



NORGES HØYESTERETT

Den 27. juni 2005 avsa Høyesterett dom i

HR-2005-01028-A, (sak nr. 2005/147), sivil sak, anke,

Kjell Braaten AS

(advokat Erling Høyte – til prøve)

mot

A

(advokat Geir S. Winters – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Flock**: Saken gjelder krav fra en arbeidstaker mot arbeidsgiveren om erstatning for midlertidig ansettelse i strid med arbeidsmiljøloven § 58 A. Tvistespørsmålet er om arbeidsavtalen var midlertidig.
- (2) Kjell Braaten AS er et import- og grossistfirma som leverer nonfood-produkter til dagligvarebransjen. Fra 1. desember 2001 arbeidet A med tømning av containere og pakking/ompakking av varer på bedriftens lager.
- (3) A ble avlønnet med timelønn. Han arbeidet omtrent daglig i tilnærmet full stilling. Skriftlig arbeidsavtale ble først inngått knapt et år senere, i oktober 2002. Stillingen ble i avtalen beskrevet å være ”ekstrahjelp ved behov”. Både varighet av ansettelsesforholdet og arbeidstid var angitt å være ”behovsrelatert”. Avtalt oppsigelsestid var en måned.
- (4) A tok i et brev til arbeidsgiveren 11. november 2002 opp ulike sider ved arbeidsmiljøet, som han mente ikke oppfylte krav i lover og forskrifter. Brevet foranlediget at det den påfølgende dag inntraff en episode som førte til at A av arbeidsgiveren ble bedt om å forlate arbeidsstedet. Han har senere ikke arbeidet ved bedriften og har heller ikke hatt noen lønnsinntekt derfra.
- (5) A mente seg urettmessig behandlet og reiste søksmål mot Kjell Braaten AS med krav om erstatning. Asker og Bærum tingrett avsa 3. september 2003 dom med slik domsslutning:

”1. Kjell Braaten AS frifinnes.

2. A dømmes til å betale Kjell Braaten AS sine saksomkostninger med 57040 –femtisyvtusenogførti– kroner, med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer, innen 2 –to– uker etter forkynt dom.”

(6) A anket dommen til Borgarting lagmannsrett. For tingretten hadde han gjort gjeldende at han urettmessig var blitt avskjediget, og at kravet på erstatning både hadde støtte i arbeidsmiljøloven § 66 nr. 5, i § 58 A nr. 4 tredje ledd og i ulovfestede erstatningsregler. For lagmannsretten var saken begrenset til spørsmålet om A hadde vært midlertidig tilsatt i strid med arbeidsmiljøloven § 58 A, og om dette ga rett til erstatning etter nr. 4 tredje ledd i denne paragrafen. Lagmannsretten avsa 29. november 2004 dom med slik domsslutning:

”1. Kjell Braaten AS dømmes innen 2 – to – uker fra dommens forkynning til å betale erstatning til A med 150.000 – etthundreogfemtusen – kroner med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra 1. mai 2003 til betaling skjer.

2. I saksomkostninger for tingretten betaler Kjell Braaten AS 73.489 – syttitretusenfirehundreogåttini – kroner til det offentlige innen 2 – to – uker fra dommens forkynning.

3. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Kjell Braaten AS 76.884 – syttisekstusenåttehundreogåttifire – kroner til A innen 2 – to – uker fra dommens forkynning.”

(7) Kjell Braaten AS har anket dommen til Høyesterett. A har tatt til motmæle. Når bortsees fra et prosessuelt spørsmål om sakens omfang for Høyesterett, som jeg kommer tilbake til, står saken så vel i faktisk som i rettslig henseende i stor grad i samme stilling som for lagmannsretten. Arbeidsgiveren har for Høyesterett ikke opprettholdt sin subsidiære anførsel om at arbeidsforholdet, i tilfelle det skulle bli ansett for å ha vært midlertidig, oppfylte vilkårene i arbeidsmiljøloven § 58 A.

(8) Den ankende part, Kjell Braaten AS, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

(9) A var fast ansatt som ekstrahjelp. Når lagmannsretten kom til at han var ulovlig midlertidig tilsatt, bygger dette på en uriktig bevisvurdering og rettsanvendelse.

(10) Arbeidsavtalen var etter sin ordlyd ikke tidsbegrenset, og den var heller ikke betegnet som midlertidig. Når arbeidsgiveren hadde behov for ekstrahjelp på lageret, hadde A rett til å bli tilkalt. Avtalen løp inntil en av partene sa den opp. Når arbeidstiden var angitt å være ”behovsrelatert”, betød det at den var gjenstand for nærmere avtale. Arbeidsgiveren hadde plikt til å tilby A arbeide hvis behovet var til stede, mens A kunne reservere seg dersom tidspunktet ikke passet for ham. Om arbeidstiden er mer eller mindre omfattende, har ingen betydning for spørsmålet om ansettelsesforholdet er midlertidig. I tillegg kommer at klausulene om prøvetid og oppsigelsestid ikke ville hatt noen fornuftig mening dersom det bare var tale om en midlertidig tilsetting etter arbeidsmiljøloven § 58 A. Arbeidsavtalen innebar følgelig ingen omgåelse av arbeidstakerens stillingsvern.

- (11) Så lenge det ikke er avtalt noen midlertidig ansettelse, og arbeidsgiveren heller ikke har hevdet annet enn at det er tale om et fast arbeidsforhold, vil dette i henhold til hovedregelen i arbeidsmiljøloven være fast.
- (12) Dersom Høyesterett i likhet med lagmannsretten skulle komme til at det bare har vært tale om et midlertidig arbeidsforhold, erkjennes at det er tale om en ansettelse som ikke oppfyller de vilkår for slike ansettelser som er satt i arbeidsmiljøloven § 58 A.
- (13) Subsidiært anføres at A ikke har lidt noe økonomisk tap. Når han etter 12. november 2002 ikke ble tilkalt for arbeide, hadde dette sammenheng med bedriftens fallende behov for arbeidskraft.
- (14) Motparten har for Høyesterett som et subsidiært grunnlag for sitt erstatningskrav, påberopt at han under enhver omstendighet har vært utsatt for en usaklig oppsigelse. Det er her tale om et nytt grunnlag for erstatningskravet som Høyesterett ikke kan behandle, jf. tvistemålsloven § 375 fjerde ledd.
- (15) Dersom Høyesterett skulle komme til at det er grunnlag for erstatning, og det er godtgjort et økonomisk tap, aksepteres det erstatningsbeløp som lagmannsretten har utmålt, altså de kr 150 000. Det bestrides ikke at A har oppfylt plikten til å begrense sitt tap. Det er ikke grunnlag for å la noen del av beløpet være erstatning for ikke-økonomisk tap.
- (16) Kjell Braaten AS har nedlagt slik påstand:
- ”1. Tingrettens dom stadfestes.**
 - 2. Kjell Braaten AS tilkjennes sakens omkostninger for lagmannsrett og Høyesterett med tillegg av den til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum, for tiden 8,75 % årlig rente, regnet fra oppfyllelsesfristen for Høyesteretts dom til betaling skjer.”**
- (17) Ankemotparten, A, har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (18) Både før og etter at den skriftlige arbeidsavtalen ble inngått, arbeidet han omtrent full tid hver dag, og dette skjedde uten at han ble innkalt fra gang til gang. Arbeidsavtalen samsvarte således ikke med realitetene. Man kan ikke være fast ansatt uten å ha en eller annen avtalt arbeidstid. As arbeidskraft ble brukt til å dekke et permanent behov. En slik bruk av ekstrahjelp innebærer en uakseptabel omgåelse av stillingsvernet i arbeidsmiljøloven og er i strid med lovens § 58 A. Dette gir ham et erstatningskrav etter nr. 4 tredje ledd i denne paragrafen.
- (19) Dersom denne erstatningsbestemmelsen ikke får anvendelse, innebærer bortvisningen fra arbeidsplassen en formuriktig og usaklig oppsigelse som i seg selv gir grunnlag for erstatning etter arbeidsmiljøloven §§ 60 og 62. Det er riktig at han etter tingrettens dom ikke fulgte opp sitt krav om erstatning som følge av uberettiget avskjed. Den anførsel om erstatning som følge av usaklig oppsigelse som han nå gjør gjeldende, bygger på en alternativ rettslig bedømmelse av det samme faktum som var gjenstand for bevisførsel i de to foregående instanser. Den kan da ikke være avskåret etter tvistemålsloven § 375 fjerde ledd.

- (20) Det beløp som lagmannsretten har tilkjent i erstatning, aksepteres. Men lagmannsretten skulle ha latt en del av beløpet være erstatning for ikke-økonomisk tap. Det må her tas i betraktning at arbeidsgiveren ikke hadde noen saklig grunn for bortvisningen, og at arbeidsforholdet ble avsluttet på en måte som A med rette oppfattet som krenkende.
- (21) A har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Lagmannsrettens dom stadfestes.**
 2. **Kjell Braaten AS dømmes til å betale sakens omkostninger for Høyesterett til det offentlige med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3, første ledd, første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.”**
- (22) Mitt syn på saken:
- (23) Jeg er kommet til at anken ikke kan føre frem.
- (24) Arbeidsmiljøloven § 58 A inneholder bestemmelser om avtaler om midlertidig tilsetting. Slike arbeidsavtaler gjelder for ”et bestemt tidsrom eller for et bestemt arbeid av forbigående art”. Paragrafen setter snevre grenser for adgangen til å inngå denne type avtaler. En ansettelse i strid med bestemmelsene i § 58 A gir normalt arbeidstakeren rett til å kreve at ansettelsesforholdet er fast, med de oppsigelsesfrister og det oppsigelsesvern som da følger av lovens vanlige bestemmelser, se som eksempel dommen i Rt. 1989 side 1116. I tillegg gis arbeidstakeren rett til å kreve erstatning, jf. § 58 A nr. 4 tredje ledd. Det er den sistnevnte bestemmelsen som er aktuell i vår sak.
- (25) Som nevnt har arbeidsgiveren for Høyesterett erkjent at de vilkår som § 58 A setter for lovlig å kunne etablere et midlertidig ansettelsesforhold, ikke er oppfylt. Slik saken nå står, er følgelig det sentrale spørsmål om arbeidsavtalen innebar en fast ansettelse, og om arbeidsgiveren dermed går klar av de vilkår for lovlig midlertidige ansettelser som er oppstilt i § 58 A.
- (26) På den tid A var ansatt hos Kjell Braaten AS, hadde bedriften omkring 25 personer fast ansatt på ordinære vilkår, hvorav 7 – 8 arbeidet på lageret. Der arbeidet også en rekke ekstrahjelpere, deriblant A. I tillegg ble innleiet ekstra arbeidshjelp, for eksempel i form av dugnadsgjenger, ved særlige anledninger. Som nevnt arbeidet A tilnærmet full tid. Selv om bedriftens behov for lagerhjelp kunne variere, blant annet som følge av at man tok imot containere for utlasting med noe ujevne mellomrom, er det ikke tvilsomt at man var utenfor de situasjoner som etter § 58 A ga adgang til å ha A i et midlertidig ansettelsesforhold.
- (27) Som nevnt inneholdt ikke den skriftlige ansettelsesavtalen noen bestemmelse som begrenset varigheten. Og ved den gjensidige adgang til oppsigelse med en måneds varsel, inneholdt avtalen tilsynelatende et stillingsvern for arbeidstakeren. Dette kan imidlertid ikke være tilstrekkelig til at avtalen faller utenfor § 58 A.
- (28) Når avtalen anga arbeidstiden til å være ”behovsrelatert”, ble det bare siktet til arbeidsgiverens behov. På den måten anga avtalen bare en ramme, som det var opp til arbeidsgiveren å gi innhold. A ble gitt en utsikt til arbeide og inntekt, alt etter

arbeidsgiverens behov og vilje til å benytte seg av ham. Dette betyr at hans situasjon i realiteten var langt unna den situasjon som en fast ansatt arbeidstaker befinner seg i.

- (29) Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 58 A om en arbeidsgivers adgang til å inngå avtaler om midlertidig ansettelse, har sin bakgrunn blant annet i lovgiverens ønske om at arbeidstakere skal ha en rimelig grad av trygghet – og derunder også en forutsigbarhet – i sin arbeidssituasjon. Jeg viser til den målsetting som er kommet til uttrykk i lovens § 1 nr. 2. Således ble det i Innst. O. nr. 2 (1994-95) side 29 gitt uttrykk for at komitéens flertall så med ”bekymring på utviklingen i arbeidsmarkedet, hvor det synes som om det gjøres stadig større bruk av midlertidig ansettelse, engasjementstillinger, korttidsansettelser, prosjektansettelser og inn/utleie av arbeidskraft og ansattes overgang til å bli selvstendige næringsdrivende m.m.”. Dette ville etter flertallets oppfatning ”kunne føre til at bedriftene gradvis innskrenker sin stab av faste ansatte til en viss ”kjernestab”, hvoretter restbehovet for arbeidskraft fylles opp med andre typer tilknytning til bedriften”. Etter flertallets mening burde ikke arbeidsmiljøloven medvirke til en slik utvikling.
- (30) Ut fra en ren ordfortolkning faller arbeidsavtalen i vår sak utenfor forbudet i § 58 A ved at den ikke er midlertidig. Men den mangler helt den trygghet for arbeidstakeren som blant annet følger av arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern ved fast ansettelse, i tillegg til at den som nevnt i det hele tatt gir arbeidstakeren en beskjedent sikkerhet for at han får arbeid og dermed lønnsinntekt. Slik avtalen lyder, kan jeg vanskelig se det annerledes enn at den innebærer en omgåelse av arbeidsmiljølovens stramme regulering av adgangen til å avtale midlertidige ansettelsesforhold. Når dette er situasjonen, er jeg kommet til at avtalen må likestilles med en ulovlig avtale om midlertidig ansettelse, og at forholdet mellom Kjell Braaten AS og A følgelig må reguleres av arbeidsmiljøloven § 58 A.
- (31) Kjell Braaten AS har for Høyesterett påpekt at det i arbeidslivet er et behov for å kunne etablere en slik løsere tilknytning mellom bedrift og arbeidstaker, ved at bedriften har arbeidstakere som kan tilkalles ved behov – som vikar eller ekstrahjelp. Bruken av en slik ordning vil, slik jeg ser det, i det enkelte tilfelle måtte vurderes i forhold til de grenser for adgangen til midlertidige arbeidsavtaler som må anses å følge av § 58 A. Slik avtalen mellom Kjell Braaten AS og A fungerte, er vi imidlertid klart utenfor lovens rammer.
- (32) Det følger av § 58 A nr. 4 tredje ledd at arbeidstakeren kan kreve erstatning når det har foreligget en tilsetning i strid med § 58 A nr. 1. I dette tilfelle fratradte A den dagen han ble bedt om å forlate arbeidsplassen. Arbeidsgiveren tok intet initiativ for å la arbeidsforholdet fortsette, men viste til at det ikke lenger var behov for hans arbeid. A har senere ikke hatt lønnet arbeid i bedriften. Lagmannsretten har etter en totalvurdering etter arbeidsmiljøloven § 62 annet ledd annet punktum utmålt erstatningen til kr 150 000. Jeg finner i likhet med lagmannsretten at A er blitt påført et økonomisk tap som arbeidsgiveren må svare for. Beløpet er under denne forutsetning akseptert av Kjell Braaten AS.
- (33) Lagmannsretten har etter bevisførselen ikke tilkjent A erstatning for ikke-økonomisk tap. Jeg finner ikke grunnlag for å fravike lagmannsrettens vurdering her. De kr 150 000 som lagmannsretten har tilkjent, skal følgelig i sin helhet gjelde økonomisk tap.
- (34) Det blir dermed ikke nødvendig å ta stilling til det prosessuelle spørsmål som er reist i tilknytning til As subsidiære krav om erstatning som følge av usaklig oppsigelse.

- (35) Etter dette blir lagmannsrettens dom, domsslutningens punkt 1, å stadfeste.
- (36) Anken har vært forgjeves. A er innvilget fri sakførsel for Høyesterett. I medhold av tvistemålsloven § 180 første ledd må Kjell Braaten AS erstatte det offentlige saksomkostningene for Høyesterett. Beløpet er i salærfastsettelsen til As oppnevnte prosessfullmektig utmålt til kr 120 474, mva inkludert. Det er ingen grunn til å endre lagmannsrettens saksomkostningsavgjørelse, og lagmannsrettens dom blir dermed å stadfeste i sin helhet.
- (37) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Kjell Braaten AS til det offentlige kr 120 474 – etthundreogtjuetusenfirehundresyttifire – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.

- (38) Dommer **Mitsem:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (39) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (40) Dommer **Gussgard:** Likeså.
- (41) Dommer **Aasland:** Likeså.

(42) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Kjell Braaten AS til det offentlige kr 120 474 – etthundreogtjuetusenfirehundresyttifire – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.

Riktig utskrift bekreftes: