

VEDTAK NR 03/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 14. desember 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Gry Brandshaug Dale, KS

Saken gjelder

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som sykepleier i stiling på 51 prosent hos B kommune, hjemmetjenesten sone øst.

Det ble utlyst to sykepleierstillinger på 80 prosent ved hjemmetjenesten, sone øst i B kommune. Den ene var fast og den andre et vikariat.

A søkte på stillingene og fremsatte krav om fortrinnsrett 2. juni 2017. Søknadene ble muntlig avslått 20. juni 2017. Den faste stillingen ble skriftlig avslått 3. juli 2017. Stillingene ble besatt av eksterne søkere.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 13. juli 2017.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 13. juli 2017
- e-post av 12. oktober 2017
- brev datert 14. november 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 25. august 2017
- brev datert 26. oktober 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har fortrinnsrett til de utlyste stillingene og at de omtvistede stillingene har om lag de samme arbeidsoppgavene som hennes nåværende stilling. Videre anfører hun at hun har tatt tak i og arbeidet med det at hun har kommet for sent. Hun kjenner seg ikke igjen i beskrivelsen av henne fra avdelingsleder og opplever det som overdimensjonert. Hun har for eksempel kun forsovet seg to ganger i 2017, og det hører derfor til unntakene at det skjer. Hun kjenner seg heller ikke igjen i forholdene knyttet til bruk av mobiltelefon. Dersom kollega ringer tar hun telefonen dersom hun ikke er opptatt med personlig stell på bruker. Hun ringer opp igjen så snart hun kan. Når hun har vakttelefon besvarer hun alarmer umiddelbart. At hun har brukt lang tid hos bruker var også et engangstilfelle ettersom det var en ny bruker med kreftdiagnose. Brukeren ønsket blant annet at hun skulle lese journalen.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at det på nåværende tidspunkt ikke er aktuelt med utvidelse av As stilling. I løpet av det siste året har arbeidsgiver mottatt flere dokumenterte avvik som går på As utførelse av jobben. Det er klager fra pårørende, brukere og kollegaer. Klagen går ut på arbeidsoppgaver som er uteblitt, tidsbruk og at hun ikke overholder tider, at hun ikke møter tidsnok på jobb om morgenen og ved hjemmebesøk, at hun oppleves distre og at hun til tider ikke er tilstede under rapporten. Videre er A sen til å gi tilbakemelding på

oppringing, meldinger og e-poster. Hun har gitt uttrykk for at hun ikke liker å snakke i mobil, noe som skaper problemer i arbeidsmiljøet da mobil er ett av deres viktigste arbeidsredskaper. Arbeidsgiver anfører at man ikke kan få økt stilling før man fungerer tilfredsstillende i stillingsprosenten man allerede innehar. De har hatt flere samtaler i etterkant av avvikene og de har hatt et drøftingsmøte hvor A ble opplyst om grunnen til at hun ikke ble innstilt. Dersom As adferd endrer seg foreligger det mulighet for eventuell økning av stillingsprosent på et senere tidspunkt i form av ubunden tid.

Tvistløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder og to faste medlemmer.

Høyesterett har slått fast i dom av 25. april 2016 (HR-2016-00867-A) at arbeidsmiljøloven § 14-3 ikke åpner for at deltidsansatte kan gjøre krav på å tre inn i en del av en utlyst stilling. Deltidsansatt som gjør fortrinnsrett gjeldende etter arbeidsmiljøloven § 14-3, må dermed akseptere hele den utlyste stillingen. Nemnda vil bemerke at saksforholdet i denne saken skiller seg fra saksforholdet i den forannevnte høyesterettsdommen. Det legges til grunn at arbeidstaker i den aktuelle saken har fremmet krav om hele den utlyste stillingen på 80 prosent, og at hun i så fall vil si opp sin nåværende stilling på 51 prosent. Arbeidsgiver vil dermed sitte med de samme stillingene som tidligere, og det skapes ikke flere undersysselsatte enn før. Nemnda mener at det i et slikt tilfelle – i utgangspunktet – vil være grunnlag for å utøve fortrinnsrett, jf. nemndas vedtak 105/16 og 202/16.

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). Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Forarbeidene (Ot.prp. nr. 49 for 2004-2005 pkt. 17.2.6, jf. pkt. 17.1.4) viser til dagjeldende rettspraksis og slår fast at kvalifikasjonskravet skal forstås på samme måte som tilsvarende begrep i dagjeldende arbeidsmiljølovs § 67 (videreført i § 14-2).

Fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 14-3 (2) er betinget av at arbeidstaker er «kvalifisert» for stillingen. Ordlyden i fortrinnsrettsbestemmelsen legger opp til et bredt skjønnsområde som ikke behøver å være sammenfallende med en vurdering av om det er grunnlag for oppsigelse.

Nemnda legger i tråd med partenes opplysninger til grunn at A oppfyller de formelle krav for stillingen og at hennes nåværende stilling inneholder de samme oppgaver. Den aktuelle endringen er således utelukkende knyttet til at As stillingsandel vil øke fra 51 til 80 prosent.

Nemnda finner på grunnlag av en konkret vurdering av sakens dokumenter og partenes opplysninger at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har underbygget påstandene om at A ikke er kvalifisert. Det er ikke dokumentert noe ytterligere enn avvik som er meldt fra kollegaer om A. Dette er tatt opp og diskutert mellom A og avdelingsleder. Arbeidsgiveren

synes fra avvikene å trekke den konsekvens at A kan nektes sin lovfestede fortrinnsrett inntil arbeidsgiver er trygg på at A – etter arbeidsgivers oppfatning – er egnet til utvidet stilling. Nemnda kan vanskelig se at slike avvik kan ha som konsekvens at As fortrinnsrett etter loven suspenderes inntil arbeidsgiver eventuelt bestemmer at den kan gjøres gjeldende.

Dersom arbeidsgiver mener at A ikke kan fungere som sykepleier, må arbeidsgiver trekke de arbeidsrettslige konsekvenser av dette. Suspensjon av fortrinnsrett er ikke en slik konsekvens. Nemnda finner derfor at A ikke kan nektes fortrinnsrett med den begrunnelse som arbeidsgiveren gir om egnethet.

Arbeidsgiver har ikke anført at utøvelse av fortrinnsrett er til vesentlig ulempe for virksomheten og nemnda konkluderer etter dette med at det var i strid med As fortrinnsrett som deltidsansatt at eksterne søkere ble ansatt i de omtvistede stillingene.

Konklusjon

Ansettelsen av en annen søker i de omstridte stillingene var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
nestleder

09.01.2018

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a 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).