

Tvisteløsningsnemnda

etter arbeidsmiljøloven

Vedtaksdato: 18.12.2012

Ref. nr.: 12/18407

Saksbehandler: Helene Nødset Lang

VEDTAK NR 63/12 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 12. desember 2012.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder

Lornts Nagelhus, LO (vara for Anne-Lise H. Rolland)

Anders Stenbrenden, NHO (vara for Elisabeth Lea Strøm)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Ingrid Tordis Enoksen, NSF

Gry Brandshaug Dale, KS

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

...

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

Det ble lyst ut ledig fast stilling som psykiatrisk sykepleier i B kommune med søknadsfrist 11. mai 2012. I utlysningsteksten ble det oppgitt at andre med relevant høyskoleutdanning kunne søke, og at det var ønskelig med videreutdanning innen psykisk helsearbeid eller rus. Det ble samtidig lyst ut en midlertidig stilling på 30 prosent som psykiatrisk sykepleier med muligheter for økning til full stilling.

Det ble foretatt tilsetting 25. mai 2012. På grunn av streik var ikke tillitsvalgte til stede i tilsetningsmøtene. Det hadde meldt seg to søkere til hver av stillingene, en meldte i ettertid at hun ikke var aktuell. Det ble tilsatt to miljøterapeuter i stillingene, og informasjon om dette ble sendt til ansatte i brev av 5. juni 2012. Vedkommende som ble tilsatt i full stilling, Z, var fast deltidsansatt i kommunen på tidspunktet for tilsetting mens den andre stillingen på 30 prosent ble besatt av X som var ekstern søker.

Tillitsvalgt for Norsk sykepleierforbund, V, klagde på tilsettingene i e-post den 11. juni 2012. Bakgrunnen for klagen var at kommunen har drøftingsplikt etter Hovedavtalen dersom stillinger skal omgjøres. Kommunen svarer i brev av 28. juni 2012 at de har slitt med å få tak i psykiatriske sykepleiere og at de derfor har åpnet for andre med relevant høyskoleutdanning i utlysningen. De mener de som ble tilsatt er kvalifisert for stillingene.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda av tillitsvalgt for NSF, V, ved brev av 5. juli 2012, uten at det ble angitt noen bestemt arbeidstaker hvis fortrinnsrett skal være brutt. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. På forespørsel fra sekretariatet har tillitsvalgte senere oppgitt at N(fast ansatt helsefagarbeider med videreutdanning innen psykisk helsevern i stilling på 50 prosent) og M (fast ansatt helsefagarbeider med videreutdanning innen psykisk helsevern i stilling på 75 prosent) mente seg forbigått ved tilsettingen. Disse hadde tidligere og ved flere anledninger fremmet ønske om høyere stilling ovenfor arbeidsgiver. De sendte ikke søknad på stillingen fordi den var lyst ut med andre kvalifikasjonskrav. Tillitsvalgte opplyste i e-post til sekretariatet 5. oktober 2012 at sykepleier S fikk avslag på sin søknad ved første gangs utlysning av samme stilling, med søknadsfrist 1. oktober 2011. Hun søkte derfor heller ikke på stillingen denne gangen. Nemnda mottok i november skriv fra N og S der de kort redegjorde for sine ansettelsesforhold og hevdet at de var forbigått.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev med vedlegg av 5. juli 2012
- brev av 22. august 2012
- e-post av 5. oktober 2012
- brev med vedlegg av 29. november 2012
- 4 e-poster av 10. desember 2012

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev med vedlegg av 9. oktober 2012
- brev med vedlegg av 9. november 2012

Arbeidstakers anførsler

Det anføres at kommunen tilsatte en ergoterapeut og en hjelpepleier med pedagogikk på høyskolenivå og at de omgjorde stillingen i strid med gjeldende avtaleverk. Hjelpepleiere er fagutdannet, ikke høyskoleutdannet. Veiledningspedagogikk er ikke videreutdanning innen dette fagfeltet. I tillegg til at kommunen har foretatt tilsetting i strid med utdanningskriteriene i utlysningsteksten, mangler den tilsatte også førerkort, noe det også var krav om i utlysningen.

Det anføres at N og M har fagutdanning inne psykiatri men lot være å søke fordi de ikke hadde kvalifikasjoner som angitt i den opprinnelige utlysningsteksten. Begge ville vært kvalifisert for stillingen etter at kvalifikasjonskravene ble senket, men de fikk ikke tilbud om utvidelse.

Det anføres videre at sykepleier S ikke søkte på de utlyste stillingene fordi hun fikk avslag på sin søknad ved første gangs utlysning av samme stilling, med søknadsfrist 1. oktober 2011.

I tillegg stilles det spørsmål ved leders habilitet i tilsettingen da han har et nært vennskap til og er i familie med vedkommende som ble tilsatt.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune mener tilsettingene er foretatt i tråd med ordlyden i utlysningsteksten og anfører at de to ansattes høyskoleutdanning er relevant for stillingene og at dette sammen med deres personlige egenskaper la grunnlaget for tilsettingene.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) 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 (2).

Saken fremstår som ganske spesiell idet den ble brakt inn for nemnda i begynnelsen av juli 2012 av en tillitsvalgt som hadde en rekke innsigelser mot de omtvistede ansettelsene, hvorav brudd på fortrinnsrett var én – men uten at noen konkrete, fortrinnsberettigede arbeidstakere ble nevnt. Det var først etter at nemnda hadde purret på hvem saken egentlig gjaldt, at den tillitsvalgte i slutten av august 2012 kom opp med navnene på to personer som ifølge den tillitsvalgte kunne ha gjort fortrinnsrett gjeldende. Nemnda ba deretter den tillitsvalgte fremlegge fullmakt fra de to arbeidstakerne på at den tillitsvalgte representerte dem, men dette ble ikke gjort. I stedet ble det nesten to måneder senere sendt inn et kort brev fra en av de to arbeidstakerne, men ikke den andre. I oktober ble også en tredje arbeidstaker nevnt som mulig fortrinnsberettiget.

For ingen av de tre arbeidstakerne har nemnda fått fremlagt et tilstrekkelig materiale til å kunne føre kontroll med om de hadde fortrinnsrett eller ikke. Nemnda trenger imidlertid ikke

gå videre med disse spørsmål idet det uansett må være klart at de har påberopt fortrinnsrett for sent.

Det er på det rene at ingen av de tre ansatte søkte stillingen. Etter nemndas praksis er det imidlertid ikke et unntaksfritt krav at man må ha søkt en stilling for å kunne gjøre gjeldende fortrinnsrett til den. Der arbeidsgiver, som her, ved ansettelsen endrer stillingens innhold fra det som var utlyst, må en arbeidstaker som i utgangspunktet ikke søkte, men som etter endringen anser seg kvalifisert, kunne påberope fortrinnsrett også etter at ansettelsen er gjennomført. Loven stiller ikke en bestemt frist for å påberope fortrinnsrett etter gjennomført ansettelse, men av hensyn til både arbeidsgiver og den som er ansatt må det kunne forventes at fortrinnsrett påberopes raskt etter at man har blitt kjent med ansettelsen. Nemnda kan ikke oppstille en bestemt frist, men det må være klart at ingen av de tre ansatte som har blitt identifisert under denne sakens gang har påberopt fortrinnsrett i tide. N og M ble nevnt først i slutten av august 2012, nesten tre måneder etter ansettelsen og nesten to måneder etter at sak ble brakt inn for nemnda. S ble nevnt først i oktober. Det er ingen holdepunkter for at noen av dem har fremmet krav om fortrinnsrett overfor arbeidsgiver før deres navn ble sendt til nemnda – og da etter oppfordring fra nemnda. Etter nemndas oppfatning må det være klart at de da har mistet retten til å påberope fortrinnsrett.

Det er for øvrig også et spørsmål om de tre kan sies å ha brakt sak i tide til nemnda, når de nevnes først lenge etter at den tillitsvalgte sendte inn saken. I lys av konklusjonen over trenger ikke nemnda ta stilling til dette spørsmålet.

Konklusjon

Arbeidstakernes krav om fortrinnsrett er for sent fremsatt.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 18.12.2012

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.