

VEDTAK NR 16/12 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 8. mars 2012.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder

Vetle W. Rasmussen, Parat (settemedlem for Anne-Lise H. Rolland, LO)

Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Karin Solum, HK

Ingrid Schønning, Virke

Saken gjelder

Tvist om rett til fritak fra nattarbeid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 andre ledd og fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er ansatt som resepsjonist i stilling på 80 prosent hos B. Arbeidstiden hans er fra kl. 23 til kl. 7 i rotasjon med en uke på og en uke av. A fikk i løpet av 2010 helseproblemer i form av høyt blodtrykk og hjerteflimmer. As fastlege mener problemene skyldes og forverres av nattarbeid.

A har tatt opp problemene med arbeidsgiver både muntlig og skriftlig i brev 4. januar 2011. Samme dag fikk A svar fra arbeidsgiver med informasjon om at det for øyeblikket ikke fantes ledige stillinger ved hotellet, men at det ville la seg gjøre å redusere stillingen hans i form av kortere uker og helgefri. A svarte 18. januar 2011 at han ikke er interessert i å redusere sin stilling.

A ble sykmeldt fra 23. mai 2011 og er det fortsatt. Det ble avholdt dialogmøte med NAV 11. november 2011. A krevde deretter forhandlingsmøte med arbeidsgiver og fremsatte krav om fritak fra nattarbeid og fortrinnsrett til utvidet stilling i brev av 12. desember 2011. Forhandlingsmøtet ble avholdt den 20. desember 2011.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda av advokat X ved brev av 16. januar 2012. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev med vedlegg datert 16. januar 2012

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev med vedlegg datert 15. februar 2012
- brev datert 1. mars 2012

Arbeidstakers anførsler

A, representert av advokat X, anfører at han har krav på fritak fra nattarbeid og at han hadde fortrinnsrett til stillingene som resepsjonist på dagtid og kurs- og konferanseansvarlig som ble besatt sommeren 2010.

A har behov for fritak fra nattarbeid på bakgrunn av helseproblemer, søvnvansker og at nattarbeidet påvirker familielivet negativt. Fritaket kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Arbeidsgiver ansatte sommeren 2010 en ekstern søker i stilling som resepsjonist på dagtid og en intern søker som kurs- og konferanseansvarlig. I tillegg sa bookingansvarlig opp på senhøsten 2011, samt at kurs- og konferanseansvarlig har vært langtidssykemeldt. A er kvalifisert for disse stillingene, og fortrinnsretten gjelder derfor for disse. Det anføres at arbeidsgiver har en plikt til å tilby bedre tilrettelegging enn redusert stilling.

Arbeidsgivers anførsler

B Gruppen ved HR-sjef C anfører at de har forholdt seg til lovens krav om fortrinnsrett, og at man har forsøkt å finne tilpassede løsninger for A.

Fritak fra nattarbeid vil imidlertid for tiden innebære en vesentlig ulempe fordi det ikke finnes aktuelle, ledige stillinger. Hotellet har 28 ansatte hvorav to tredeler tilhører husøkonomavdelingen. Foruten direktøren er det kun en halv stilling som administrasjonssekretær og en bookingsjef som primært jobber dagtid.

A har ved flere anledninger fått tilbud om å jobbe på dagtid, blant annet ved tilbud om jobb som vaktmester i stilling på 70 prosent. Arbeidsgiver har også tilbudt å redusere As stilling, samt å tilrettelegge arbeidstiden i form av arbeid annenhver helg og en kveld i uken.

Det anføres at A ble muntlig informert om den ledige stillingen som bookingansvarlig. Uavhengig av dette anfører arbeidsgiver at A ikke innehar de ønskede kvalifikasjoner eller egnethet som de ønsket til denne stillingen.

Twisteløsningsnemndas merknader

Nemnda gjør oppmerksom på at det faste medlemmet Anne-Lise H. Rolland har fratrådt i behandlingen av saken fordi arbeidstaker representeres av en kollega av Rolland i LOs juridiske behandling. Ettersom Rollands personlige vara jobber samme sted, har nemnda utpekt Vetle W. Rasmussen, advokat i Parat, som settemedlem av nemnda.

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-3 fjerde ledd. Frist for å bringe saken inn for nemnda er fire uker etter at arbeidsgiver avslo krav fra arbeidstaker, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd. Arbeidstaker har fremmet krav om fortrinnsrett til stillinger som ble besatt våren 2010 og sommeren 2010 samt senhøsten 2011. Siden saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda først 16. januar 2012, kan ikke tvisten om fortrinnsrett anses rettidig innbrakt, og denne delen av saken må avvises.

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 viktige 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.

Twisteløsningsnemndas flertall, medlemmene Harborg, Strøm, Rasmussen og Schønning, bemerker at A har fått tilbud om stilling på 70 prosent som vaktmester på dagtid. I tillegg har han blitt tilbudt mulighet for å redusere stillingen sin slik at han kunne jobbe kveld og helg. Arbeidsgiver opplyser at det for tiden ikke finnes ledige stillinger de kan tilby A, og nemnda legger dette til grunn. Nemndas flertall finner videre ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurdering om at A ikke var kvalifisert for stillingen som bookingsjef, samt at det ikke var grunn til å tilby A de to stillingene på 40 prosent ettersom han tidligere hadde avslått tilbud om redusert stilling.

Twisteløsningsnemndas flertall har kommet til at arbeidsgiver har oppfylt sine forpliktelser i henhold til arbeidsmiljøloven § 10-2 andre ledd gjennom de forsøkene som har vært gjort for å tilrettelegge for dagarbeid for A. Det er i vurderingen lagt vekt på at virksomheten er relativt liten og at mulighetene for å tilby andre stillinger derfor er begrenset. Flertallet vil imidlertid bemerke 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.

Nemndas mindretall, medlemmet Solum, har kommet til at arbeidsgiver hadde plikt til å tilby A den ledige stillingen som oppsto og ble utlyst våren 2010 på kurs- og konferanseavdelingen. Arbeidsmiljøloven § 4-6 omhandler tilrettelegging for arbeidstakere med redusert arbeidsevne. Som følge av at A har helseproblemer knyttet til nattarbeid, hevdes det fra Solum at arbeidsgiver hadde denne mulighet, uten for store ulemper for virksomheten, til å tilby A det ledige arbeidet som ble utlyst våren 2010. I tillegg oppsto det en ny situasjon høsten 2011 hvor arbeidsgiver igjen hadde muligheten til å tilby A dagarbeid uten at arbeidsgiver tok hensyn til As ønsker og muligheter for fortsatt arbeid. Som det framkommer i dokumentasjonen fra advokat X er A godt kvalifisert innenfor arbeidsområdet kurs- og konferanse segmentet.

Nemndas mindretall, medlemmet Solum, mener at arbeidsgiver hadde plikt til å tilby A den ledige stillingen som oppsto og ble utlyst våren 2010 på kurs- og konferanseavdelingen. Dette som en følge av at A fritas fra nattarbeid jf. 10-2 andre ledd. Etter mindretallets syn plikter arbeidsgiver i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-2 første ledd å tilby annet arbeid, altså en fortrinnsrett til ledig arbeid A er kvalifisert for. A er ikke formelt oppsagt men dette vil fort bli konsekvensen dersom arbeidsgiver ikke tilrettelegger for dagarbeid.

Mindretallet viser også til arbeidsmiljølovens § 4-6 som omhandler tilrettelegging for arbeidstakere med redusert arbeidsevne. Mindretallet er klar over at denne bestemmelse ligger utenfor nemndas ansvarsområde, disse bestemmelsene henger likevel klart sammen. Ikke minst i forhold til en eventuell individuell rettssak. I denne saken er det et ledig arbeid han er kvalifisert for. Arbeidsgiver har helt siden 2009 visst at A ønsket å gå over på dagarbeid som

følge av sin helse situasjon. Mindretallet hevder at arbeidsgiver hadde mulighet, uten for store ulemper for virksomheten, til å tilby A det ledige arbeidet som ble utlyst våren 2010. I tillegg oppsto det en ny situasjon høsten 2011 hvor arbeidsgiver igjen hadde muligheten til å tilby A dagarbeid uten at arbeidsgiver tok hensyn til A ønsker og muligheter for fortsatt arbeid. Som det framkommer i dokumentasjonen fra advokat X er A godt kvalifisert innenfor arbeidsområdet kurs- og konferanse ”segmentet.”

Mindretallet kan ikke se at saken om fortrinnsrett etter § 14-3 er fremmet for sent.

Forhandlingsmøte ble avholdt 20. desember 2011, og saken kom tvisteløsningsnemnda i hende 19. januar 2012 i brev av 16/1-2012.

Konklusjon

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatt etter arbeidsmiljøloven § 14-3 avvises som for sent fremsatt.

Arbeidstaker gis ikke medhold i sitt krav om fritak fra nattarbeid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 andre ledd.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 14.03.2012

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.