

VEDTAK NR 59/10 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 28. september 2010 i Arbeidstilsynets lokaler, Torvet 5, Lillestrøm.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Haakon Skaug, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Børge Benum, KS
Inger Åfoss, Fagforbundet

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 hjelpepleier i B kommune i stilling på 62,70 prosent. Hun har i perioden fra 1. april 2010 til 1. april 2012 permisjon fra sin stilling som hjelpepleier fordi hun fungerer som hovedtillitsvalgt i stilling på 100 prosent.

B kommune utlyste internt en stilling som autorisert hjelpepleier eller omsorgsarbeider i 74,65 prosent stilling ved avdeling for funksjonshemmede/ X med søknadsfrist 20. mars 2010.

A søkte på stillingen ved søknad av 15. mars 2010.

Personalutvalget var ikke enstemmige i sin innstilling og fremmet derfor to innstillinger til ansettende myndighet. Flertallet i ansettelsesutvalget innstilte C til stillingen og D som reserve. Mindretallet fra Fagforbundet innstilte A.

I samsvar med innstillingen fra flertallet i tilsettingsrådet ble C tilsatt 27. april 2010.

B kommune har i brev av 3. mai 2010 orientert søkerne om at det er foretatt tilsetning i stillingen. A skal ha mottatt avslaget på e-post av 25. mai 2010. Etter det opplyste var det flere søkere med fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3, deriblant den som ble ansatt og den som ble innstilt som reserve til stillingen.

A mener at den som ble tilsatt i stillingen ikke fyller kompetansekravet i utlysningsteksten om autorisert hjelpepleier eller omsorgsarbeider.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 25. mai 2010.

Partene skal 7. juli 2010 og 15. september 2010 ha avholdt tvisteforhandlinger etter hovedavtalen del A § 7-1 om forståelse av hovedavtalen § 2. Bakgrunnen for forhandlingene var at Fagforbundet mente at kommunen ikke hadde forholdt seg til utlysningsteksten ved ansettelse av barne- og ungdomsarbeider. Partene har oppnådd enighet om at det er nødvendig med komplementær kompetanse og at det ikke er et krav om autorisasjon som helsefagarbeider ved X for tjenesten som tilbys brukerne som bor der.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 25. mai 2010
- brev av 1. juli 2010
- brev av 8. juli 2010
- brev av 30. juli 2010
- brev av 9. august 2010
- brev av 12. august 2010
- e-post av 17. september 2010

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 8. juli 2010
- brev av 12. juli 2010
- e-post av 23. september 2010

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

A har fortrinnsrett til den utlyste stillingen, og kommunen har foretatt tilsetting av en søker som ikke oppfylte kvalifikasjonskravene som fremgikk av utlysningsteksten. A er utdannet fagarbeider og har lengst ansiennitet av samtlige søkere til den aktuelle stillingen. Den som ble tilsatt er ikke fagarbeider og har ikke autorisasjon som fagarbeider. Den som ble innstilt som reserve er fagarbeider og har nylig fått autorisasjon som fagarbeider.

Arbeidsgiver har fremsatt en rekke udokumenterte påstander mot A. Hennes sykefravær skyldes i all hovedsak datterens sykdom som A opplever at arbeidsgiver bruker som argument for ikke å gi henne økt stilling. A kan ikke se at hennes søsters arbeidsforhold på samme arbeidssted er til hinder for at A' stilling økes. Omsorgsavdelingen har hevdet at det er en etablert praksis at nær familie ikke skal tilsettes på samme arbeidssted. Det foreligger imidlertid ikke en instruks godkjent av rådmannen og /eller politiske vedtak på en slik praksis. Det foreligger en rekke eksempler på at familiemedlemmer jobber sammen. A benekter at hun har opptrådt på en uakseptabel måte overfor arbeidsgiver.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Både C og den som ble innstilt som reserve til stillingen var faste ansatte med lavere stillingsprosent enn den utlyste stillingen. Disse ble vurdert å være bedre kvalifiserte enn A.

Stillingen ble dermed tilbudt en annen intern søker med fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Det ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett å prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Selv om det således ikke er nødvendig å ta stilling til hennes kvalifikasjoner i denne saken, finner arbeidsgiver det likevel riktig å bemerke at det foreligger flere forhold som medfører at A ikke anses kvalifisert til den utlyste stillingen. Hennes søster er gruppeleder ved X, og A ville i så fall fått sin søster som nærmeste overordnede. Etter den praksis som gjaldt i omsorgsavdelingen ved tilsettingen skal personer i nær familie ikke tilsettes på samme arbeidssted hvis det medfører et over-/ underordningsforhold. Kommunens anstrengte økonomi har gjort det nødvendig med nedskjæringer i omsorgssektoren. Et høyt sykefravær hos en ansatt vil få store negative konsekvenser for så vel beboere som øvrige ansatte. A har et høyt sykefravær som gjør at hun ikke anses kvalifisert til å inneha en så vidt stor stilling. A har ved flere anledninger opptrådt på en måte som arbeidsgiver mener er uakseptabel. Dette medførte at hun i desember 2009 ble gitt en muntlig advarsel som tilrettevisning for sin adferd.

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. B kommune har i brev av 3. mai 2010 orientert søkerne om at det er foretatt tilsetning i stillingen. A skal ha mottatt avslaget på e-post av 25. mai 2010. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 25. mai 2010. Saken anses dermed 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.

Det er opplyst at arbeidstaker som ble tilsatt i den omtvistede stillingen var fast deltidsansatt i kommunen med avdeling for funksjonshemmede som tjenestested. Den som ble tilsatt i stillingen er barne- og ungdomsarbeider (fagarbeider) og har i tillegg høyere utdanning og arbeidserfaring fra tilsvarende arbeid. Nemnda har merket seg at det i henhold utlysningsteksten søkes etter hjelpepleier eller omsorgsarbeider. Vurderingen av søkers kvalifikasjoner må skje ut i fra de krav og forutsetninger som stilles til den stillingen som det kreves fortrinnsrett til, ikke av utlysningsteksten alene. På grunnlag av de dokumenter nemnda har fått seg forelagt, finner nemnda ikke grunnlag for å sette arbeidsgivers vurderinger av den tilsattes kvalifikasjoner til side.

Den tilsatte hadde altså fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Regelen gir ikke noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Det må i utgangspunktet tilfalle arbeidsgiver å foreta den prioriteringen. Slik saken er opplyst foreligger det etter nemndas syn ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurdering i valget mellom flere fortrinnsberettigede.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 29.09.2010

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.