

VEDTAK NR 05/07 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

For behandling av sak nr 05/2007 i tvisteløsningsnemnda ble det onsdag 28.03.2007 avholdt møte i departementsbygningen i Akersgata 59 (R5), Oslo.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Seniorrådgiver Hanne Inger Bjurstrøm (leder), advokat Elisabeth Lea Strøm (NHO) og advokat Anette Lunde Barlinn (LO)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Advokatfullmektig Hanne Lyngstad Solberg, KS
Advokat Cathrine Cruse Hennig, NSF

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt

vedtak:

Saksforhold

A er ansatt som sykepleier i 50 prosent stilling ved sykehjemmet i B. Tidligere hadde hun 100 prosent stilling i B og arbeidet i denne forbindelse også som sykepleier i den kommunale hjemmesykepleien i 50 prosent stilling. Denne stillingen ble hun oppsagt fra i slutten av 2005 etter langvarig sykefravær.

I perioden 01.05.2006 - 31.10.2006 deltok A på arbeidsmarkedstiltak i regi av Aetat. Tiltaket besto i at hun arbeidet 20 prosent ekstra i stillingen ved sykehjemmet, slik at hun arbeidet i totalt 70 prosent stilling. I nevnte periode hadde A fire egenmeldinger på grunn av sykdom, samt at hun ved to anledninger var sykmeldt av lege i til sammen ca tre uker.

Det ble ikke foretatt en formell evaluering av As arbeidsinnsats og arbeidsevne i perioden for arbeidsmarkedstiltaket. I referat fra møte 29.09.2006 med A legger B i denne forbindelse til grunn at evaluering må skje med samtykke fra henne.

Sommer/høst 2006 søkte A flere sykepleierstillinger i B med henblikk på utvidet stilling. Dette gjaldt følgende ledige stillinger:

1. Sykepleier 49,3 prosent stilling natt ved X sykehjem
2. Vikariat som sykepleier i 75 prosent stilling ved X sykehjem
3. Vikariat som sykepleier i 70 prosent stilling dag ved X sykehjem
4. Vikariat for offentlig godkjent sykepleier i 49,3 prosent stilling natt, hjemmesykepleien
5. Vikariat for sykepleier i 49,3 prosent stilling natt ved X sykehjem
6. Stilling knyttet til avlastningstiltak for funksjonshemmet barn, 50 prosent kveld og passiv natt

Under tilsettingsprosessen ble det fra A og hennes tillitsvalgte muntlig hevdet fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven til stillingene som A hadde søkt, men hun ble ikke tilsatt i noen av stillingene. Dette ble meddelt henne i brev av 18.09.2006 (stilling nr 2), 31.10.2006 (stilling nr 3), 24.11.2006 (stilling nr 4) og 21.12.2006 (stilling nr 5). Se oppstilling foran over de stillinger som A søkte.

Når det gjelder stilling nr 1 og 2 i oppstillingen, er det ikke fremlagt kopi av brev fra B om at A ikke ble tilsatt i disse. Det er kun fremlagt kopier av foreløpig melding i forvaltningssak, begge datert 04.07.2006, hvor det bekreftes at A var søker til stillingene.

I avslagsbrevene fra B ble det ikke gitt noen begrunnelse for at A ikke ble tilsatt i stillingene, men i referat fra møte 29.09.2006 mellom A og B administrasjonen blir helsemessige forhold hos A oppgitt som hovedårsak. Se brev av 04.10.2006 fra B til A, hvor referatet fremkommer.

Av nevnte møtoreferat fremgår at A arbeidet i utvidet stilling fra mai 2006. Med dette siktes til at hun som et arbeidsmarkedstiltak arbeidet 20 prosent ekstra i sin stilling ved sykehjemmet i perioden mai 2006 til oktober 2006. Se innledningsvis i fremstillingen av saksforholdet foran.

Y brakte saken inn for tvisteløsningsnemnda på vegne av A ved brev av 24.10.2006. Overfor tvisteløsningsnemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises her til brev av 04.11.2006 m/ vedlegg fra A til Y som er oversendt nemnda i kopi, e-post av 04.12.2006 fra Y, samt brev og e-post fra A av henholdsvis 14.01.2007 og 13.02.2007.

Videre vises det til brev av 17.11.2006 og 29.11.2006 fra B v/ rådmannskontoret.

Anførsler fra A og Y

A anfører i det vesentligste:

Hun søkte i utgangspunktet på tre sykepleierstillinger ved sykehjemmet, men fikk muntlig avslag fra daglig leder. Avslaget var begrunnet med at A var under utprøving i 20 prosent ekstra stillingsbrøk som et arbeidsmarkedstiltak. Samme begrunnelse ble gitt av personalsjefen i B.

A skadet ryggen under utførelse av tjenesten i tidligere stilling som sykepleier i hjemmesykepleien, og hun ble langvarig sykmeldt som følge av denne hendelsen. A gikk med på oppsigelse fra stillingen i og med at hun ikke hadde krav på å beholde den i ubegrenset tid.

Hun ble forespeilet fortrinnsrett til ny stilling etter gjeldende lovverk dersom helsen bedret seg vesentlig, men fortrinnsretten som skulle være et gode ble egentlig til ingenting.

A opplever at det som skulle vært et gode også blir brukt mot henne. I referat fra møte 29.09.2006, jf brev av 04.10.2006 fra B til A, settes det således søkelys på at hennes helse ikke er forbedret og det telles egenmeldinger. I referatet fremhever også personalsjef X to sykmeldinger som A har hatt. Disse sykmeldingene kom like etter ansettelsesmøte og etter at A hadde fått muntlig avslag på de tre første stillingene hun søkte. Bakgrunnen for sykmeldingene var at det begynte å versere belastende rykter om A på arbeidsplassen etter at hun ikke fikk noen av stillingene som hun søkte, til tross for lang ansiennitet og relevant videreutdanning. Dette ble en svært stor belastning for A og førte til sykmelding.

A finner det betenkelig at arbeidsgiver ikke engang har vurdert henne i forhold til nattevaktstillinger som hun har søkt.

Også i brev av 29.11.2006 fra rådmann Y settes det søkelys på sykmeldingsperioden. A vil i denne forbindelse påpeke at sykmeldingen kom etter at hun hadde fått avslag på flere av sine stillingssøknader. I samme brev vises det til at A ble oppsagt i 50 prosent stilling på grunn av "egne forhold". Dette "egne forholdet" gjelder en offentlig godkjent yrkesskade som A pådro seg under utførelse av arbeid for B.

A mener på denne bakgrunn å ha vært utsatt for voldsom mobbing og trakassering fra arbeidsgiver.

A vil presisere at hennes søknader på sykepleierstillinger i utgangspunktet er et ønske om utvidet stilling i forhold til hennes nåværende 50 prosent stilling, men flere av stillingene som hun har søkt tilsvarende den stilling hun har i dag. Både hovedtillitsvalgt C og A selv fremmet muntlig krav om fortrinnsrett i forhold til de tre første stillingene som A søkte.

Y anfører at Y ikke er enig i at saken kan være fremmet for sent overfor tvisteløsningsnemnda. Etter det Y kjenner til har A kun fått skriftlig svar fra B i forhold til en av de fem stillingene hun har søkt. Avslag på de andre stillingene må etter Ys vurdering anses for å være gitt muntlig i møte med personalsjefen 29.09.2006.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

B stiller seg i utgangspunktet spørrende til om foreliggende sak hører inn under tvisteløsningsnemnda etter arbeidsmiljølovens bestemmelser om fortrinnsrett, jf rettspraksis og definisjon av reglens virkeområde i NOU 2004:5 side 336. B siterer følgende uttalelse fra NOU'en: "Fortrinnsretten kommer bare til anvendelse ved oppsigelse grunnet arbeidsmangel. Fortrinnsretten kommer ikke til anvendelse dersom A selv har sagt opp sin stilling eller er oppsagt på grunn av eget forhold". B viser i denne forbindelse til at A er oppsagt og har akseptert oppsigelse i en 50 prosent stilling som sykepleier basert på hennes eget forhold.

Videre viser B til at det ikke foreligger skriftlig dokumentasjon på at fortrinnsrett er gjort gjeldende, og at det heller ikke foreligger skriftlig avslag fra Bs side.

A har muntlig tatt opp spørsmålet om fortrinnsrett, men B har i de aktuelle ansettelsesakene ikke behandlet A som om hun skulle ha rett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Bakgrunnen for dette er at A ble oppsagt på grunn av eget forhold i 50 prosent av en 100 prosent stilling, og etter Bs oppfatning omfattes hun derfor ikke av fortrinnsrett verken etter arbeidsmiljøloven § 14-2 eller § 14-3.

B anser at saken muligens skal avvises fra realitetsbehandling i tvisteløsningsnemnda fordi A har oversittet klagefristen og/eller fordi at hun ikke har fortrinnsrett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven.

Videre mener B at fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 ikke kan gjøres gjeldende dersom saken likevel realitetsbehandles av nemnda. Begrunnelsen er:

Av § 14-3 annet ledd fremgår at fortrinnsretten er betinget av at A er kvalifisert for stillingen, samt at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlig ulempe for virksomheten. Kvalifikasjonsbegrepet inneholder to hovedelementer, formell kompetanse og skikkethet. A har formell kompetanse til å inneha sykepleierfunksjoner, men etter Bs vurdering er hun av helsemessige årsaker ikke skikket til å gå inn i utvidet stilling. B viser i denne forbindelse til brev av 29.09.2006 (skal være referat fra møte 29.09.2006 som ble oversendt A ved brev av 04.10.2006), samt legeerklæringer.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom A og B 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 A, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd.

B avslo stillingssøknader fra A ved brev av henholdsvis 18.09.2006, 31.10.2006, 24.11.2006 og 21.12.2006. A søkte på ytterligere en sykepleierstilling som hun ikke fikk, men det er ikke fremlagt kopi av skriftlig avslag fra B når det gjelder denne stillingen. Det er imidlertid fremlagt kopi av foreløpig melding i forvaltningssak, som bekrefter at A søkte stillingen. Meldingen er datert 04.07.2006.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 24.10.2006 av Y på vegne av A.

Tvisteløsningsnemnda tar ikke stilling til om saken er rettidig innbrakt i forhold til alle stillingene som A har søkt, men nemnda legger til grunn at saken uansett er rettidig innbrakt i forhold til noen av disse.

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 A er kvalifisert for stillingen og at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten, jf § 14-3 annet ledd. Ved vurderingen av om A er kvalifisert kan det i henhold til lovens forarbeider tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Tvisteløsningsnemnda legger til grunn at A i utgangspunktet kan ha fortrinnsrett til utvidet stilling. B har imidlertid motsatt seg utvidet stilling for A, fordi hun etter Bs oppfatning ikke er arbeidsdyktig i utvidet stilling av helsemessige årsaker.

Tvisteløsningsnemnda vil bemerke at helsemessige forhold kan være et relevant moment ved vurderingen av om en A er kvalifisert for utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Etter nemndas oppfatning foreligger det imidlertid ikke tilstrekkelige opplysninger om As helsetilstand og arbeidsevne til at nemnda kan vurdere om hun har god nok helse til å kunne arbeide i utvidet stilling. Det synes i denne forbindelse ikke å ha vært foretatt en etterfølgende evaluering av As arbeidsevne i perioden hvor hun arbeidet 20 prosent ekstra som et arbeidsmarkedstiltak.

De utilstrekkelige opplysningene om As helsetilstand og arbeidsevne innebærer at nemnda ikke har nødvendig faktagrunnlag for å kunne fatte vedtak i saken.

Konklusjon

Saken tas ikke under realitetsbehandling. Tvisteløsningsnemnda ber likevel om at partene i felleskap sørger for at det blir foretatt en nærmere utredning og evaluering av As arbeidsevne, og at hun deretter blir vurdert for utvidet stilling på nytt.

Tvisteløsningsnemnda

Hanne Inger Bjurstrøm
leder

Oslo, 30.04.2007

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.