (og de fleste sykepleiere).

Det anføres at det ikke medfører vesentlig ulempe for arbeidsgiver at vaktordningen endres fra 9-delt til 8-delt tilstedevakt. Dette vil medføre en helt ordinær vaktordning med et antall leger som ikke skiller seg vesentlig fra gjennomsnittet ellers. Det anføres videre at det ikke er uvanlig ved norske sykehus at leger kun går vakter og at det ikke bør være noe problem å rekruttere eksempelvis stipendiater eller forskere til disse vaktene, eventuelt vikarer fra vikarbyråer. Legeforeningen kan ikke se at det er gjort konkrete forsøk på hverken å tilpasse vaktene eller rekruttere leger til de aktuelle vaktene. Man kan heller ikke forstå arbeidsgivers anførsel om at det vil bli mindre tilstedetid på dagtid da As tilstedeværelse vil veie opp for dette.

En avveining av partenes interesser tilsier en sterkere begrunnelse fra arbeidsgivers side. A har en spesialistutdanning som gjør det veldig krevende å finne annet relevant arbeid uten nattevakter. Uten varig tilrettelegging er risikoen stor for at A faller ut av arbeidslivet. Det kan ikke forventes at alle leger i alle livets faser skal kunne arbeide med full vaktbelastning hele sitt yrkesaktive liv. Det må være rom for individuelle tilpasninger.

Det anføres videre at eventuelle fritak for andre overleger på grunn av fylte 55 år må vurderes dersom og når situasjonen oppstår, og man mener dette ikke kan hindre ham i å få fritak på grunn av helse.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B ber prinsipalt om at saken avvises på bakgrunn av at den er for sent fremsatt. Det anføres at arbeidsgivers brev av 14. februar må regnes som avslag på kravet om varig fritak fra nattevakter. Det anføres at det første avslaget må legges til grunn selv om avslaget har blitt gjentatt flere ganger overfor arbeidstaker.

Subsidiært anføres det at arbeidsgiver har oppfylt sin tilretteleggingsplikt overfor A.

Det anføres videre at fritak fra nattevakter for A ville medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. En overgang fra 9-delt til 8-delt vakt vil innebære en økning av døgnvakter og helgevakter for de andre legene på avdelingen. I tillegg er arbeidet ved avdelingen svært

krevende med høy aktivitet også om natten og kan derfor ikke sammenlignes med gjennomsnittet ved andre avdelinger.

Det anses ikke realistisk å rekruttere en overlege kun til nattevakter, slik at alternativene vil være å øke vaktbelastningen på de andre legene eller opprette en ny stilling. Det siste er ikke aktuelt på grunn av økonomi. Den midlertidige tilretteleggingen for A de siste 2,5 årene har resultert i et overforbruk som det ikke er budsjettert med.

Arbeidsgiver vil være behjelpelig med å fortsette prosessen med å finne andre stillinger A kan være kvalifisert til.

### **Tvistløsningsnemndas merknader**

Arbeidsmiljøloven § 10-13 fastsetter at tvist om 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.

Nemnda finner at fireukersfristen først begynte å løpe 16. mai 2012. Det foreligger ikke noe fra arbeidsgiver som kan oppfattes som et endelig avslag før 16. mai 2012. Frem til da ga ikke arbeidsgiver entydig uttrykk for at det ikke ville bli tilrettelagt for fritak fra nattarbeid etter arbeidstakers ønsker, men bega seg snarere ut på en diskusjon om forskjellige mulige løsninger. Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved Legeforeningens e-post av 13. juni 2012, og anses dermed som rettidig innbrakt.

Arbeidsmiljøloven § 10-13 fastsetter at tvist 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 av helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner har behov for det, og det kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten. Etter bestemmelsens forarbeider gjelder den ”generelle unntak fra gjeldende arbeidstidsordning og ikke sporadiske endringer”.

Ut fra sakens dokumenter fremstår det som klart at inngangskriteriene er oppfylt. A arbeider regelmessig om natten, og han har av helsemessige grunner et reelt behov for fritak fra nattarbeid.

Det avgjørende for om A har krav på fritak fra nattarbeid 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 bl.a. det ikke er tilstrekkelig å påvise en generell **ulempe som vil oppstå ved nær sagt enhver fritaksordning**.

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 arbeidsgiveren tilbyr annet relevant arbeid på dagtid, vil det imidlertid kunne være et relevant moment i vurderingen av om en ren tilpasning av arbeidstidsordningen vil medføre en vesentlig ulempe. Ved spørsmålet om fritak fra nattarbeid vil medføre vesentlig ulempe, vil andre vesentlige momenter være muligheten for å finne erstattere til nattarbeidet, belastningen på de øvrige ansatte o.l. 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.

Nemnda har kommet til at arbeidstaker må gis medhold i sitt krav om fritak fra nattarbeid.

Nemnda tar som utgangspunkt at arbeidstaker har et tungtveiende og spesifikt behov for fritak gjennom en alvorlig medisinsk diagnose. Nemnda anser på den bakgrunn ikke den anførte ulempen om økt vaktbelastning på andre leger som tilstrekkelig tungtveiende i denne saken. Det legges også vekt på at det dreier seg om en stor avdeling, og at arbeidsgiver ikke har gjort konkrete forsøk på å bemanne vaktene A søker fritak fra.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis medhold i sitt krav om fritak fra nattarbeid.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Oslo, 07.09.2012

### **Til orientering:**

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14 og 14-3 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.