



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato

05.09.2023

Vår referanse

2023/82

Saksbehandler

Katarina Torrissen Revang

VEDTAK NR 79/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3 mellom A og B-kommune

Vedtak

A hadde ikke fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Ingrid Tordis Enoksen, UNIO, fast medlem arbeidstakersiden

Silje Stadheim Almestrand, NHO, fast medlem arbeidsgiversiden

Anders Helgesen, FO, bransjemedlem arbeidstakersiden

Arnfinn Grønvold, Lillestrøm kommune, bransjemedlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som fagarbeider med fagskoleutdanning i nattevaktstilling på 60,8 prosent i B-kommune, arbeidssted for tiden ved avdeling D.

B-kommune lyste ut en 100 prosent stilling som helsefagarbeider i hjemmesykepleien den 21. februar 2023. Ifølge utlysningen er stillingens arbeidsoppgaver å bistå hjemmeboende personer med hovedsakelig stell, pleie og legemiddelhåndtering og praktisk bistand. Videre fremgår det av utlysningen at det ytes bistand etter vedtak, og det benyttes elektroniske arbeidslister på telefonen. Arbeidsoppgavene fordeles ifølge utlysningsteksten utfra kompetanse.

Etter at det var avholdt intervju, som Fagforbundets plasstillitsvalgt deltok på, sendte Fagforbundet innstilling til stillingen til personalavdelingen i kommunen den 17. mars 2023. A ble av Fagforbundet innstilt som nr. 1.

Underveis i tilsettingsprosessen forsto Fagforbundet at kommunen ønsket å tilsette en annen arbeidstaker i stillingen. Fagforbundet mente at denne arbeidstakeren ikke hadde fortrinnsrett til stillingen, fordi vedkommende ikke var fast ansatt i kommunen. Både Fagforbundets hovedtillitsvalgt og plasstillitsvalgt påpekte dette overfor arbeidsgiver, før det ble tatt endelig beslutning om tilsettingen. Det ble opplyst om at vedkommende var registrert som vikar i Visma ressursstyring, med sluttdato 31. mars 2023.

Ovennevnte arbeidstaker fikk likevel tilbud om stillingen den 4. april 2023. Tilbudet ble akseptert samme dag. Arbeidsgiver informerte A om tilsettingen i e-post av 5. april 2023.

Arbeidsgiver informerte Fagforbundets hovedtillitsvalgt i e-post 11. april 2023 om at de hadde kommet til at det var tre fortrinnsberettigede kandidater til stillingen, og at den tilsatte var en av disse. Arbeidsgiver opplyste om at vedkommende hadde en helgestilling på 26,29 prosent fra før. Ifølge arbeidsavtalen er denne signert av arbeidstakeren den 7. februar 2023, men er ikke datert mottatt i kommunens arkiv før 27. mars 2023. Tiltredelsen gjelder ifølge avtalen fra 1. januar 2023.

En annen arbeidstaker har også fremmet sak for nemnda med krav om fortrinnsrett til den samme stillingen. Denne saken er behandlet i vedtak 78/23.

Sakens dokumenter

A sendte saken inn til nemnda ved brev av 19. april 2023.

Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 19. april 2023
- brev av 21. april 2023
- brev av 24. mai 2023

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 15. mai 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B-kommune gjør gjeldende at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi den tilsatte hadde fortrinnsrett, og at stillingen i hjemmesykepleien ikke er en utvidelse av As nåværende stilling ved avdeling Lindrende og korttid - Enhet helsehus.

B-kommune har tilsatt en annen intern søker med fortrinnsrett

For det første anfører kommunen at den tilsatte hadde fortrinnsrett fordi vedkommende hadde en fast deltidsstilling i kommunen. Primært anfører arbeidsgiver at den tilsatte hadde en muntlig avtale om fast deltidsansettelse fra 1. januar 2022. Subsidiært anfører arbeidsgiver at den tilsatte uansett må regnes som fast ansatt forut for stillingsutlysningen av 21. februar 2023.

Kommunen viser til at den tilsatte ble ansatt som tilkallingsvikar i november 2021. Deretter ble vedkommende ansatt i 100 prosent vikariat fra 1. januar 2022. Samtidig fikk arbeidstakeren et muntlig tilbud om 26,29 prosent fast stilling, med permisjon fra denne fram til vikariatets utløp.

Kommunen opplyser at mange deltidsansatte i små stillinger får en rammeavtale som tilkallingsvikar i tillegg til sin faste stillingsprosent. Rammeavtalen til den tilsatte ble utarbeidet og registrert 4. januar 2022. På dette tidspunktet skulle kommunen også ha utarbeidet arbeidsavtale for den faste stillingen på 26,29 prosent. Dette ble ved en feil ikke gjort, og ble ikke ordnet før feilen ble fanget opp i 2023. Årsaken var store endringer i enheten, både med omorganisering og lederskifte.

Som dokumentasjon på at den tilsatte har vært fast ansatt, viser kommunen til uttalelser i saken fra to avdelingsledere og fra den tilsatte selv. Uttalelsene er datert henholdsvis 29. mars 2023 og 9. mai 2023. Kommunen viser også til e-post av 7. februar 2023 fra avdelingsleder til merkantil. I denne anmodes det om en personalmelding om fast ansettelse på 26,29 prosent for arbeidstakeren, med tilbakedatering av oppstartdato til 1. januar 2023.

Kommunen mener at den tilsatte arbeidstakeren ikke kan belastes for arbeidsgivers feil i denne saken, og at mangel på skriftlighet ikke tilsier at arbeidsavtalen er ugyldig.

Stillingen i hjemmesykepleien er ikke en utvidelse av As nåværende stilling ved D

Videre anfører kommunen at den utlyste stillingen ikke er en utvidelse av As nåværende nattevaktstilling.

For det første viser kommunen til at stillingen i hjemmesykepleien er organisert i Enhet hjemmebaserte tjenester, mens avdeling D er organisert i Enhet Helsehus. Det er derfor snakk om stillinger i to ulike enheter innad i kommunalavdeling helse og mestring. Videre viser kommunen til at selv om stillingene har noen av de samme arbeidsoppgavene, har stillingene såpass ulik karakter at arbeidsoppgavene ikke er kan anses for å være om lag de samme, da det dreier seg om to helt ulike måter å arbeide på.

Kommunen viser til at arbeidsoppgavene i hjemmesykepleien fordeles ut ifra kompetanse. Konkrete arbeidsoppgaver er blant annet sårstell etter prosedyre, tilberede måltid og

gjennomføre ernæringskartlegging, utarbeide og oppdatere tiltaksplaner, dokumentere i gjeldende journalsystem, håndtere digitale/elektroniske løsninger og medisinbehandling. Arbeidstakerne står mer alene om ansvaret enn ansatte på et sykehjem gjør, og det stilles andre krav til selvstendighet. Pasientgruppen i hjemmesykepleien er av et bredt spekter, med alt fra for eksempel eldre, narkomane som trenger bistand og barn i respiratorer. I hjemmesykepleien ytes det bistand etter vedtak, og det benyttes elektroniske arbeidslister på smarttelefoner. Arbeidsoppgavene er spesifisert time for time og man må ha med seg det man trenger.

På avdeling D har arbeidstakerne en pasientliste, arbeidsoppgavene er ikke spesifisert time for time, og personalet fordeler oppgaver ut fra pasientenes daglige behov og kompetansesammensetningen på jobb den aktuelle dagen. Som fagarbeider og aktiv nattevakt ved avdeling D arbeider man inne på en institusjon med en pasientgruppe som ikke er tilnærmet lik som i hjemmesykepleien. På avdeling D er det alvorlig syke og døende pasienter som trenger lindrende/palliativ behandling. Målgruppen for innleggelse på lindrende plasser er pasienter med alvorlig sykdom, og behov for lindrende tjenester utenfor det hjemmetjenesten eller en ordinær sykehjemsavdeling kan tilby. As faste stilling er også en nattevaktstilling i en annen avdeling og enhet enn den utlyste stillingen, noe som innebærer naturlige ulikheter i stillingene.

Arbeidstakers syn på saken

A gjør gjeldende at hun hadde fortrinnsrett til stillingen som helsefagarbeider i hjemmesykepleien. Hun anfører at arbeidstakeren som ble tilsatt ikke hadde fortrinnsrett fordi vedkommende ikke var fast ansatt, samt at stillingen er å anse som en utvidelse av nåværende stilling.

B har tilsatt en arbeidstaker uten fortrinnsrett fordi vedkommende ikke var fast ansatt i kommunen

A anfører at kommunen har tilsatt en arbeidstaker som ikke var fast ansatt i en deltidsstilling, og dermed ikke hadde fortrinnsrett. A viser til at arbeidstakeren i Visma ressursstyring var registrert i en 100 prosent vikariatstilling med sluttdato 31. mars 2023. Videre opplyser A at det ble utarbeidet ny turnus ved avdelingen som ble godkjent den 16. februar 2023, og at den tilsatte ikke var med i denne. Plasstillitsvalgt ble under intervjuene heller ikke gjort oppmerksom på at arbeidstakeren hadde fast deltidsstilling, kun vikariat.

Da Fagforbundet forsto at arbeidsgiver ønsket å tilsette denne arbeidstakeren, ble det i telefonsamtale med HR-avdelingen bekreftet at det ikke forelå personalmelding eller fast arbeidsavtale for vedkommende. Ettersom arbeidsgiver ønsket å tilsette arbeidstakeren i stillingen, hevder A at avdelingslederen i hjemmesykepleien sendte en personalmelding den 7. februar 2023, med forespørsel om tilbakedatering av fast ansettelse i 26,29 prosent stilling fra 1. januar 2023. Denne stillingen har ifølge A ikke vært utlyst eller drøftet. A viser videre til at den tilsatte selv, på Facebook Messenger, har bekreftet til Fagforbundets plasstillitsvalgt at han hadde et 100 prosent vikariat.

A mener etter dette at arbeidsgiver har opptrådt i uryddig i tilsettingsprosessen og at ingenting tyder på at den tilsatte hadde en fast deltidsstilling forut for utlysningen.

Omtvistet stilling er en utvidelse av stillingen ved D

A anfører videre at den omtvistede stillingen er en utvidelse av hennes nåværende deltidsstilling. A viser til at hun ble ansatt i B-kommune i 1993, og da i Hjemmebaserte tjenester på E. Hun har jobbet både hos hjemmeboende og i hjemmene hos de som bodde i omsorgsboliger på E. Dette gjorde hun i 19 år, før hun begynte i en nyopprettet omsorgsbolig, F. Denne har etter hvert endret navn til «tilrettelagte boliger», og lagt under nettopp hjemmebaserte tjenester som hun nå søker seg tilbake til. Hun begynte på F i 2012 og var der i 10 år. A har nettopp begynt på jobben i helsehuset, fordi F omsorgsbolig skal legges ned. Videre viser A til at hun i hele sin ansettelsestid i B-kommune har utført de arbeidsoppgavene som står i stillingsannonseren, og at hun har jobbet 32 år i helsevesenet.

A kan ikke forstå hvorfor en helsefagarbeider med ovennevnte erfaring og fartstid ikke er kvalifisert til stillingen som helsefagarbeider. A viser til at hun ifølge arbeidsavtalen er ansatt som helsefagarbeider i B-kommune, «for tiden» på B helsehus. Dette fordi hun da også kan arbeide som helsefagarbeider på andre steder i kommunen.

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Twisteløsningsnemnda kan etter arbeidsmiljøloven § 17-2 avgjøre tvister som nevnt i arbeidsmiljøloven 14-3 første ledd:

Deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse eller innleie i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling.

Etter § 14-3 tredje ledd må arbeidstaker være kvalifisert for stillingen og utøvelse av fortrinnsretten må ikke innebære vesentlige ulemper for virksomheten.

I denne saken er partene uenige om den tilsatte arbeidstakeren hadde fortrinnsrett. Videre er partene uenige om den utlyste stillingen i hjemmesykepleien er en utvidelse av A sin nåværende stilling.

Nemndas begrunnelse

Nemnda vil først ta stilling til om stillingen som helsefagarbeider i hjemmesykepleien er en utvidelse av den stillingen A har i dag, som er en nattevaktstilling ved D.

Det går fram av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». For at det skal være en utvidet stilling må stillingen ha «om lag samme arbeidsoppgaver» som den deltidsansatte allerede utfører i sin faste stilling. Dette står i forarbeidet til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) og er fast praksis i nemnda.

Nemnda er kommet til at stillingen ikke er en utvidelse av A sin faste stilling. I vurderingen har nemnda lagt vekt på at det er en vesentlig forskjell på å arbeide som helsefagarbeider i hjemmesykepleien og som fagarbeider ved en institusjon i en stilling på natt. Nemnda viser til at i hjemmesykepleien er arbeidsoppgavene spesifisert time for time og at det ytes bistand etter vedtak, mens det ved institusjonen er en pasientliste hvor arbeidsoppgavene ikke er planlagt time for time. I hjemmesykepleien stilles det også høyere krav til

selvstendighet, da arbeidstakerne drar alene hjem til pasientene og må ha med seg alt de trenger. I tillegg er det ulike pasientgrupper som innebærer naturlige forskjeller i arbeidsoppgaver. De fleste pasientene på institusjonen er alvorlig syke eller døende, med behov for lindrende/palliativ behandling. I hjemmesykepleien er det et bredere spekter pasienter med et mindre alvorlig sykdomsbildene. Av betydning for vurderingen er også at A sin faste deltidsstilling er en stilling på natt i institusjon, noe som etter nemndas syn innebærer naturlige forskjeller fra en dagstilling i hjemmesykepleien.

Nemnda har etter dette kommet til at A ikke hadde fortrinnsrett til stillingen etter § 14-3 og derfor ikke kan få medhold i sitt krav. Det er derfor ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om den tilsatte hadde fast ansettelse i kommunen og derved fortrinnsrett.

Nemndas konklusjon

A hadde ikke fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Twisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

5. september 2023

Hva kan dere gjøre hvis dere er uenige i avgjørelsen?

Dere kan ikke klage på nemndas vedtak, men saken kan behandles på nytt av domstolene. Saken må bringes inn for tingretten før det har gått åtte uker fra dere fikk vedtaket. Fristen starter når dere, eller den som representerer dere, får tilgang til vedtaket.

Avgjørelsen til nemnda gjelder mens saken er til behandling i domstolene, hvis ikke retten bestemmer noe annet.

Hva skjer når fristen har gått ut?

Hvis ingen har brakt saken inn for tingretten før det har gått åtte uker, gjelder vedtaket som om det var en dom. Avgjørelsen til nemnda er da bindende og endelig.

Dette står i arbeidsmiljøloven § 17-2.