



Vedtaksdato  
10. januar 2020

Vår referanse  
2019/26471

Saksbehandler  
Anders R. Holm

## **VEDTAK NR. 05/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 10. desember 2019.**

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder  
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS  
Mårten Brandsnes Faret, KS

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Truls Finne Gamnes, OUS  
Egil Olsen, Fagforbundet, SUS

### **Saken gjelder**

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B

## **Det ble truffet slikt vedtak:**

### **Saksforhold**

A er fast ansatt som portør i stilling på 50 prosent ved B.

Den 18. februar 2019 ble det utlyst en full stilling som portør ved B, med søknadsfrist 15. mars 2019. A søkte på stillingen den 20. februar 2019. Han fikk muntlig avslag på søknaden kort tid etter søknadsfristens utløp. Ved etterfølgende korrespondanse og krav om fortrinnsrett, møttes partene den 14. mai 2019 hvor det ble gitt en muntlig redegjørelse for ansettelsesprosessen og vurderingen av A. Den 24. juni 2019 ble det avholdt drøftelsesmøte mellom partene, hvor skriftlig avslag på krav om fortrinnsrett ble inntatt i referatet. Den omtvistede stillingen ble tildelt en annen internt ansatt uten fortrinnsrett.

Avslaget ble begrunnet med at den utlyste stillingen ikke er identisk med den stillingen arbeidstaker har i dag, og at arbeidstaker ikke vurderes å være personlig egnet for ansettelse i denne stillingen.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 1. juli 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 1. juli 2019
- brev datert 22. august 2019
- e-post av 30. september 2019
- e-post av 3. oktober 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 7. august 2019
- e-post av 22. september 2019
- brev datert 16. oktober 2019

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at han har fortrinnsrett til stillingen og at ansiennitet bør tillegges størst vekt. Han har flere års relevant erfaring som portør og er interessert i å ta fagbrev dersom det legges til rette for det.

Selv om transport av pasienter ikke er en primæroppgave for hans stilling, brukes han ofte til dette. Han følger daglig pasienter i sin jobb.

Han kjenner seg ikke igjen i arbeidsgivers påstander gitt i skriftlig varsel, herunder forhold vedrørende hans utførelse av sine arbeidsoppgaver og personlig egnethet. Riktigheten av dette bestrides.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører i det vesentligste at stillingen som er lyst ut ikke er identiske med den stillingen arbeidstaker har i dag. Både oppgaver og krav til kompetanse er ulike. Arbeidstakers søknad må derfor forstås som søknad på en ny stilling og ikke som en søknad om utvidelse av nåværende stilling.

Primæroppgaven for den omtvistede stillingen er pasienttransport. Det har forekommet at portører med mellomvakt i noen tilfeller har gjennomført pasienttransport. Dette har skjedd i strid med gjeldende arbeidsinstruks, og er ikke gjort på noen leders initiativ.

Arbeidstaker vurderes videre å ikke være personlig egnet for ansettelse i stillingen, da han ved flere anledninger har opptrådt slik at han oppleves som lite samarbeidsvillig og serviceinnstilt. Arbeidstakers personlige hygiene og språkbruk vurderes også å være en vesentlig ulempe, da dette vil skade sykehusets omdømme og tillit til helsehjelpen som ytes.

### **Tvisteløsningsnemndas merknader**

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (5). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt ytterligere to medlemmer med særlig kunnskap om den bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

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.

Det presiseres i forarbeidene til bestemmelsen (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) at fortrinnsretten til utvidelse etter § 14-3 gjelder stillinger med om lag de samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis, og fremgår også av lovens ordlyd som omtaler at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling».

I vurderingen av om stillingene inneholder om lag de samme arbeidsoppgaver har nemnda delt seg i et flertall og mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Rasmussen og Olsen har etter en konkret vurdering kommet til at stillingene inneholder om lag samme arbeidsoppgaver. Selv om stillingsbeskrivelsene viser at deler av arbeidsoppgavene er ulike, og at pasienttransport isolert sett fremstår som en annen arbeidsoppgave enn transport av utstyr, finner flertallet at det må legges avgjørende vekt på de arbeidsoppgaver arbeidstaker i realiteten har utført i sin stilling. Det er ikke omtvistet at arbeidstaker har utført pasienttransport i sin nåværende stilling. Flertallet legger begrenset vekt på arbeidsgivers opplysninger om at vakter med

pasienttransport har blitt fordelt i strid med arbeidsbeskrivelsene, all den tid fordeling av vakter må antas å skyldes driftsmessige behov.

Nemndas mindretall, medlemmene Faret og Gamnes har etter en konkret vurdering kommet til at A ikke har fortrinnsrett, da den omtvistede stillingen ikke kan anses å ha «om lag samme arbeidsoppgaver» som hans nåværende stilling, og dermed ikke kan betraktes som en utvidelse av denne. I vurderingen har mindretallet lagt vekt på at den omtvistede stillingen har pasienttransport som primæroppgave i motsetning til arbeidsoppgavene i As nåværende stilling som i det vesentlige knytter seg til transport og utskiftning av senger. Selv om det ikke synes omtvistet at arbeidstaker også har utført oppgaver med pasienttransport, finner mindretallet at pasienttransport som primæroppgave medfører en sentral forskjell i stillingenes innhold og hvordan arbeidsoppgavene utføres.

Arbeidsgiver har anført at arbeidstaker ikke er personlig egnet for arbeidsoppgavene som medfører pasienttransport. På grunn av flertallets konklusjon vedrørende om lag samme arbeidsoppgaver, må nemnda vurdere om arbeidstaker er kvalifisert.

I tråd med stillingsutlysningen og partenes opplysninger for øvrig, legger nemnda til grunn at A oppfyller de formelle krav for stillingen.

Med personlige forutsetninger menes blant annet personlige egenskaper som har betydning for hvordan vedkommende kan utføre sine egne arbeidsoppgaver. Dette kan for eksempel være evnen til å motivere medarbeidere i relasjon til en lederstilling, overtalelsesevner i relasjon til en salgsstilling eller serviceinnstilling eller kunde-/klienttekte i relasjon til et serviceyrke. Videre følger det av Høyesteretts dom Rt. 2003 s. 1754 at det i vurderingen også kan legges vekt på personlige egenskaper som ikke har direkte betydning for arbeidstakerens utførelse av egne arbeidsoppgaver. Som eksempler peker dommen på tilfeller der arbeidstaker skaper store samarbeidsvansker eller på andre måter bidrar til et dårlig arbeidsmiljø for andre ansatte.

I vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert har nemnda delt seg i et nytt flertall og mindretall.

Nemndas flertall medlemmene Due, Faret og Gamnes har på grunnlag av de opplysninger og dokumenter nemnda har fått seg forelagt, ikke funnet grunn til å sette arbeidsgivers vurderinger av As personlige egnethet til side. Arbeidsgiver har utstedt skriftlig advarsel på grunnlag av situasjoner med blant annet manglende samarbeidsevne, manglende utførelse av arbeidsoppgaver og manglende personlig hygiene. Nemndas flertall legger i vurderingen særlig vekt på at forhold tilknyttet arbeidstakers væremåte og personlige hygiene har blitt tatt opp tidligere, og at den omtvistede stillingen knytter seg til pasienter under sykehusbehandling, som dermed vil være en sårbar gruppe. Etter en helhetsvurdering av sakens opplysninger finner flertallet dermed at A ikke oppfyller kvalifikasjonsvilkåret i bestemmelsen og at han derfor ikke hadde fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas mindretall medlemmene Rasmussen og Olsen 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. Mindretallet legger avgjørende

vekt på at A jevnlig har utført pasienttransport, og arbeidsgiver syntes i begrenset grad å ha fulgt eventuelle mangler ved hans arbeidsutførelse før han påberopte seg fortrinnsrett. Mindretallet ser grunn til å understreke at fortrinnsrettsbestemmelsene innebærer en inngripen i arbeidsgivers anledning til å fritt ansette den de ønsker i stillingene, og i den grad arbeidsgiver påberoper personlig egnethet som grunnlag for manglende kvalifikasjoner, må arbeidsgiver i tilstrekkelig grad underbygge de subjektive forhold som påberopes. I denne vurderingen skal det også tas hensyn til at arbeidsgiver må påregne noe opplæring til tross for at det er om lag de samme arbeidsoppgavene, samt korrigere eventuell uønsket adferd i forbindelse med tildeling av fortrinnsrett.

Mindretallet kan derfor vanskelig se at de avvik som er anført, uten videre oppfølging fra arbeidsgivers side, kan ha som konsekvens at As fortrinnsrett etter loven suspenderes.

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

Som følge av flertallets konklusjon er det ikke nødvendig å ta stilling til om fortrinnsretten vil utgjøre en vesentlig ulempe.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
Leder

10. januar 2020

### **Til orientering:**

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (4).