

VEDTAK NR 77/09 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag den 20. oktober 2009 i Arbeidstilsynets lokaler, Torvet 5, Lillestrøm.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Karen Sophie Steen (vara), LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Inger Åfoss, Fagforbundet
Børge Benum, KS

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er ansatt i stilling på 87 prosent som hjelpepleier i B kommune.

Det ble lyst ut ledig stilling på 90 til 100 prosent som miljøterapeut/miljøarbeider på natt i Botjenesten og ved B omsorgsenter, og opplyst at det først og fremst ble søkt etter sykepleier eller vernepleier, men at hjelpepleier, omsorgsarbeider, eventuelt helsefagarbeidere kunne være aktuelle. Menn ble oppfordret til å søke. Søknadsfristen for stillingen var 25. mai 2009.

A leverte søknad den 25. mai 2009 med opplysning om at hun ønsket full stilling. Søknaden ble avslått 7. juli 2009. Det ble ansatt en ekstern mannlig søker i stilling på 96 prosent.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 22. juli 2009. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Det foreligger følgende dokumenter fra Fagforbundet:

- brev av 22. juli 2009 med vedlegg
- brev av 8. oktober 2009
- brev av 13. oktober 2009

Det foreligger følgende dokumenter fra B kommune:

- brev av 28. august 2009
- brev av 15. oktober 2009

Arbeidstakers anførsler

Fagforbundet anfører på vegne av A at hun skulle ha fått den utlyste stillingen på 100 prosent. Det anføres at hun har vært tilsatt i B kommune i 20 år og at hun har god erfaring med nattarbeid. Hun er utdannet hjelpepleier i likhet med arbeidstakeren som ble tilsatt i stillingen, og mener at hun er kvalifisert for stillingen.

Fagforbundet mener kommunen har brutt likestillingsloven og arbeidsmiljøloven ved å tilsette en mannlig ekstern søker fremfor en kvinnelig ekstern søker.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune mener det ville medføre negative konsekvenser å tilsette A i stillingen, og anfører i det vesentligste:

Den nyopprettede stillingen er i all hovedsak beregnet på arbeid med en bestemt bruker i botjenesten. Denne brukeren er krevende og trenger mye oppfølging og stor grad av stabilitet rundt seg. Det anføres at på bakgrunn av brukerens adferd bør det være mannlige ansatte i stillingene som er direkte knyttet opp mot brukeren. I utlysningsteksten ble derfor menn oppfordret til å søke stillingen.

I tillegg er det lagt vekt på en rekke egenskaper og kvalifikasjoner som ikke A ble funnet å oppfylle. Det anføres at hun ønsket størst mulig stilling før hun skal gå av med pensjon, og at hun har forholdsvis høyt sykefravær. En slik krevende stilling ville kunne bidra til ytterligere helsebelastninger for henne.

Dersom de hadde ansatt A ville dette gitt negative konsekvenser både for bruker, arbeidsgiver og for A selv, ut fra behovet for mannlige ansatte, sikkerhetshensyn og helsemessige belastninger.

Søkeren som ble tilsatt var en ekstern, mannlig søker med lang erfaring som nattevakt ved en psykiatrisk avdeling på sykehus.

Tvistløsningsnemndas merknader

Tvist 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.

Søknaden om fortrinnsrett for A ble avslått av B kommune i brev av 7. juli 2009. Fagforbundet brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 22. juli 2009. Saken anses dermed som rettidig innbrakt.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten er betinget av at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen og at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten, jf § 14-3 andre ledd. Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 17.2.6 side 227, fremgår det at dette vil bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten.

Nemnda har kommet til at det ville medføre en vesentlig ulempe for kommunen å tilsette A i den utlyste stillingen. Det er lagt vekt på at stillingen skiller seg fra en ordinær nattevaktstilling ved at det er en krevende bruker som kan være voldelig og derfor trenger mye oppfølging og stor grad av stabilitet. Kommunen hevder at stillingen må fylles av en mann da den krever fysisk styrke, og fordi kvinner av konkrete årsaker ikke bør være alene med brukeren. Nemnda finner ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurdering av behovet for en mannlig arbeidstaker. Det legges til grunn at det ville være uhensiktsmessig både for kommunen, klienten og A om hun skulle få stillingen.

Nemnda finner etter dette ikke å kunne gi arbeidstaker medhold.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 21.10.2009

Til orientering:

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte 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.