

VEDTAK NR 24/08 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag den 22.05.08 i Departementsbygning R4, møterom 1012, Oslo.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Hanne Inger Bjurstrøm (leder)
Elisabeth Lea Strøm, NHO
Haakon Skaug, LO (vara for Karl Inge Rotmo)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Karen Anne Braathen, sykehuset Telemark
Tore Dahlstrøm, Sykepleierforbundet

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 arbeider i 50 prosent stilling som hjelpepleier hos B. Hun har vært ansatt ved sykehuset siden 15.09.79, og har i 28 år kun arbeidet på barneavdeling og barselavdeling. Hun er utdannet som spesialhjelpepleier i føde og barsel.

I perioden 26.10.81 til 21.09.87 arbeidet A i 50 prosent stilling som nattevakt. Etter 6 år fikk hun helsemessige problemer slik at hun ikke kunne fortsette som nattevakt, og har frem til dags dato arbeidet dag- og kveldsvakter.

I 2004 ble postene Barsel 1 og Barsel 2 slått sammen til dagens post 4C, hvor A arbeider. Det ble samtidig redusert 7 årsverk, noe som medførte at hjelpepleierne som tidligere hadde sluppet å utføre nattjeneste måtte gjenoppta dette, deriblant A. De som ønsket å slippe nattjeneste kunne få tilbud om stillinger uten nattjeneste på andre sengeposter ved sykehuset. A ønsket ikke denne løsningen og kontaktet derfor sin fagforening. Etter en omfattende

korrespondanse i 2004 og 2005 ble det inngått en avtale om at hun fikk redusert nattevaktene i sin turnus fra 6 til 3 nattevakter i løpet av 12 uker. Hun måtte selv sørge for at disse vaktene ble dekket opp av andre. Hun arbeider i dag 3 nattevakter over 16 uker. Etter 18 måneder ble imidlertid A sykemeldt for en og en nattevakt, og dette medførte at arbeidsgiver etter et møte den 18.10.07 tilbød henne en hjelpepleierstilling utenfor post 4C (en nattevaktsfri stilling ved Øre- Nese- og Hals avdelingen). Dette tilbudet mottok A den 07.12.07.

Det holdes et såkalt "dialogmøte" i forbindelse med A helsesituasjon knyttet til nattjeneste den 13.12.07. A takket nei til tilbudet om hjelpepleierstilling på post 6C samme dag, med påfølgende brevveksling for å avklare den videre prosessen.

A lege sendte et brev til sykehuset med kopi til blant annet Arbeidstilsynet den 10.01.08, hvor han blant annet påpeker manglende tilrettelegging etter arbeidsmiljøloven. Etter samtale med sekretariatet for tvisteløsningsnemnda fremmet A selv saken for tvisteløsningsnemnda i brev av 28.02.08.

Begge parter har i ettertid fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises i denne forbindelse til brev fra B av 04.04.08 og brev fra advokat C av 07.04.08.

Arbeidstakers anførsler

Advokat C ber om oppreisning for en eventuell fristoversittelse og opprettholder kravet om fritak fra nattevakter på vegne av A. Det anføres i det vesentligste:

Prinsipielt blir det anført at A som har arbeidet dagvakter siden 22.09.87 med rettslig bindende virkning er ansatt i dagstilling uten nattevakter.

Subsidiært blir det anført at A med hjemmel i arbeidsmiljølovens § 10-2, 2. ledd ha rett til fritak fra nattarbeid på føde/barselsavdelingen av helsemessige grunner. Fritaket kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten da det er en rekke andre arbeidstakere som er villige til å gå inn og overta nattevaktene. Arbeidsgiver plikter å tilrettelegge turnuser som hensyntar dette. Det er grunn til å anta at avdelingsleder D av rene makelighetsgrunner ikke ønsker nattevaktsfrie stillinger på avdelingen da det er lettere å sette opp turnuser med en type stillinger i hele avdelingen. En slik ordning vil uansett ikke fungere da erfaring viser at en viss andel av arbeidstakerne etter en viss tid vil få problemer med å gjennomføre nattevakter av helsemessige grunner, slik at problemet vil oppstå på ny med andre arbeidstakere.

Endelig anføres det at det i denne sak også foreligger utenforliggende hensyn bak forslaget om å flytte A til en helt annen avdeling med andre arbeidsoppgaver som hun ikke har utdannelse eller erfaring til. Det pågår omorganisering og nedbemanningsarbeid ved Sykehuset, og fødsels- og barselavdelingen skal reduseres med 1 1/2 stilling. Det er grunn til å tro at A skal brukes som ledd i den omorganisering og nedbemanningen på avdelingen. Dette er ikke relevant ved vurderingen etter Arbeidsmiljølovens § 10-2, 2. ledd.

A mener arbeidsgiver ikke har strukket seg langt nok for å finne likeartet arbeid til henne, og har derfor fremmet saken for tvisteløsningsnemnda. Hun anser den tilbudte stillingen som uaktuell fordi hun er spesielt interessert i barnepleie og amming, og fordi hun ikke tolererer tung pleie, alvorlig sykdom og død så godt. Den tilbudte stillingen er en stilling med grunnleggende forskjellige arbeidsoppgaver.

Arbeidsgivers anførsler

B vil hevde at som arbeidsgiver et det gjort forsøk med tilrettelegging for A i hennes nåværende stilling for at hun skulle kunne fortsette i denne.

Det er gjennomført en halvering av nattjenesten i forhold til sammenlignbare stillinger. A har 3 nattvakter over 16 uker, mens hjelpepleiere i sammenlignbare stillinger har henholdsvis 7 og 10 nattvakter, litt avhengig av hvordan vaktene ellers er satt sammen. Sykehuset som arbeidsgiver kan ikke se at dette kommer inn under forståelsen av "arbeidstaker som regelmessig arbeider om natten" selv om de 3 nattvaktene er satt inn i en arbeidsplan. I snitt vil dette være 1 nattvakt hver 5,3 uke og skulle således etter Ot.prp. 49 kap. 25 s. 315 ikke kunne anses som regelmessig.

Uavhengig av dette har sykehuset tilbudt henne en langsiktig løsning med en stilling på en annen post (i samme bygg) uten nattjeneste. I og med at A lege har gitt uttrykk for at A ikke kan utføre nattjeneste, vil det ikke være noen løsning å videreføre ordning med at hun selv sørger for at hennes nattevakter blir dekket av andre. Slik hennes leges uttaleser forstås, vil hennes medisinske fritaksgrunn være av permanent karakter.

Når arbeidsgiver fremsetter tilbud om en annen hjelpepleierstilling uten nattjeneste har arbeidsgiver vurdert dette som et godt tilbud i forhold til at A skal kunne fortsette ved sykehuset med de lidelser hun nå har.

Gjennom sin offentlige godkjenning som hjelpepleier mener arbeidsgiver at A er kompetent til å utføre generelle hjelpepleieroppgaver.

Det hevdes fra advokat C at A har en bindende avtale om at hun er ansatt i stilling som omfatter dagvakter. Det er ikke helt uvanlig at ansatte ved B i sine ansettelsespapirer har hatt uttrykk som "dagstilling" og "nattstilling". Det betyr ikke at arbeidsgiver, når grunnlaget er til stede og gjeldende lovverk følges, kan endre dette. Ved omorganisering som gjaldt alle hjelpepleiere på denne sengeposten, ble turnus med nattevakter innført i 1987. I denne saken er det A helsesituasjon som danner grunnlaget for en eventuell endring i hennes ansettelsesforhold.

Advokat C nevner en rekke personer som kan overta A nattjeneste. Disse personene arbeider enten i ordinær tredelt arbeidsplan (m/nattjeneste) eller nattjeneste. Avdelingsjormor opplyser at de i nattjeneste allerede har mer nattjeneste enn tidligere og at en av de navngitte er vikar. Skulle noen av disse utføre mer nattjeneste måtte dette skje ved økt stillingsbrøk og at A reduserer sin tilsvarende. Dette er ikke et aktuelt tema. Det er heller ikke aktuelt fra arbeidsgivers side å overføre mer nattjeneste til andre ansatte i tredelt turnus eller nattstillinger. Det er allment kjent at nattjeneste er en belastning og B anser det ikke ønskelig å overføre denne belastning på andre hjelpepleiere som en permanent løsning. Når arbeidsgiver i tillegg kan tilby A annen permanent dagstilling, anses arbeidsmiljølovens krav om tilrettelegging innfridd.

Når det gjelder anmodning om opplysninger rundt tidspunktet for avslag på søknaden, så vil B hevde at det i utgangspunktet ikke er gitt slikt avslag. B har tilbudt en ny stilling som ikke medfører nattjeneste. Imidlertid ble dette tilbudet avslått av A i brev av 13.12.07.

Twisteløsningsnemndas merknader

Arbeidsmiljøloven § 10-13 fastsetter at tvist om rett til fritak fra nattarbeid avgjøres av tvisteløsningsnemnda. Frist for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda er fire uker etter

at arbeidsgiver avsto krav fra arbeidstaker, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd. Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved arbeidstakers brev av 28.02.08. Saken er således rettidig fremmet.

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 kap. 25 s. 315 flg. Skiftarbeidere som regelmessig arbeider om natten vil klart omfattes. Nemnda vil bemerke at A har 3 nattevakter over 16 uker, mens hjelpepleiere i sammenlignbare stillinger har henholdsvis 7 og 10 nattevakter

Det følger videre av forarbeidene til loven at nattarbeid må anses som en reell belastning for arbeidstakeren før bestemmelsen kan benyttes.

Rett til fritak fra nattarbeid er videre 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 rett til fritak fra nattarbeid. Kravet til *vesentlig* ulempe innebærer imidlertid 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 også legges vekt på om arbeidsgiver av hensyn til de øvrige ansatte kan omdisponere arbeidsstokken, jf. Ot. prp. 49 pkt. 16.2.3 s. 215 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 dette ville medføre en vesentlig ulempe, vil arbeidsgiver måtte se på mulighetene for omplassering til andre oppgaver. Det er imidlertid ikke noe ubetinget krav om arbeid på sin alminnelige arbeidsplass, jf. nemndas tidligere praksis.

Nemnda har lagt vekt på at det ikke er aktuelt for arbeidsgiver å overføre mer nattjeneste til andre ansatte i tredelt turnus eller nattstillinger, da nattjeneste er en belastning og man ikke ønsker å overføre denne merbelastning på andre hjelpepleiere som en permanent løsning. Det ville i tillegg medføre problemer med å få turnusen til å gå opp dersom A fikk varig fritak fra nattevakter ved post 4C (føde/barsel).

Tvisteløsningsnemnda ser det slik at arbeidsgivers plikt kun strekker seg til å tilby relevant arbeid innenfor den enkeltes arbeidsavtale og de mulighetene arbeidsgiver ellers har for omplassering i kraft av arbeidsgivers styringsrett. A kan derfor ikke anses å ha et ubetinget krav om arbeid på sin alminnelige arbeidsplass. Slik saken er presentert har nemnda kommet til at sykehuset har oppfylt sin forpliktelse til tilrettelegging ved å tilby A annet relevant

arbeid på dagtid hos B.

Nemnda bemerker at den ikke har myndighet til å vurdere hvorvidt A har et kontraktsmessig krav på å kun jobbe dag/kveld ut fra hennes arbeidsavtale med påfølgende endringer. Dette må i tilfelle avgjøres av en domstol.

Arbeidsgiver må etter det ovennevnte anses for å ha oppfylt A rettigheter etter arbeidsmiljøloven § 10-2 annet ledd ved å tilby henne relevant arbeid på dagtid ved sykehuset.

Konklusjon

A gis ikke medhold i sitt krav om fritak fra nattevakter på føde-/barselavdelingen.

Tvisteløsningsnemnda

Hanne Inger Bjurstrøm
leder

Oslo, 29.06.08

Til orientering:

Tvist 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.