

# Tvisteløsningsnemnda

etter arbeidsmiljøloven

Vedtaksdato: 18.12.2012

Ref. nr.: 12/25081 og 12/25087

Saksbehandler: Helene Nødset Lang

## VEDTAK NR 62/12 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 12. desember 2012.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Henning Harborg, leder

Vetle W. Rasmussen, Parat (settemedlem for Lornts Nagelhus, LO)

Anders Stenbrenden, NHO (vara for Elisabeth Lea Strøm)

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Karin Solum, HK

Marianne Pedersen, Virke

### **Saken gjelder**

Tvist om rett til fritak fra nattarbeid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 (2) /  
fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B

## **Det ble truffet slikt vedtak:**

### **Saksforhold**

A er ansatt som resepsjonist i nattstilling på 80 prosent hos B. Arbeidstiden hans har vært fra kl. 23 til kl. 7 i rotasjon med én uke på og én uke av. A fikk i 2010 helseproblemer i form av høyt blodtrykk og hjerteflimmer. As fastlege mener problemene skyldes og forverres av nattarbeid. A ble sykmeldt fra 23. mai 2011 og er i dag fortsatt ikke tilbake i arbeid.

Tvist om fortrinnsrett til stillinger som resepsjonist og kurs- og konferanseansvarlig (begge på dagtid) ble fremmet for nemnda 16. januar 2012 og behandlet i nemndsmøte 8. mars 2012 (se vedtak 16/12). Nemnda konkluderte med at kravet om fortrinnsrett var for sent fremsatt, og ble dermed avvist. Arbeidstaker fikk derimot behandlet krav om fritak fra nattarbeid, men fikk ikke medhold.

A har senere søkt stilling som resepsjonssjef, men fikk avslag på søknaden ved e-post av 4. juli 2012. Han brakte deretter ny sak inn for tvisteløsningsnemnda ved brev fra advokat Silje Hassellund Solberg av 18. juli 2012.

Det ble avholdt forhandlingsmøte mellom partene den 22. august 2012. A satte frem krav om å bli tilsatt i stillingen som resepsjonssjef. Arbeidsgiver hevdet at vilkårene for fortrinnsrett ikke var til stede da A ikke var kvalifisert for stillingen. Det forelå heller ikke noe udekket arbeidsbehov på dagtid i virksomheten. Det ble ikke oppnådd enighet mellom partene.

Senere ble A oppmerksom på at en ny person hadde begynt å arbeide som resepsjonist ved hotellet og brakte tvist om denne ansettelsen inn for nemnda den 20. september 2012.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Partene ber om at sakene behandles samlet for nemnda.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstakersiden:

- brev av 18. juli 2012
- brev av 5. september 2012
- brev av 20. september 2012
- brev av 9. oktober 2012
- brev av 2. november 2012
- brev av 15. november 2012
- brev av 11. desember 2012

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiversiden:

- brev av 7. september 2012
- brev av 5. november 2012
- brev av 5. desember 2012
- e-post av 12. desember 2012

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører at han har krav på fritak fra nattarbeid og at arbeidsgiver har brutt reglene om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Det anføres i det vesentligste:

Det anføres at A er kvalifisert for stillingen som resepsjonssjef og at unnlåtelsen av å ansette ham strider mot arbeidsmiljølovens §§ 10-2 (2) og 14-3 sammenholdt med § 4-6. Det hevdes at det er lite tvilsomt at A er kvalifisert for dagtidsstilling i resepsjonen, og at man heller ikke er enig i at en dagstilling har en helt annen art og karakter enn en nattevaktstilling.

Det anføres videre at B har hatt behov for ytterligere arbeidskraft i resepsjonen uten at dette har blitt tilbudt A. Dette fremgår av det faktum at det har begynt en ny resepsjonist ved hotellet. Det siktes her til den midlertidige stillingen, ikke lærlingstillingen som arbeidsgiver har vist til. Det bemerkes at dette er en helt tilsvarende stilling som A er tilsatt i. Det hevdes at det må være opp til A å vurdere om stillingen er interessant eller ikke.

Det vises til at nemnda i vedtak 16/12 bemerket at «det forventes at arbeidsgiver også i fremtiden vil tilby A ledige stillinger på dagtid som han er kvalifisert for, og at man forsøker å komme frem til praktisk mulige løsninger i mellomtiden». Det har vært høy turnover i perioden før ny resepsjonssjef ble ansatt, men B har ikke hatt noen dialog med A i etterkant av vedtaket som ble fattet i mars.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører at A ikke har innehatt nødvendige kvalifikasjoner for noen av de omtvistede stillingene, og at det for tiden ikke er noen ledige stillinger på dagtid og heller ikke noe udekket arbeidsbehov. Det ville videre medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å si opp andre fast ansatte for å gi A arbeid på dagtid.

Resepsjonssjefsstillingen A har søkt på er en helt annen type stilling enn den han har fra før, med helt andre arbeidsoppgaver. Stillingen som resepsjonssjef omfatter et bredt spekter av administrative og praktiske oppgaver, herunder personalansvar, opplæring, bemanning og økonomi. Arbeidsgiver ønsket en person med høyere utdanning innen økonomi- og administrasjon, alternativt hotell- og reiseliv. Det var også en klar forutsetning at vedkommende skulle ha relevant ledererfaring fra hotell eller restaurant. I tillegg ble det forutsatt at vedkommende skulle ha personlige egenskaper som å være initiativrik, fleksibel og inneha evne til å takle stress.

As primæroppgaver som nattevakt er å ivareta hotellets sikkerhet om natten i tillegg til å klargjøre neste dags oppgjør med utsjekkende gjester. De fleste netter er meget rolige, og det stilles helt andre krav til arbeidstempo enn for resepsjonssjefen. A har videre ikke de kvalifikasjonene som kreves for resepsjonssjefsjobben. Han mangler relevant ledererfaring, reelle og formelle kvalifikasjoner og de rette personlige egenskapene.

Det faktum at A ble informert om stillingen og innkalt til intervju innebar ingen vurdering av at han var kvalifisert for stillingen. Dette ble kun gjort i tråd med Bs rutiner i forhold til interne søkere.

B anfører videre at personen som er ansatt i resepsjonen er en nyansatt lærling i Resepsjonsfag. Stillingen ble utlyst i mai og A søkte ikke på stillingen. Han har heller ikke fremmet krav om fortrinnsrett til denne før klagen til tvisteløsningsnemnda datert 20. september 2012. En ekstern søker med fullført videregående opplæring i reiseliv ble tilsatt og

tiltrådte stillingen 3. september 2012. Lærlingen fyller ikke noe ekstra behov i resepsjonen, men anses som en opplæringskostnad.

Prinsipalt anføres det at kravet på fortrinnsrett til lærlingstillingen må avvises som for sent fremsatt. Loven oppstiller ingen særskilt frister for å gjøre retten gjeldende overfor arbeidsgiver, men ifølge bestemmelsens forarbeider, jf. ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 228, har imidlertid den deltidsansatte fortrinnsretten i behold inntil ekstern søknadsfrist utløper. Lærlingstillingen ble utlyst i midten av mai 2012 gjennom interne og eksterne kanaler. Søknadsfrist var 20. juni 2012. A verken søkte på stillingen eller gjorde fortrinnsrett gjeldende overfor bedriften på annen måte. Lærlingen tiltrådte stillingen 3. september 2012. Først 20. september ble kravet om fortrinnsrett fremmet, gjennom en klage til tvisteløsningsnemnda. Dette må under enhver omstendighet anses som for sent i henhold til bestemmelsen.

Subsidiært anføres at en lærlingstilling ikke kan regnes som en «ny ansettelse i virksomheten» fordi formålet med stillingen kun er å drive opplæring, ikke å dekke et arbeidskraftbehov. Videre anføres det at stillingen er av en helt annen art og karakter enn As nattevaktstilling og således faller utenom den type stilling A vil ha fortrinnsrett til.

Det er ansatt en deltidsarbeider i et korttidsengasjement som skal legge over bestillinger i forbindelse med at hotellet bytter datasystem. Dette gjøres primært på kveldstid/natt for ikke å forstyrre driften, og vikariatet løper ut 2012. Det anses derfor lite praktisk at nemnda fatter vedtak om fortrinnsrett til denne stillingen. Videre anføres det at arbeidet har vært svært krevende, og blitt utført under høyt tidspress, i tillegg til at det krever tallforståelse. Arbeidsgiver er av den oppfatning at A ikke innehar kvalifikasjonene som skal til for denne stillingen. Han har også tidligere uttalt og takket nei til å gå ned i stillingsstørrelse og jobbe helg og kveld. Videre er kravet fremmet for sent i forhold til fristen da han først i brev av 15. november 2012 åpner for å kunne vurdere helgestillinger.

Til kravet om fritak fra nattarbeid vises det til at det ikke foreligger et udekket arbeidskraftbehov og at virksomheten måtte gått til oppsigelse om den skulle overføre A til dagarbeid. Det ville medført vesentlig ulempe. De er videre tilbudt en rekke tilretteleggingstiltak som A har takket nei til.

### **Tvisteløsningsnemndas merknader**

Nemnda gjør oppmerksom på at det faste varamedlemmet fra LO, Lornnts Nagelhus, har fratrudd ved behandlingen av saken fordi arbeidstaker representeres av en kollega av Nagelhus i LOs juridiske avdeling. Nemnda har utpekt Vetle W. Rasmussen, advokat i Parat, som settemedlem i nemnda.

Nemnda legger til grunn at tvisten om fortrinnsrett til stillingen som resepsjonssjef er rettidig fremmet. Det gjelder imidlertid ikke tvisten om stilling som lærling. Denne ble utlyst både eksternt og internt uten at A søkte på den. Sak skulle da vært brakt inn for nemnda senest fire uker etter at det skjedde ansettelse i stillingen.

Når det gjelder den kortvarige deltidsstillingen til omlegging av bestillinger, legger nemnda til grunn at arbeidsgiver over lengre tid har vært klar over at A har ønsket seg en annen stilling, og derfor må kunne sies å ha en oppfordring til å vurdere ham til slike stillinger. Stillingen ble imidlertid ikke utlyst, og nemnda har ingen forutsetninger for å vite når A fikk kjennskap til

ansettelsen. I fravær av slike opplysninger legger nemnda til grunn at saken er rettidig fremmet og vil ta kravet til realitetsbehandling.

Kravet om fritak fra nattarbeid anses også rettidig fremsatt.

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til fritak fra nattarbeid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 (2) kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven §§ 17-2 (1) og § 10-13. Arbeidsmiljøloven § 10-2 (2) 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 ifølge forarbeidene normalt kreves at det er tale om flere netter i måneden. Skiftarbeidere som regelmessig arbeider om natten vil klart omfattes. A, som kun jobber netter, oppfyller klart dette vilkåret.

Det følger videre av forarbeidene til loven at nattarbeid må anses som en reell belastning for arbeidstakeren før bestemmelsen kan benyttes. På bakgrunn av As beskrivelser av helseproblemer og den fremlagte legeattesten finner nemnda det tilstrekkelig dokumentert at vilkåret er oppfylt.

Rett til fritak fra nattarbeid er til slutt 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, og kravet til *vesentlig* ulempe innebærer 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 (2004-2005) 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.

Twisteløsningsnemnda kom i sitt vedtak 16/12 til at arbeidsgiver hadde oppfylt sine forpliktelser i henhold til arbeidsmiljøloven § 10-2 (2) gjennom de forsøkene som hadde vært gjort for å tilrettelegge for dagarbeid for A. Flertallet bemerket imidlertid at «det forventes at arbeidsgiver også i fremtiden vil tilby A ledige stillinger på dagtid som han er kvalifisert for, og at man forsøker å komme frem til praktisk mulige løsninger i mellomtiden».

Twisteløsningsnemndas flertall, medlemmene Harborg, Stenbrenden, Pedersen og Rasmussen, finner ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurdering om at A ikke var kvalifisert for stillingen som resepsjonssjef. Flertallet finner det sannsynliggjort at oppgavene til resepsjonssjefen avviker vesentlig fra oppgavene til nattevakten, og finner derfor ikke at denne stillingen er relevant for As krav på fritak fra nattarbeid.

Ut fra samme begrunnelse kan flertallet heller ikke gi A medhold i at han har fortrinnsrett til stillingen i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-3. Bestemmelsen krever at man er kvalifisert for stillingen, noe nemnda altså ikke kan legge til grunn at A var. I tillegg er det i henhold til

forarbeidene et krav om at den omtvistede stillingen har om lag de samme arbeidsoppgavene som den stilling man har. Det er ikke tilfellet her.

Den midlertidige stillingen som utløper ved årets slutt reiser ikke spørsmål om fortrinnsrett etter § 14-3 fordi den er en mindre deltidsstilling enn den A har (uten at stillingene kan kombineres). Nemndas flertall kan heller ikke se at denne stillingen er relevant for kravet om fritak for nattarbeid. Stillingen er kortvarig og vil kun medføre et fritak fra enkelte av As nattevakter, hvilket neppe vil medføre reell bedring i hans situasjon.

Det bemerkes imidlertid at nemnda fortsatt forventer at arbeidsgiver i fremtiden vil tilby A ledige stillinger på dagtid som han er kvalifisert for, og at man forsøker å komme frem til praktisk mulige løsninger i mellomtiden.

Nemndas mindretall, medlemmet Solum, mener at arbeidsmiljøloven skal tolkes til beste for arbeidstakeren, og fastholder sitt standpunkt som framkommer i vedtak nr. 16/12. Hun mener sakens utvikling viser at dette er en arbeidsgiver som ikke ønsker å tilrettelegge for at A skal være i arbeid på B.

Solum mener et fritak fra nattarbeid, slik As lege anbefaler, kunne vært gjennomført uten vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Det vises også til arbeidsmiljøloven § 4-6 (1). Videre har A fortrinnsrett til ledige stillinger i virksomheten jf. arbeidsmiljøloven § 14-3 (2) og (3). Solum mener A skulle vært tilbudt stillingene som det ble vist til i vedtak 16/12, det vil si som resepsjonist sommeren 2010, stillingen etter at den bookingansvarlige sa opp sin stilling senhøsten 2011 og en midlertidig stilling etter at den ansvarlige på kurs- og konferanse avdelingen var langtidssyk.

Solum mener også at arbeidsgiver ved å ikke tilby A ytterligere ledige stillinger etter tvisteløsningsnemndas vedtak i mars 2012, viser at A ikke er ønsket i virksomheten. Arbeidsgiver handler dermed i strid med arbeidsmiljølovens § 10-2 (2) og § 14-3, begge sammenholdt med arbeidsmiljølovens § 4-6.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold i sine krav om fortrinnsrett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Arbeidstaker gis ikke medhold i sine krav om fritak fra nattarbeid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 (2).

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Oslo, 18.12.2012

**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).