



NORGES HØYESTERETT

Den 21. september 2006 avsa Høyesterett dom i

HR-2006-01605-A, (sak nr. 2006/155), sivil sak, anke,

A (advokat Tron Dalheim – til prøve)

Fagforbundet (hjelpeintervenient) (advokat Hans Chr. Monsen)

mot

Ullevål Universitetssykehus HF (advokat Øyvind Miller – til prøve)

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

- (1) Dommer **Coward**: Spørsmålet for Høyesterett er om arbeidsforholdet mellom en ansatt i ambulansetjenesten og arbeidsgiveren ble praktisert i strid med arbeidsmiljøloven av 1977 § 58 A nr. 1 om adgangen til midlertidig ansettelse.
- (2) Arbeidstakeren i saken, A, inngikk i april/mai 2001 avtale med Akershus fylkeskommune om å være ”vikar/tilkallingshjelp med sporadisk tjenestegjøring/ubestemt arbeidstid” i ambulansetjenesten. I avtalen het det innledningsvis:

”1. A inngår i vikarpoolen ved Ambulansetjenesten i Akershus for sporadisk tjenestegjøring (tilkallingshjelp med ubestemt arbeidstid) i vikariat eller som fastvakt ekstrahjelp, med tjenestegjøring fortrinnsvis ved Region 3. Din nærmeste overordnede vil således være regionsleder ved denne regionen.”
- (3) Avtalen inneholdt en rekke nærmere bestemmelser, blant annet het det i punkt 5 at vikaren/ekstrahjelpen ”skal tilbys vakter ved behov, og står fritt til å akseptere eller avslå de vakter som tilbys”. I punkt 7 het det at den enkelte avtale om sporadisk vakt ”er å anse som en tidsbegrenset arbeidsavtale som opphører når den/de avtalte vakt(er) er avsluttet, jfr. arbeidsmiljøloven § 58 A”. Videre het det her at tjenestegjøringen ”gir ikke krav på fast tilsetting i fylkeskommunen, eller fortrinnsrett til fast tilsetting”.

- (4) Ambulansetjenesten i Akershus hadde en felles administrasjon, men var organisert i fire regioner, region 1 til 3 øst for Oslo, region 4 vest for Oslo. Regionene var igjen delt i stasjoner, fra to til fire i hver region, og fast ansatte arbeidstakere var i utgangspunktet tilknyttet hver sin stasjon og fulgte turnuslistene der. Ved forfall var det stasjonen som kontaktet vikarer, ut fra en liste. Den samme vikaren kunne stå på flere lister. A hadde vakter i ambulansetjenesten i Akershus fra januar 2002, i to ulike stasjoner, som lå i hver sin av de østlige regionene.
- (5) Med virkning fra 1. januar 2003 ble ambulansetjenestene i Oslo og Akershus slått sammen, slik at Ullevål Universitetssykehus HF – senere til dels omtalt bare som Ullevål – ble ny arbeidsgiver og er As' motpart i saken.
- (6) Den 13. februar 2003 ble A kontaktet av fungerende leder ved en av stasjonene der han hadde vakt, og fikk beskjed om at han ikke lenger ville bli benyttet i ambulansetjenesten i Akershus. Manglende samarbeidsevne ble oppgitt som grunn. – Hoveddelen av As' tjenestegjøring lå altså før sammenslåingen, og det er bruken av midlertidige ansatte i Akershus som er det sentrale i saken.
- (7) A motsatte seg det han oppfattet som oppsigelse av et arbeidsforhold, og da forhandlinger ikke førte frem, tok han 4. juni 2003 ut stevning for Oslo tingrett mot Ullevål med krav om at arbeidsforholdet bestod, og om erstatning.
- (8) Ved tingrettens dom 14. desember 2004 ble Ullevål frifunnet, under dissens 2-1. Flertallet kom til at arbeidsforholdet ikke stred mot arbeidsmiljøloven § 58 A, slik at A ikke hadde noe stillingsvern. Mindretallet var uenig i dette. Domsslutningen lyder slik:
- ”1. Ullevål Universitetssykehus HF frifinnes.
2. Hver av partene bærer sine saksomkostninger.”
- (9) A anket til Borgarting lagmannsrett, men også i lagmannsrettens dom 14. november 2005 ble Ullevål frifunnet under dissens 2-1. Flertallet mente at det ikke var forholdt i strid med arbeidsmiljøloven § 58 A, og viste til spesielle forhold ved ambulansetjenesten og til manglende fasthet i As' tilknytning til arbeidsgiveren. Mindretallet mente at arbeidsgiveren hadde benyttet midlertidige ansettelser i større grad enn arbeidsmiljøloven gir adgang til, og at A da hadde krav på stillingsvern.
- (10) A har anket til Høyesterett over rettsanvendelsen og på enkelte punkter også bevisbedømmelsen i lagmannsrettens dom. Høyesteretts kjæremålsutvalg henviste ved kjennelse 8. mars 2006 anken til Høyesterett, men As' subsidiære anførsel om at Ullevål uansett ikke hadde grunnlag for å avslutte det midlertidige ansettelsesforholdet, ble nektet fremmet etter tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 4. Kjæremålsutvalget bestemte samtidig i medhold av tvistemålsloven § 392 tredje ledd at ankeforhandlingen foreløpig skulle begrenses til ”spørsmålet om arbeidsforholdet mellom A og Ullevål Universitetssykehus HF er praktisert i strid med arbeidsmiljøloven § 58 A nr. 1”. Det het videre: ”Ankemotpartens subsidiære anførsler om at det uansett er grunnlag for opphør av arbeidsforholdet ... etter arbeidsmiljøloven § 58 A nr. 4 tredje ledd annet punktum, og at det foreligger saklig grunn for oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 60, skal dermed ikke behandles.”
- (11) For Høyesterett har Fagforbundet hjelpeintervenert til fordel for A. Det er innhentet

skriftlige erklæringer, til dels supplert med bevisopptak, fra A og fra vitner, og det er lagt frem en del nye dokumenter. På enkelte punkter er nok saken noe bedre opplyst for Høyesterett, men i det vesentlige står den likevel i samme stilling som for de tidligere instansene når det gjelder det spørsmålet Høyesterett skal behandle.

- (12) Den ankende part – A – har i hovedsak anført:
- (13) Hans vikararbeidsforhold med ambulansetjenesten ble praktisert i strid med § 58 A nr. 1 i arbeidsmiljøloven av 1977. Lovens utgangspunkt er prinsippet om fast ansettelse, og lagmannsrettens flertall har lagt til grunn en uriktig og for streng norm for når vikarer kan kreve stillingsvern etter § 58 A. Etter loven er bruk av enkeltstående vikariater tillatt, men gjentatte vikariater for å dekke et generelt høyt vikarbehov i bedriften kan være lovstridig.
- (14) Lagmannsrettens flertall har fraveket rettsoppfatningen i Rt. 1989 side 1116 både når det viser til særegenheter ved ambulansetjenesten som begrunnelse for ikke å overprøve arbeidsgiverens vurdering av vikarbruken, og når det kommer til at As' tilknytning og arbeidsforhold ikke var av et slikt omfang at det gav grunnlag for fast ansettelse.
- (15) Ved vektleggingen av omfanget av vikarbruken har flertallet dessuten bygd på uriktig faktum. Ambulansetjenesten har skåret den faste bemanningen ned til beinet og kunne uten problemer hatt fast ansatte som i større grad dekket behovet. Romslig regnet ble det i Akershus i årene 2004-2005 brukt 25-30 vikarårsverk gjennom hele året. Tallet er representativt også for tidligere år, og også for Oslo. Også om man går ned på regionnivå, er utgiftene til vikarer temmelig stabile over hele året.
- (16) Dommen i Rt. 1989 side 1116 åpner i liten grad for å tillegge spesielle forhold vekt, og i vår sak foreligger det ikke særegne forhold som gjør vikarbruken lovlig. Flertallet i lagmannsretten har uriktig bygd på at vikarordningen var desentralisert til stasjonsnivå, og videre overdrevet vanskene og feilbedømt hvilke rettslige og faktiske muligheter ambulansetjenesten har for å løse de påståtte vanskene. Arbeidsmiljøloven krever mer enn at en ordning skal være praktisk for å begrunne unntak. I andre bransjer, som offshore, brannvesen og politi, ser det ut til å være etablert en form for overtallsbemanning slik at fravær av ordinært omfang blir dekket inn. Fra 2007 vurderes en liknende ordning innført også av Ullevål.
- (17) Flertallet har også misforstått betydningen av arbeidsmiljøloven § 48 om krav på en arbeidsplan; uansett om det gjelder fast eller midlertidig ansettelse, kan det avtales fleksibel arbeidstid.
- (18) As' tilknytning til ambulansetjenesten bærer preg av at han fast, over lang tid, har fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften. Forholdet er tilnærmet parallelt med det i Rt. 1989 side 1116. Flertallet i lagmannsretten har dels feilvurdert faktiske forhold av betydning og dels ikke tatt hensyn til den totale tilknytningen som var etablert. Det avgjørende er ikke hvordan avtalen er utformet, men hvordan ordningen ble praktisert. Det er enighet om at A samlet arbeidet omtrent tilsvarende en halv stilling den tiden han var i tjeneste, og utviklingen bar preg av at forholdet festnet seg. Da det ble avsluttet etter 14 måneder, var det på grunn av slikt som stillingsvernet skal beskytte mot.
- (19) A har nedlagt slik påstand:

- “1. **Borgarting lagmannsretts dom oppheves og saken hjemvises til fortsatt behandling.**
2. **Ullevål Universitetssykehus HF tilpliktes å dekke sakens omkostninger for Høyesterett til A og det offentlige med tillegg av lovbestemt forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.**
3. **Avgjørelsen av spørsmålet om saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten utsettes til den dom eller kjennelse som avslutter saken.”**
- (20) Hjelpeintervenienten – *Fagforbundet* – har sluttet seg til As’ anførsler, og har i tillegg særlig fremhevet:
- (21) Det er ikke riktig når Ullevål anfører at arbeidstakerorganisasjonene i helsevesenet ikke har hevdet at avtaleformen for tilkallingsvikarer strider mot arbeidsmiljøloven § 58 A nr. 1. På dette punktet er saken bedre opplyst for Høyesterett. Manglende protest har dessuten liten betydning når man skal vurdere spørsmålet om lovstrid.
- (22) Fagforbundet har nedlagt slik påstand:
- “1. **Borgarting lagmannsretts dom oppheves og saken hjemvises til fortsatt behandling.**
2. **Ullevål Universitetssykehus HF tilpliktes å dekke Fagforbundets omkostninger for Høyesterett med tillegg av lovbestemt forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.”**
- (23) Ankemotparten – *Ullevål Universitetssykehus HF* – har i hovedsak anført:
- (24) Vurderingen fra lagmannsrettens flertall er i alt vesentlig riktig.
- (25) Hovedregelen i arbeidsmiljøloven er at det skal være fast ansettelse, men § 58 A nr. 1 bokstav b i 1977-loven gir et unntak for vikariater. I Rt. 1989 side 1116 stiller Høyesterett opp en del kriterier for hva som faller inn under unntaket. Man skal se på bemanningen i virksomheten, og vurdere om bemanningen er for lav i forhold til vikarbehovet ved stabilt fravær. Skal domstolen kunne overprøve arbeidsgiverens vurdering, kreves det at virksomheten har mange ansatte, at det er mange og løpende vikariater, og at sykefraværsprosenten er høy og påregnelig. Fravær som skyldes annet enn sykdom, skal ikke tas i betraktning.
- (26) Disse vilkårene for å overprøve arbeidsgiverens vikarbruk er ikke oppfylt her. I forhold til kravet om mange ansatte er det avgjørende ikke antall ansatte ved hele ambulansetjenesten i Oslo og Akershus, men ved den enkelte stasjon i Akershus; det vil si bare 10 til 18 årsverk. Den gjennomsnittlige sykefraværsprosenten i ambulansetjenesten var i årene 1999 til 2004 ikke høyere enn 8,2, og det er ikke høyt i forhold til verken sykefravær generelt eller sykefraværet spesielt i helse- og sosialsektoren. Sykefraværet er heller ikke stabilt eller påregnelig.
- (27) Flertallet i lagmannsretten har med rette lagt vekt på de særegne forholdene ved ambulansetjenesten. Det relativt høye antall vikarårsverk må sees på bakgrunn av at ambulansetjenesten drives helkontinuerlig, med full beredskap døgnet rundt hele året. Det er ikke mulig å drive tjenesten med redusert bemanning.

- (28) I helsevesenet er det lang tradisjon for å bruke tilkallingsvikarer, og ordningen er nødvendig når man er avhengig av å skaffe vikarer på kort varsel. Opplysninger fra en spørreskjemaundersøkelse tyder på at praksis ved andre ambulansetjenester er omtrent som i vår sak. Overtallsbemanning er kostbart, og det er også lite ønskelig for arbeidstakere å gå uvirksomme. Fra arbeidstakersiden har det ikke før nå vært innvendinger mot slike ordninger. Domstolene bør være tilbakeholdende med å overprøve en ordning som er innarbeidet og har fungert i mange år.
- (29) Det ville reise en rekke problemer hvis tilkallingsvikarer skulle ha krav på fast ansettelse. Man ville ikke kunne overholde bestemmelsene i arbeidsmiljøloven av 1977 §§ 55 C og 48 om avtale om arbeidstid og om at personer i turnus skal ha arbeidsplan. Videre ville man få spørsmål om hvor vikaren skal tjenestegjøre, hvor mange timer per måned og år vikaren har rett eller plikt til å utføre vikartjeneste, når på året vikaren skal tjenestegjøre, om vikaren skal ha rett til å avslå tilkalling fra arbeidsgiver, og om hvor langt forvarsel som skal gis før vikaren har plikt til å møte til tjeneste. Arbeidsgiveren måtte også drive en bokføring av timer som ikke er nødvendig i dag. – Arbeidsgiveren har behov for en fleksibel og hensiktsmessig ordning, og det blir en selvmotsigelse å inngå avtale om fast tilsetting for vikarer med sporadisk tjenestegjøring og ubestemt arbeidstid.
- (30) A hadde kunnskap om innholdet i rammeavtalen og om at den ikke gav ham rett til fast ansettelse. Han gikk aldri inn på en fast turnusplan, alle vakter var som vikar for fast ansatte, arbeidsmengden varierte sterkt fra måned til måned, og han har ikke over lang tid fylt et generelt vikarbehov i ambulansetjenesten. Ordningen med tilkallingsvikarer kan da ikke anses urimelig eller utilbørlig overfor ham.
- (31) Ullevål Universitetssykehus HF har nedlagt slik påstand:

- “1. Lagmannsrettens dom, domsslutningens punkt 1, stadfestes.
2. Ullevål Universitetssykehus HF tilkjennes saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett, og med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd, første punktum fra forfallstid til betaling skjer.”

- (32) *Mitt syn på saken:*
- (33) Jeg er kommet til samme resultat som mindretallet i lagmannsretten – As’ midlertidige ansettelsesavtale stred mot § 58 A nr. 1 i arbeidsmiljøloven fra 1977.
- (34) Det er loven av 1977 som gjelder for vår sak, men jeg nevner at selv om § 14-9 nr. 1 i arbeidsmiljøloven av 2005 har en noe annen utforming, har det ikke vært meningen å endre innholdet.
- (35) Arbeidsmiljøloven forutsetter at arbeidsavtaler normalt skal inngås for et ubestemt tidsrom. Paragraf § 58 A angir vilkårene for når det likevel kan avtales midlertidig ansettelse:

- ”1. Arbeidsavtaler som gjelder for et bestemt tidsrom eller for et bestemt arbeid av forbigående art kan bare rettsgyldig avtales i følgende tilfeller:
- a) når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet adskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften,
 - b) for praksisarbeid eller vikariater,

c) ...”

- (36) For vår sak er det særlig nr. 1 bokstav b om vikariater som har betydning. Hva som menes med et vikariat, og lovligheten av vikariater, er omtalt i Ot.prp. nr. 50 for 1993-1994 på side 165:

”Ordlyd og forarbeider gir heller ingen veiledning om hva loven mener med vikariat. Etter normal språkbruk må likevel et vikariat i utgangspunktet forstås slik at den som vikarierer skal fylle bestemte arbeidsoppgaver eller en bestemt stilling, ved fravær av andre arbeidstakere. Det er ikke ubetinget avgjørende at navnet på den personen man vikarierer for eller varigheten av vikariatet, er oppgitt på forhånd. Det vil f.eks. være lovlig å benytte ferievikarer som avløsere i forbindelse med ferieavvikling, uten at disse vikariatene er knyttet til bestemte personer.

Vikariatet må likevel være konkret begrenset i en eller annen form. Det antas således å være i strid med loven å inngå løpende kortvarige vikariatavtaler for å dekke et konstant behov for vikartjeneste innenfor f.eks. en større virksomhet med noenlunde stabil fraværprosent.”

- (37) Det heter også i proposisjonen, på side 164-165, at hvis vilkårene for å inngå en midlertidig arbeidsavtale ikke er til stede, vil avtalen for øvrig være gyldig, men det må anses å foreligge et vanlig løpende arbeidsforhold, slik at de vanlige reglene om oppsigelsesvern og oppsigelsesfrister gjelder. Videre er det uttalt at det er den som vil påberope seg at en lovlig midlertidig arbeidsavtale er inngått, som har bevisbyrden for det.
- (38) Som det har fremgått av partenes anførsler, er en sentral rettskilde i vår sak Høyesteretts dom i Rt. 1989 side 1116. Synspunkter derfra er senere lagt til grunn blant annet i Rt. 2005 side 826. Saken fra 1989 gjaldt en servicearbeider i en tilsigelsesordning på en oljeplattform, og Høyesterett kom til at det var ”best i tråd med intensjonene i arbeidsmiljøloven at [arbeidstakeren] var blitt regnet som fast ansatt og gitt stillingsvern”. Tjenesteforholdet ble beskrevet som å bære preg av at ”hun fast, over lang tid, har fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften”.
- (39) Om en vikaravtale skal bli satt til side som stridende mot § 58 A, har etter dette for det første en side til bedriftens behov – et fast arbeidskraftbehov skal ikke dekkes ved vikariater, men med en større grunnbemanning av fast ansatte. Det innebærer at det normalt er for noe større bedrifter med noenlunde jevnt og forutsigbart behov for vikarer at en slik vikarpool som i vår sak kan være ulovlig. For det andre må den enkelte ansatte ha en tilstrekkelig fast tilknytning til bedriften for å kunne kreve fast ansettelse.
- (40) I ambulansetjenesten i Akershus var det omtrent 140 årsverk, etter sammenslåingen med Oslo omtrent 260. Som jeg har redegjort for tidligere, var tjenesten i Akershus inndelt i fire regioner, som igjen var inndelt i to til fire stasjoner. Fraværsprosenten i Akershus var i 2002 så høy som 27. Det er ikke opplyst hva fraværene skyldtes, men jeg kan ikke se at det har betydning, forutsatt at de er fordelt jevnt over året. Denne fordelingen blir belyst ved opplysninger om kostnader ved vikarbruken. Slike opplysninger er bare tilgjengelig for årene 2004 og 2005, men skal være representative også for årene før. For Akershus var det stabile vikarkostnader på ca. 500 000 kroner per måned, for Oslo på minst 400 000 kroner. Også om man fordeler på de fire regionene i Akershus, er kostnadene temmelig stabile, med bunnivåer på ca. 150 000 kroner per måned i de to regionene der A hadde oppdrag.

- (41) Å vurdere ut fra situasjonen ved den enkelte stasjon, slik Ullevål anfører, kan jeg ikke se er riktig; det måtte være fullt mulig å knytte en vikarordning til et større område. Slik er ordningen i noen grad praktisert – ved at de samme vikarene står på flere ringelister. Jeg viser også til at det ikke var angitt noen stasjonstilknytning i As' avtale, bare at han "fortrinnsvis" skulle gjøre tjeneste i region 3, og at han faktisk gjorde tjeneste i to regioner. Det er ikke nødvendig for meg å ta stilling til om det er riktigst å ta utgangspunkt i den enkelte regionens behov eller behovet i et større område. Uansett viser tallene at det var et konstant og forutsigbart udekket behov for arbeidskraft, som måtte gi grunnlag for en større fast bemanning. Selv om arbeidsgiveren her må ha en margin for et visst skjønn som domstolene ikke kan sette til side, er man etter mitt syn klart utenfor den marginen. Jeg viser også til at Ullevål nå vurderer en omlegging til en viss overtallsbemanning – noe som tyder på at problemene for arbeidsgiveren ikke er altfor store.
- (42) Jeg kan ikke se at andre argumenter som Ullevål anfører, kan føre til noe annet resultat. Bestemmelsen om arbeidsplan i arbeidsmiljøloven av 1977 § 48 er etter min mening uten betydning her. At ambulansetjenesten er en helkontinuerlig virksomhet, kan også vanskelig være noe argument for en større vikarbruk. Verken behovet for rask utrykning eller den turnusordningen som ble praktisert, kan være noe hinder for en større grunnbemanning. Heller ikke en eventuell utbredt praksis i ambulansetjenestene mer generelt kan etter min mening slå gjennom overfor det ønsket om stillingsvern for arbeidstakerne som ligger bak arbeidsmiljølovens regler. Og det kan ikke være avgjørende at det ikke er tale om noe bevisst forsøk på omgåelse fra arbeidsgiverens side.
- (43) Jeg er etter dette kommet til at ordningen med tilkalt vikarer slik den ble praktisert i ambulansetjenesten i Akershus, var i strid med arbeidsmiljøloven § 58 A.
- (44) Det neste spørsmålet er om A hadde en tilstrekkelig fast tilknytning til ambulansetjenesten. Gjennomsnittlig for den tiden han tjenestegjorde der, arbeidet han i ca. 44 prosent av en hel stilling – mindre i den første tiden, mer i den siste. Med unntak for mai 2002, da han hadde ferie, var tjenesten fordelt over alle måneder. Tjenestegjøringen varte i 14 måneder, og det var arbeidsgiveren som avsluttet arbeidsforholdet. – Jeg kan ikke se at det kan kreves noen sterkere tilknytning for at A skal kunne påberope seg at den generelle ordningen med vikarbruk i ambulansetjenesten i Akershus var i strid med arbeidsmiljøloven § 58 A.
- (45) Etter dette er jeg kommet til at A må få medhold i at hans arbeidsforhold ble praktisert i strid med arbeidsmiljøloven § 58 A. Saken er ikke avsluttet med dette, og Høyesterett skal ikke fastsette det nærmere innholdet av en eventuell fast ansettelse. Mer generelt er dette for øvrig en oppgave som naturlig kan løses gjennom forhandlinger med deltakelse fra arbeidstakerorganisasjonene. Jeg nevner likevel at partene i vår sak synes å være enige om at en ansettelse på halv tid vil være det aktuelle, og A har forklart at han er innforstått med å ha en plikt til å møte på tilkalling.
- (46) Anken har ført frem. Det ligger i opplegget fra Høyesteretts kjæremålsutvalg at Ullevåls subsidiære anførsler ikke har vært behandlet i Høyesterett. I samsvar med As' påstand bør lagmannsrettens dom da oppheves og saken hjemvises til lagmannsretten for fortsatt behandling, se tvistemålsloven § 392 andre ledd. Avgjørelsen om saksomkostninger bør – for alle instanser – utstå i samsvar med bestemmelsen i tvistemålsloven § 179 første ledd

tredje punktum.

(47) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves, og saken hjemvises til lagmannsretten for fortsatt behandling.
2. Avgjørelsen av saksomkostningsspørsmålet utstår til den dom eller kjennelse som avslutter hele saken.

(48) Dommer **Bruzelius:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(49) Kst. dommer **Sverdrup:** Likeså.

(50) Dommer **Tønder:** Likeså.

(51) Dommer **Tjomsland:** Likeså.

(52) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves, og saken hjemvises til lagmannsretten for fortsatt behandling.
2. Avgjørelsen av saksomkostningsspørsmålet utstår til den dom eller kjennelse som avslutter hele saken.