

Arbeidsgivers adgang til å vektlegge tiltredelsestidspunkt ved vurdering av søker

17.10.2022 (2022/2070)

Saken gjelder klage fra søker til stilling som spesialsykepleier på X sykehus (X). Klageren mente hun var forbigått. Hun mente hun hadde fått opplyst at hun var vurdert som best kvalifisert. Likevel fikk hun ikke stillingen fordi hun hadde full stilling som fungerende varaordfører og derfor ikke kunne tiltre før i oktober 2023.

Saken reiste spørsmål om arbeidsgivers adgang til å vektlegge tidspunkt for tiltredelse i en ansettelsesprosess, og videre om det har betydning at søkeren er forhindret i å tiltre innen rimelig tid fordi søkeren er folkevalgt.

En arbeidsgiver har etter Sivilombudets syn adgang til å vektlegge tiltredelsestidspunktet som et moment i helhetsvurderingen ved en ansettelse.

Kvalifikasjonsprinsippet vil imidlertid begrense vektleggingen av hensynet. Det gjelder også der søkeren er folkevalgt.

Arbeidsmiljøloven og kommuneloven har bestemmelser om at arbeidsgiver må akseptere en arbeidstakers fravær som følge av plikter som folkevalgt. En tilsvarende plikt for arbeidsgiver ved ansettelse, er ikke lovregulert. Hensynene bak bestemmelsene om rett til fravær for å fylle plikter som folkevalgt, tilsier likevel at der årsaken til sen tiltredelse er

plikter som folkevalgt, må det tas hensyn til i helhetsvurderingen.

En plikt for arbeidsgiver til å se helt bort fra mulig tidspunkt for tiltredelse der årsaken er plikter som folkevalgt, må etter ombudets syn ha en klarere rettslig forankring.

I denne saken kunne ikke søkeren tiltre før etter 1 år og 8 måneder. Slik sykehuset her har begrunnet behovet for raskere tiltredelse, har ombudet ikke funnet grunn til å kritisere sykehusets avgjørelse.

Sakens bakgrunn

A (heretter klageren) klaget 24. mars 2022 til Sivilombudet over å ha blitt forbigått da hun søkte på stilling som spesialsykepleier på X . I søknaden hadde hun oppgitt at hun hadde permisjon frem til oktober 2023 fra sin faste stilling som spesialsykepleier i hjemmetjenesten fordi hun hadde blitt valgt som fungerende varaordfører i Y kommune høsten 2021.

Det fremgikk av de tilsendte saksdokumentene at klageren ble intervjuet til stillingen, men at hun ikke var blant de innstilte søkerne. I klagen hit har hun opplyst at hun ble oppringt av seksjonslederen noen dager etter intervjuet, 23. februar 2022. I samtalen skal seksjonslederen, ifølge klageren, ha informert henne om at hun «var den best kvalifiserte søkeren og var innstilt som nr. 1, men [hun] kunne ikke få stillingen dersom [hun] måtte ha permisjon til oktober 2023». Samme dag fikk klageren en e-post fra seksjonslederen hvor det fremgikk at «[e]ttersom du ikke kan inneha stilingen før oktober 2023 velger vi å ansette en annen kvalifisert søker til stillingen».

Klageren ba om en begrunnelse. Hun fikk skriftlig svar fra seksjonslederen, som henviste til Hovedavtalen mellom Spekter og LO Stat § 27 om offentlige verv. Der fremgår det at «[a]nsatte som har offentlige verv skal gis tjenestefri i den utstrekning det er nødvendig for å utføre vervet når det kan skje uten at virksomheten blir skadelidende. Dette gjelder ikke når disse verv kan skjøttes utenfor arbeidstiden». I tillegg viste seksjonslederen til kommuneloven § 8-2 og arbeidsmiljølovens § 12-13.

I klagen til Sivilombudet ønsket klageren å få en avklaring på om hun som folkevalgt kan søke ny jobb, få jobben etter kvalifikasjonsprinsippet og ha rett til permisjon til vervet opphører. For henne handlet det om å kunne planlegge livet etter en periode som folkevalgt.

Våre undersøkelser

Etter å ha innhentet og gjennomgått saksdokumentene, fant vi grunn til å undersøke saken nærmere.

Sett i lys av at klageren syntes å ha blitt vurdert som både formelt og reelt kvalifisert for stillingen, spurte vi X om årsaken til at hun likevel ikke hadde blitt innstilt. Vi spurte også om klageren ville ha blitt innstilt til en av de to faste stillingene hvis hun hadde kunnet starte på et tidligere tidspunkt.

X svarte ikke på om klageren ville ha blitt innstilt hvis hun hadde kunnet tiltre på et tidligere tidspunkt. Det ble opplyst at avdelingen hadde et avgjørende behov for kvalifisert personell som kunne starte så snart som mulig. Siden klageren tidligst ville kunne tiltre stillingen oktober 2023, ville det oppstått et behov for vikar for henne dersom hun hadde blitt ansatt.

X viste til at det er en utfordring for helseforetaket å få tilstrekkelig kvalifisert personell, spesielt til midlertidige stillinger. Coronapandemien og generell etterspørsel etter helsepersonell fører til høyere turnover. Det er også en tydelig forventning blant søkere om fast stilling. Mangel på sykepleiere gjør at det er vanskelig å rekruttere nok kvalifisert personell til faste stillinger. Det er enda vanskeligere å rekruttere til vikariater. Dette var viktig for X' samlede vurdering ved denne ansettelsen. X mente at det derfor var adgang til å vektlegge at søkeren først kunne tiltre på et mye senere tidspunkt enn det som må regnes som normalt med en ordinær oppsigelsestid.

X var samtidig enig i at det eksisterer særskilte permisjonsregler som er ment å ivareta folkevalgtes rettigheter, men mente at disse reglene verner folkevalgte som allerede er arbeidstakere i en virksomhet, ikke folkevalgte som søker ledige stillinger i en virksomhet. X presiserte at de ville gitt klager permisjon i tråd med disse permisjonsreglene dersom hun allerede var tilsatt i virksomheten. Klageren fikk oversendt X' svar, men kom ikke med ytterligere merknader.

Sivilombudets syn på saken

1. Kan en offentlig arbeidsgiver vektlegge tiltredelsestidspunkt ved en ansettelse?

Det første spørsmålet saken reiser er om arbeidsgiver ved en ansettelse kan vektlegge tidspunktet en søker kan tiltre en stilling.

Ved ansettelse i det offentlige skal kvalifikasjonsprinsippet følges. Målet med en ansettelsesprosess er å finne frem til den søkeren som etter en samlet vurdering anses best kvalifisert for stillingen. Dette er kommet til uttrykk i statsansatteloven § 3, andre ledd: «[v]ed vurderingen av hvem som er best kvalifisert, skal det legges vekt på utdanning, erfaring og personlig egnethet, sammenholdt med kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningen». Det er ikke tvilsomt at prinsippet også gjelder i annen offentlig virksomhet. For helseforetak er dette kommet til uttrykk blant annet i Sivilombudets uttalelser 7. april 2015 (SOM-2014-1906) og 3. juni 2019 (SOM-2019-642).

Vurderingen skal skje med utgangspunkt i kvalifikasjonskravene som er angitt av arbeidsgiver i utlysningsteksten, samt eventuelle lov- og avtafefestede krav. Innenfor denne rammen, herunder hva som kan anses som saklige krav til stillingen, har arbeidsgiver vid adgang til å bestemme hvilke kvalifikasjoner som er nødvendige og ønskelige.

Sivilombudet har uttalt seg om kvalifikasjonsprinsippet en rekke ganger, se blant annet Sivilombudets uttalelser 16. februar 2021 (SOM-2020-2678), 2. mai 2022 (SOM-2022-1364) og 6. mai 2022 (SOM-2022-1319).

Kvalifikasjonsprinsippet forutsetter at det foretas en helhetlig vurdering av søkerens kvalifikasjoner. Fyller kandidaten de formelle kvalifikasjonskravene, vil øvrige momenter som ønskede kvalifikasjoner, relevant arbeidserfaring, utdanning og søkerens personlige egnethet, inngå i den samlede vurderingen av hvilken søker som er best kvalifisert, jf. Sivilombudets uttalelse 2. mai 2022 (SOM-2022-1364).

Kvalifikasjonsprinsippet, blant annet slik det er kommet til uttrykk i statsansatteloven, synes å forutsette at det bare er kvalifikasjoner i form av utdanning, erfaring og personlig egnethet som er relevant i den sammenlignende vurderingen mellom flere søkere. På hvilket tidspunkt en søker kan tiltre, er ikke en slik kvalifikasjon.

Spørsmålet er om tidspunkt for tiltredelse likevel kan vektlegges i en sammenlignende helhetsvurdering.

En eventuell adgang til å vektlegge tiltredelsestidspunktet er ikke omtalt i forarbeidene til statsansatteloven. Ombudet kan heller ikke se at det gjennom rettspraksis er tatt uttrykkelig stilling til spørsmålet.

I ombudets årsmelding for 1980 side 18 (SOMB-1980-2) er det gjengitt en sak som gjaldt tilsetting i et årsengasjement som advokatfullmektig hos Regjeringsadvokaten. For den som ble tilsatt, het det at han kunne tiltre raskt, og at dette var «av vesentlig interesse for embetets arbeidssituasjon». Her bemerket Sivilombudet at «[s]elv om det ved tilsetting i kortvarige tjenesteforhold må være anledning til å ta hensyn også til en søkers mulighet for rask tiltredelse, kan det ikke være riktig å legge avgjørende vekt på denne omstendighet». Sivilombudet mente at begrunnelsen for å velge B fremfor A ikke var holdbar.

Spørsmålet er omtalt i juridisk litteratur. I Aune m.fl., *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag* (2009), s. 197, er det sagt at hvis en søker «har saklig grunn for først å kunne tiltre på et senere tidspunkt, skal dette ikke vektlegges i kvalifikasjonsvurderingen. Saklig grunn kan være oppsigelsestid i annen stilling, sykdom, graviditet, avtjening av verneplikt osv». Det er samtidig sagt at dette kan stille seg annerledes ved vikariater. I *Fanebust, Offentlig arbeidsrett* (2018), s. 111 omtales søkere som først kan tiltre om noen tid. Der er det sagt at ved «fast tilsetting må dette være uten betydning, i alle fall så lenge søkeren ikke ber om å få tiltre senere enn ved utløp av ordinær oppsigelsestid». Videre fremholdes det at det «er likevel tale om et forhold som bør kunne trekkes inn dersom søkerne står likt, i hvert fall dersom saken også gjelder en midlertidig og kortvarig tilsetting».

På hvilket tidspunkt en søker kan tiltre, er som nevnt ikke et spørsmål om søkerens kvalifikasjoner for stillingen. Det inngår derfor ikke i selve kvalifikasjonsvurderingen. Samtidig kan tiltredelsestidspunkt være viktig for at den utlyste stillingen skal kunne dekke arbeidsgivers behov. For eksempel vil snarlig tiltredelse være avgjørende for nytten av en midlertidig stilling.

Etter ombudets syn kan spørsmålet om tidspunkt for tiltredelse ses som en del av den rammen for stillingen arbeidsgiver setter ved utlysingen. På samme måte som arbeidsgiver f.eks. kan angi hvilke bestemte personlige egenskaper stillingen krever, arbeidssted eller krav til reisedøgn, kan arbeidsgiver innenfor saklige rammer angi særlige behov når det gjelder tiltredelse. Behov for snarlig tiltredelse eller angivelse av et tidspunkt noe frem i tid som oppstartsdato, er ikke helt uvanlig å se i stillingsutlysninger.

Dersom utlysningen ikke angir noe om tidspunkt for tiltredelse, må en søker kunne legge til grunn at det i alle fall ikke er aktuelt med raskere tiltredelse enn det som følger av normal oppsigelsestid.

Kvalifikasjonsprinsippet skal sikre at det er den som formelt og reelt er best til å utføre arbeidet som ansettes. I den sammenlignende vurderingen må man avveie alle de ulike momentene. Det tilsier at tiltredelsestidspunktet normalt ikke alene kan være avgjørende, men inngå som et moment i en samlet helhetsvurdering. Ved vurderingen vil det blant annet ha betydning om det gjelder en fast eller midlertidig stilling. Ombudet tar ikke stilling til om det kan tenkes situasjoner der tidspunkt for tiltredelse må anses som et minstekrav for stillingen.

Adgangen til å vektlegge tiltredelsestidspunkt kan være særskilt regulert. Ved graviditet, fødsel, amming og foreldrepermisjon følger det direkte av likestillings- og diskrimineringsloven § 10 tredje ledd at forskjellsbehandling ved ansettelse, ikke er tillatt. Det er forstått slik at det ved tilsetting ikke kan tas hensyn til at søker vil ha fravær eller ikke kan tiltre som forventet.

Etter Sivilombudets syn følger det av arbeidsgivers fastsettelse av rammen for stillingen, at arbeidsgiver også kan vektlegge tiltredelsestidspunkt som et moment i den samlede helhetsvurderingen ved en ansettelse. Kvalifikasjonsprinsippet vil imidlertid begrense vektleggingen av tiltredelsestidspunktet.

2. Kan arbeidsgiver vektlegge tiltredelsestidspunkt ved en ansettelse når søkeren er folkevalgt og derfor ikke kan tiltre før langt frem i tid?

Det neste spørsmålet saken reiser er om det har betydning for vektlegging av tiltredelsestidspunkt når årsaken er at søkeren er folkevalgt og derfor ikke kan tiltre før langt frem i tid.

Kommuneloven § 8-2 og arbeidsmiljøloven § 12-13 regulerer rett til permisjon fra arbeid for folkevalgte når det er nødvendig for å oppfylle lovbestemt møteplikt i offentlige organer. Bestemmelsene regulerer folkevalgtes krav på permisjon når vedkommende allerede er ansatt i en stilling. Reglene omfatter ikke situasjonen der en folkevalgt søker på en stilling. Det er imidlertid regler i kommuneloven § 8-6 om rett til ettergodtgjøring ved fratredelse av verv.

Hensynet bak sistnevnte regel er å være et sikkerhetsnett bl.a. fordi det kan være vanskelig å skaffe seg arbeid som man kan tiltre akkurat ved utløpet av valgperioden.

Forarbeidene omtaler ikke spørsmålet om tiltredelsestidspunkt der en folkevalgt søker på en stilling.

Spørsmålet om en arbeidsgiver kan vektlegge en folkevalgts forventede fravær i vurderingen av om den best kvalifiserte søkeren skal tilsettes, ble belyst i Sivilombudets årsmelding for 1997 side 132 (SOMB-1996-1534). Ombudet uttalte at «[v]ed vurderingen av om det ved tilsettingen var saklig å legge vekt på et antatt fremtidig fravær for å utføre verv som folkevalgt, må det legges til grunn at borgerne som utgangspunkt er pliktige til å ta imot valg til kommunestyre og formannskap, jf. valgloven § 12 og kommuneloven § 14». Videre understreket ombudet at «[d]et er viktig for at vår demokratiske valgordning skal fungere tilfredsstillende at forholdene legges til rette for at borgerne skal kunne påta seg offentlige verv». I den aktuelle saken mente ombudet at det ikke var gitt en tilfredsstillende forklaring på at klageren hadde blitt forbigått, og ombudet konkluderte med at klageren hadde blitt forbigått på et uriktig og utilstrekkelig grunnlag. Avslutningsvis påpekte ombudet at arbeidsgiver og folkevalgt sammen må søke løsninger for å forene motstridende interesser i slike saker.

De hensyn som begrunner folkevalgtes lovfestede rett til permisjon, og som ombudet viste til i SOMB-1996-1534 nevnt over, gjør seg også gjeldende ved ansettelser. At årsaken til sen tiltredelse er oppgaver som folkevalgt, må derfor inngå i ansettelsesvurderingen. Det vil ha større vekt enn der sen tiltredelse har andre årsaker. En konklusjon om at arbeidsgiver plikter å se helt bort fra at søker ikke kan tiltre som følge av plikter som folkevalgt, må etter ombudets syn ha en klarere rettslig forankring.

I denne ansettelsessaken vektla X behovet for å få økt bemanning så raskt som mulig. Sykehuset trakk blant annet frem et særskilt behov for sykepleiere grunnet coronapandemien kombinert med ekstra vanskeligheter med å få tilsatt vikarer. Riktignok fremgikk ikke dette av utlysningen, men på den annen side var mulig tiltredelsestidspunkt for søkeren langt fram i tid. Slik saken er opplyst for ombudet er det også uklart hvor stor ulikhet det var mellom de best kvalifiserte søkerne. Dersom klageren skulle ha fått stillingen, måtte X ha ansatt en vikar frem til klageren kunne tiltre i oktober 2023. X har begrunnet hvorfor dette ikke var ønskelig. Ombudet kan ikke se at vurderingene X gjorde i denne saken, er utenfor hva arbeidsgiver saklig sett kan vektlegge ved en ansettelse.

Konklusjon

Spørsmålet om arbeidsgiver i en ansettelsesprosess har adgang til å vektlegge at en folkevalgt ikke kan tiltre stillingen før langt frem i tid, er verken regulert i lov eller omtalt i forarbeider.

Hensynet til den demokratiske valgordningen medfører at en arbeidsgiver må akseptere en folkevalgts lovlige fravær, men det kan være tilfeller der hensynet til arbeidsgivers behov må avveies mot arbeidstakerens rett til permisjon. Det må da foretas en konkret interesseavveining i den enkelte sak. I denne saken må arbeidsgivers behov for å fylle en stilling innen rimelig tid

avveies mot hensynet til den folkevalgte og dennes rett og plikt til å utføre sitt demokratiske verv.

Sivilombudet har kommet til at arbeidsgiver kan vektlegge tiltredelsestidspunktet som et moment i helhetsvurderingen ved en ansettelse. Dette gjelder også der søkeren er folkevalgt og derfor ikke kan tiltre før langt frem i tid. Kvalifikasjonsprinsippet vil imidlertid begrense vektleggingen av tiltredelsestidspunktet. Ombudet mener også at eventuelle ytterligere begrensninger i arbeidsgivers adgang til å vektlegge tiltredelsestidspunktet, i tilfelle må ha en klarere rettslig forankring.

I denne saken kunne ikke søkeren tiltre på 1 år og 8 måneder, som må anses å være langt utover ordinær oppsigelsestid. Ombudet mener arbeidsgiveren hadde adgang til å vektlegge dette ved ansettelsen.

17.10.2022 (2022/2070)