



Gulating lagmannsrett - Dom - LG-2020-47939

Instans	Gulating lagmannsrett – Dom
Dato	2020-12-18
Publisert	LG-2020-47939
Stikkord	Arbeidsrett. Fortrinnsrett til ansettelse. Sammenhengende midlertidig ansatt.
Sammendrag	En tidligere ringevikar og senere fast vikar krevde fortrinnsrett til fast tilsetting. Saken gjelder beregning av tilsettingstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd. Lagmannsrettens flertall (alle unntatt en meddommer) kom til at det var for lange opphold mellom tilkallingene i den perioden A hadde vært ringevikar, til at A kunne anses å være «sammenhengende midlertidig ansatt» i mer enn tre år. A hadde dermed ikke fortrinnsrett til ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-2 annet ledd eller arbeidsmiljøloven § 14-3, og anken ble forkastet. Uttalelser om rettspraksis, særlig Rt-2009-578 (Sykehuset Innlandet). (Sammendrag av Lovdata).
Saksgang	Stavanger tingrett TSTAV-2019-140294 – Gulating lagmannsrett LG-2020-47939 (20-047939ASD-GULA/AVD2).
Parter	A (advokat Edvard Bakke) mot Randaberg kommune (advokat Kjersti Lunde).
Forfatter	Lagdommer Carl Petter Martinsen, ekstraordinær lagdommer Arne Fanebust og lagdommer Jon Atle Njøsén. Meddommere: personalsjef Dagfinn Berge Dahle og rådgiver Rasmus Rydland.

Innholdsfortegnelse

Gulating lagmannsrett - Dom - LG-2020-47939	1
Innholdsfortegnelse	2
Innledning	3
Partenes påstander, og anførselene i hovedtrekk.....	3
A – ankende part – har lagt ned slik påstand:	3
Randaberg kommune – ankemotparten – har lagt ned slik påstand:.....	4
Lagmannsrettens vurdering	5
Noen rettslige utgangspunkter	5
Kort om As arbeidsforhold i Randaberg kommune	5
Litt om rettspraksis. Særlig om Rt-2009-578	5
Flertallets syn: Anken forkastes	6
Mindretallets syn: Anken tas til følge vedrørende krav om fast tilsetting	7
Sakskostnader.....	7

Innledning

Saken gjelder krav om fast tilsetting og erstatning etter arbeidsmiljøloven.

A er utdannet frisør, men måtte i sin tid omskolere seg. Etter hvert ble hun uføretrygdet med 50 % restarbeidsevne. Hun var ringevikar fra 20. mai 2016 ved Goa Skole i Randaberg som er en av tre skoler i kommunen. A var knyttet til skolens SFO-ordning, der hun tidligere hadde vært på arbeidstrening gjennom NAV. Hun arbeidet sammenhengende fra 26. oktober 2016 til hun ble tilsatt i 50 % vikariat fra 12. april til 30. juli 2017. Vikariatet ble forlenget fra 1. august 2017 til 31. juli 2018, og så til 31. juli 2019.

I de nevnte tidsrom vikarierte A for B som var langtidssykemeldt.

Etter at B sa opp, ble stillingen lyst ut. A søkte, men ble ikke tilsatt. Hun krevde fast tilsetting under henvisning til at hun hadde vært tilsatt midlertidig i mer enn tre år. Kravet ble ikke etterkommet. Hun tok derfor ut stevning for Stavanger tingrett for å få dom for de krav hun mente å ha. Tingretten har avsagt dom 12. februar 2020 med slik domsslutning:

1. Randaberg kommune frifinnes.
2. A dømmes til å erstatte Randaberg kommunes sakskostnader med 283 650 – tohundreogåttitretusensekshundreogfemti – kroner med forfall 2 – to – uker etter dommens forkynnelse.

Om saksforholdet ellers, og hva partene anførte for tingretten, vises til tingrettens dom.

A har anket dommen, idet hun anfører at det foreligger feil ved tingrettens rettsanvendelse. Randaberg kommune har levert tilsvar der anken påstås forkastet. Ankeforhandling ble holdt i Bergen 9. desember 2020. Ingen av partene møtte, men begge var representert ved sine prosessfullmektiger. De frafalt partsforklaringer og vitneførsel. Saken ble tatt opp til doms etter at prosessfullmektigene hadde holdt hovedinnlegg med replikk og duplikk. Dokumentasjon ble foretatt slik rettsboken viser.

Partenes påstander, og anførselene i hovedtrekk

A – ankende part – har lagt ned slik påstand:

1. A har krav på fast ansettelse i Randaberg kommune.
2. Randaberg kommune dømmes til å betale A erstatning etter rettens skjønn med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven fra forfall til betaling skjer.
3. A tilkjennes sakskostnadene for ting- og lagmannsrett.

De aktuelle bestemmelser må tolkes med utgangspunkt i arbeidsmiljølovens formål slik det er beskrevet i lovens kapittel 1: Loven skal verne arbeidstakerne, og vernereglene er fragmentariske. De må tolkes i sammenheng, ut fra det som er lovens hovedformål og med utgangspunkt i at arbeidstakervernet er dynamisk og i stadig utvikling. Det vises bl.a. til Rt-2006-1158, Rt-2013-1730 og LB-2018-42779. Det går ellers fram av lovforarbeidene og rettspraksis at en sak som denne skal avgjøres ut fra forholdene på kravtidspunktet, og at det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at arbeidstaker ikke har krav på fast tilsetting.

Hovedregelen er at arbeidstaker skal tilsettes fast, jf. arbeidsmiljøloven § 14-9 og § 14-10. Loven er uttømmende når det gjelder adgangen til å tilsette midlertidig. At midlertidig tilsatte har krav på fast tilsetting etter tre år, innebærer også at isolert sett lovlig midlertidige tilsettinger blir ulovlige dersom de varer lengre enn dette. Kravet om at arbeidstaker skal ha vært tilsatt sammenhengende i mer enn tre år, er drøftet i lovforarbeidene og i juridisk teori. Det er også avsagt en rekke dommer om dette. Slik ankende part ser det, er Rt-2009-578 særlig viktig, og det er først og fremst premiss 71-72 som gir veiledning i saken her. Det er ikke holdbart, slik tingretten gjør, å trekke vekslers på reguleringen etter statsansatteloven § 9 med tilhørende forskrifter. Det går fram av lovhistorikken at reguleringen ikke nødvendigvis trenger være sammenfallende. Slik ankende part ser det, gir lovens formål, vernehensynet, heller ikke støtte for den løsning tingretten har

kommet fram til. Rettsstillingen for ringevikarer må vurderes konkret og etter en samlet vurdering ut fra det nevnte vernehensyn.

Når en virksomhet, som i tilfellet her, har mer enn én ringevikar, må dette innebære at den anerkjenner behovet for arbeidskraft ut over dens fast tilsatte arbeidsstokk. At den har flere ringevikarer, innebærer også at den ivaretar sitt behov for fleksibilitet på bekostning av arbeidstakernes behov for stillingstrygghet. Dette kommer i tillegg til de unntak som ellers er gjort for midlertidig tilsatte og vikarer, bl.a. når det gjelder fortrinnsrett etter § 14-2 annet ledd og § 14-3. Ringevikarer tilhører en arbeidstakergruppe som har et særlig behov for vern. Det er heller ikke riktig, slik tingretten gjør, å basere seg på at A kunne takket nei når hun ble oppringt og at hun stod fritt til å ta annet arbeid dersom hun ønsket dette. Realiteten er at hun takket ja til alle vakter hun ble tilbudt, og at hun ikke stod fritt slik virksomheten anfører.

Tingretten har ikke lagt tilstrekkelig vekt på at A var 50 % uføretrygdet og omskolert og at hun tok de vakter hun kunne få. I perioden fra mai/juni 2016 til medio november samme år arbeidet hun mer enn 200 timer fordelt på 35 arbeidsdager, tilsvarende 22.5 % stilling. Rt-2009-578 gjaldt en arbeidstaker som *kunne* ha arbeidet i 100 % stilling, og der var det tilstrekkelig til friststart at vedkommende arbeidet 34 % fra april 2003 og ut året. Det resultat tingretten har kommet til, innebærer at midlertidig tilsatte diskrimineres i forhold til de som er tilsatt fast. Dette er i strid med diskrimineringsforbudene i arbeidsmiljøloven kapittel 13.

Ankende part konkluderer med at hun hadde krav på fast tilsetting.

Siden A skulle vært tilsatt fast, har hun krav på erstatning, jf. arbeidsmiljøloven § 14-11 første og annet ledd. Hun krever erstattet sitt lønnsstap uten fradrag for det hun har tjent annetsteds etter fratreden. I tillegg kreves erstatning for ikke-økonomisk tap (oppreisning), antydningssvis i størrelsesorden fra kr. 20 000 til kr. 50 000. Hun viser til LE-2014-150547.

Ankende part legger ned påstand som inntatt ovenfor.

Randaberg kommune – ankemotparten – har lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. A dømmes til å erstatte Randaberg kommunes sakskostnader for lagmannsretten.

Etter at kommunen hadde intervjuet aktuelle søkere til stillingen, ble den som ble ansett best kvalifisert tilsatt. Dette er i samsvar med reglene for tilsetting i offentlig sektor. Kommunen mener A ikke har vært tilsatt sammenhengende i tre år slik hun anfører. Hun hadde derfor ikke fortrinnsrett. Det minnes om at det er rektor ved den enkelte skole som tilsetter medarbeidere i SFO, og at driften av skolefritidsordningen er foreldrefinansiert. Hvor mange som kan tilsettes, beror på behovet for arbeidshjelp og budsjettet. Ved Goa skole var det 4.35 årsverk i skolefritidsordningen høsten 2019. Disse var fordelt på ni medarbeidere, inkludert leder i 80 % stilling. Sykefraværet var høyt perioden, prosentvis beregnet. Men dette hang sammen med at en av medarbeiderne – B – var langtidssykemeldt.

Det er riktig at en medarbeider som er midlertidig tilsatt, har krav på fast tilsetting dersom vedkommende har vært tilsatt i tre år, jf. arbeidsmiljøloven § 14-9. Bestemmelsen regulerer uttømmende adgangen til midlertidig tilsetting. I tilfellet her var imidlertid arbeidstakeren, A, lovlig midlertidig tilsatt etter alternativet om vikartilsetting. Stillingen ble lyst ut straks det ble klart at den som var sykemeldt, ikke kom tilbake. Dette er i samsvar med lovreglene slik de er forstått i rettspraksis. Det følger ellers av loven at når en midlertidig tilsatt medarbeider har fortrinnsrett etter tre år, må tilsettingen ha vært sammenhengende.

I kravet om «sammenhengende» tilsetting ligger at tilsettingen må ha vært uavbrutt, men likevel slik at fravær på inntil 14 dager ikke avbryter opptjeningstiden. Også lengre fravær kan bli akseptert, men da etter en totalvurdering. Det erkennes at A har vært sammenhengende tilsatt i skolefritidsordningen ved Goa skole fra 26. oktober 2016. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig til fortrinnsrett. A kan heller ikke høres med at de vakter hun tok som ringevikar før dette tidspunkt, skal regnes med. Det er således ikke riktig, som anført, at også den tidligere periode som ringevikar skal telle med. Det er heller ikke avgjørende at A kunne ha påtatt seg vakter i avbruddsperiodene dersom hun ble tilkalt, eller at kommunen benyttet seg av flere ringevikarer. Tingretten har basert seg på en riktig lovforståelse når den tar utgangspunkt i at opptjeningstiden blir avbrutt ved fravær, og foretar en konkret og sammensatt vurdering siden fraværene, som her, har vart mer enn 14 dager.

Ankemotparten konkluderer med at A ikke hadde krav på fast tilsetting.

Subsidiært, dersom A får medhold i kravet om fast tilsetting, har kommunen ingen innvendinger til beregningen av det tap hun i utgangspunktet kan kreve erstattet. Men slik kommunen ser det, må det gjøres fradrag for det A har tjent annetsteds. At hun også kan kreve erstatning for ikke-økonomisk tap, bestrides, jf. til sammenlikning LH-2011-97866.

Det legges ned påstand som inntatt ovenfor.

Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten er kommet til at anken forkastes, med dissens som fremgår nedenfor.

Noen rettslige utgangspunkter

Etter arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd er hovedregelen at en arbeidstaker skal tilsettes fast. Det følger imidlertid av annet ledd at avtaler om midlertidig tilsetting kan inngås bl.a. når arbeidet er av midlertidig karakter eller det tilsettes for arbeid i stedet for en annen eller andre (i vikariater). At A kunne tilsettes midlertidig, er ikke omtvistet. Spørsmålet er om hun, selv om hun ble tilsatt midlertidig, skal regnes som fast tilsatt etter § 14-9 sjuende ledd.

Det følger av den nevnte bestemmelsen at vikarer har krav på fast tilsetting hvis de har vært sammenhengende tilsatt i mer enn tre år. Det følger også at det ikke skal gjøres fradrag for fravær ved beregning av tilsettingstiden. Grunnvilkåret om sammenhengende tilsetting gjelder likevel. Og det er dette, kravet om sammenhengende tilsetting, som er tema i saken.

Kort om As arbeidsforhold i Randaberg kommune

Det er fremlagt Personalmelding, datert 20. mai 2016, hvorefter A først ble tilsatt ved Goa skole SFO som ringevikar. Etter det opplyste har hun hatt disse opphold i sin tjeneste:

29.04.2016 – opphold én måned (31 dager) – 30.05.2016

07.06.2016 – opphold to uker og to dager (16 dager) – 23.06.2016

30.06.2016 – opphold én måned da SFO var stengt – 01.08.2016

19.08.2016 – opphold om lag fire uker (27 dager) – 15.09.2016

16.09.2016 – opphold om lag tre og en halv uke (25 dager) – 11.10.2016

11.10.2016 – opphold to uker og én dag (15 dager) – 26.10.2016.

I tillegg til at A har vært tilsatt midlertidig fra 26. oktober 2016 som innledningsvis nevnt, har hun hatt oppdrag for kommunen med avbrudd som angitt ovenfor. A krevde fast tilsetting 28. juni 2019. Hvis hun skal få medhold i dette, må tilsettingen i Randaberg kommune regnes som «sammenhengende» også forut for vikartilsettingen fra 26. oktober 2016. Denne er således i seg selv ikke tilstrekkelig til å tilfredsstille treårsfristen etter loven.

Litt om rettspraksis. Særlig om Rt-2009-578

Partene har redegjort for en rekke rettsavgjørelser til støtte for sitt syn. Lagmannsretten viser til tingrettens domsgrunner. De sentrale rettsavgjørelser er gjennomgått der, i tillegg til lovforarbeider og juridisk teori. Slik lagmannsretten ser det, er det avgjørelsen i Rt-2009-578 (Sykehuset Innlandet) som er mest sentral i forhold til nærværende sak. Saken gjaldt en arbeidstaker som hadde hatt ulike former for midlertidig arbeid ved et sykehus gjennom flere år. Spørsmålet var om han hadde krav på fast tilsetting etter reglene i arbeidsmiljøloven § 14-9 eller den ulovfestede lære som kan utledes av avgjørelsene i Rt-1989-1116 (Statfjorddommen) og Rt-2006-1158 (Ambulansedommen). Førstvoterende, som på dette punkt fikk tilslutning av de øvrige dommere, sier om forholdet til den dagjeldende tjenestemannslov og spørsmålet om hvilke vekslersom i tilfelle kunne trekkes på denne:

Jeg bemerker at siktemålet opprinnelig var å få felles regler på det aktuelle punkt for tjenestemenn og andre arbeidstakere, men dette ble ikke gjennomført. Selv om reglene i tjenestemannsloven har vært en inspirasjonskilde for arbeidet med arbeidsmiljøloven § 14-9, er det flere forskjeller mellom de to regelsett både innholdsmessig og lovteknisk. Forarbeidene gir ikke holdepunkter for at § 14-9 på alle punkter skal forstås på samme måte som reglene i tjenestemannsloven. Jeg finner derfor ikke at forståelsen av reglene i tjenestemannsloven kan føre til et resultat i strid med det forarbeidene til § 14-9 og formålsbetraktninger tilsier. Heller ikke juridisk teori gir støtte for ankemotpartens syn. Jeg går derfor ikke nærmere inn på forståelsen av tjenestemannsloven § 3, § 9 og § 10.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i synspunktene her. Selv om det ikke kan bygges direkte på bestemmelsene i tjenestemannsloven og forskriftene, kan de likevel gi *noe* veiledning ved tolking og anvendelse av kravet om «sammenhengende» tilsetning i arbeidsmiljøloven.

Førstvoterende, fortsatt med støtte fra de øvrige dommere, tok videre utgangspunkt i at bare midlertidig tilsetning som nevnt i § 14-9 første ledd a og b, teller med ved beregningen av om arbeidstaker har nødvendig opptjeningstid. Høyesterett tok så for seg de ulike perioder med midlertidig tilsetning, med utgangspunkt i at påfølgende midlertidig tilsetning måtte vurderes samlet hvis kravet til «sammenhengende» midlertidig tilsetning skulle være oppfylt.

En av de aktuelle perioder med midlertidig arbeid som arbeidstaker mente skulle telle med, gjaldt overtidsarbeid og ekstravakter. Dette hadde etter Høyesteretts syn slik tilknytning til den hospitantordning vedkommende var inne i da arbeidet ble utført at det måtte falle utenfor. Ekstravakter tilsvarende 34 % og 41 % av full stilling som vedkommende hadde påtatt seg i to påfølgende år, måtte på den annen side regnes med. Det samme gjaldt den tid vedkommende hadde deltatt i den såkalte SEPREP-ordningen. Det springende punkt var etter dette om *summen* av disse ulike komponentene tilfredsstilte kravene til opptjeningstid.

Flertallet, tre dommere, besvarte dette benektende, under henvisning til at arbeidstaker ble sykmeldt slik at tjenestetiden, regnet fra det tidspunkt Høyesterett tok utgangspunkt i, var for kort. Mindretallet, to dommere, mente det ikke skulle gjøres fradrag for sykemeldingen og at kravet til opptjeningstid etter de dagjeldende regler var oppfylt. Mindretallets syn er senere fulgt opp ved en tilføyelse i arbeidsmiljøloven § 14-9 sjuende ledd siste punktum.

Når det gjelder vurderingen i forhold til saken her, har lagmannsretten delt seg i et flertall, som voterer for at anken forkastes, og et mindretall, som voterer for at anken tas til følge.

Flertallets syn: Anken forkastes

Disse dommere, alle unntatt meddommer Rydland, minner om at A, forut for den formelle vikartilsetning som startet 26. oktober 2016, i hovedsak var tatt inn for å avhjelpe arbeidstopper som oppstod pga. svingninger i behovet for arbeidshjelp i SFO-ordningen. Hun var spesifikt knyttet til ordningen ved Goa skole, som det i utgangspunktet var allokert 4.35 stillinger til, hvorav én person i 80 % hadde lederfunksjoner. At sykefraværet var høyt, rundt 16 % i perioder, hadde sammenheng med at én av medarbeiderne var sykemeldt i lang tid. Som oversikten ovenfor viser, var det til dels lange opphold mellom tilkallingene, i flere tilfeller fra tre til fire uker. Dette gjelder også i den siste fasen, forut for den kontinuerlige vikartilsetning fra 26. oktober 2016. Flertallet har forståelse for at ringevikarer har en så løs tilknytning til virksomheten at det kan reise problemer i forhold til det vernehensyn som loven er tuftet på. Det kan også reises spørsmål om en ringevikarordning knyttet til SFO-ordningen i en kommune, *bør* splittes opp slik at den enkelte «står på listen» bare ved en av skolene der. Flertallet ser det likevel slik at de perioder A ble tilkalt for, fremstår så fragmentariske, og at det i flere tilfeller var så lange opphold mellom dem, at det ikke er tale om en sammenhengende tilsetning fra et tidspunkt før den kontinuerlige vikartilsetning. Flertallet viser videre til at det å være tilkalt for å avhjelpe arbeidstopper når den ordinære bemanning var utilstrekkelig, skiller seg fra tilsetning i et ordinært vikariat når en navngitt medarbeider er sykemeldt. Slik disse dommere ser det, har A, etter en samlet vurdering, også under hensyn til lovens verneformål, ikke vært tilsatt sammenhengende mer enn tre år.

Forholdene ligger også, slik flertallet ser det, annerledes an enn i Rt-2009-578. Det er derfor etter flertallets oppfatning ikke naturlig å ta utgangspunkt i en gjennomsnittsberegning av arbeidsforholdet, målt opp mot As restarbeidsevne, slik mindretallet tar utgangspunkt i.

Flertallet er derfor, på samme måte som tingrettens flertall, kommet til at A ikke hadde krav på fast tilsetting. Med dette som utgangspunkt har hun heller ikke krav på erstatning.

Mindretallets syn: Anken tas til følge vedrørende krav om fast tilsetting

Slik mindretallet, meddommer Rydland ser det, taler lovens verneformål for at As krav blir tatt til følge. Mest sannsynlig har kommunen et stabilt behov for ekstrahjelp og vikarer, og det er grunn til å tro at det er de samme personer som tar de aktuelle vaktene hvert år. De tilkallinger A hadde over tid, gir en gjennomsnittsbetlastning opp mot den arbeidsevne hun hadde (50 %). Hun arbeidet derfor langt på vei opp mot sin fulle arbeidskapasitet. Hvis kommunen har en liste over ringevikarer som er lang nok, kan den komme utenom de plikter som ellers følger av loven. Det bør ikke aksepteres at den tolkes slik at den gir rom for dette. Mindretallet er av den oppfatning at Rt-2009-578 (premiss 71-72) må tolkes i ankende parts favør.

Denne dommer voterer derfor for at As krav om fast tilsetting tas til følge. Siden A hadde krav på fast tilsetting, må hun få erstattet det tap hun har lidt. Partene er enige om hvordan tapet skal beregnes, men uenige om det skal gjøres fradrag for As inntekt annetsteds. Slik denne dommer ser det, er det ikke grunn til å gjøre fradrag for inntekt av annet arbeid etter at arbeidsforholdet hos Randaberg kommune ble avsluttet.

Slik mindretallet ser det, bør det ikke tilkjennes oppreisningserstatning.

Anken blir etter dette forkastet, i tråd med flertallets syn.

Sakskostnader

A har tapt ankesaken, og må pålegges å erstatte Randaberg kommunes sakskostnader for lagmannsretten etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første jf. annet ledd, idet det ikke er grunn til å fravike denne. Det er lagt fram oppgave over sakskostnadene for et samlet beløp av kr. 214 112. Av dette utgjør salær kr. 167 500, basert på 67 timer arbeid a kr. 2 500. Resten av sakskostnadene er mva. samt utgifter til reise og opphold. Det er ikke kommet innsigelser til oppgaven. Lagmannsretten finner de påløpte utgifter rimelige og nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5.

Sakskostnadene for lagmannsretten fastsettes etter dette i samsvar med oppgaven.

Tingrettens avgjørelse vedrørende sakskostnader er det ikke grunn til å endre.

Lagmannsrettens dom er enstemmig der annet ikke fremgår ovenfor.

DOMSSLUTNING

1. *Anken forkastes.*
2. *I sakskostnader for lagmannsretten betaler A kr. 214 112 – tohundreogfortientusenett hundreogtolv – innen 2 – to – uker fra dommen er forkynt.*