



NORGES HØYESTERETT

Den 5. februar 2007 avsa Høyesterett dom i

HR-2007-00255-A, (sak nr. 2006/1174), sivil sak, anke,

A (advokat Eyvind Mossige)

mot

Den norske kirke
v/X kirkelige fellesråd
X kommune

(Kommuneadvokaten i X
v/advokat Elisabet Finsnes – til prøve)

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

- (1) Dommer **Matningsdal**: Saken gjelder om en midlertidig ansatt arbeidstaker har krav på fast ansettelse. Spørsmålet er om unnlattelse av å etterleve kravet om skriftlig arbeidsavtale, jf. arbeidsmiljøloven av 1977 § 55 B – nå arbeidsmiljøloven av 2005 § 14-5 – medfører at det dermed foreligger et vanlig løpende arbeidsforhold. Dersom skriftlighetskravet bare er en ordensregel, er det subsidiært spørsmål om hva som i slike tilfeller kreves for at ansettelsen skal aksepteres som midlertidig.
- (2) Med virkning fra 29. april 2003 ble A ansatt som sesongarbeider ved kirkegårdene i X. Arbeidsgiver var Den norske kirke v/X kirkelige fellesråd. I arbeidsavtalen, som er datert 13. mai 2003, ble arbeidsmiljøloven § 58 A nr. 1 bokstav a oppgitt som hjemmel for midlertidig ansettelse. Ansettelsen var begrunnet i å "[o]pprettholde forsvarlig drift". Varigheten var oppgitt med startdato 29. april, mens sluttdatoen var åpen. Partene er imidlertid enige om at avtalen bare gjaldt for sesongen 2003 fram til månedsskiftet oktober/november. Det var knyttet følgende kommentar til varigheten: "Kan forlenges hvis behovet er til stede."
- (3) Ved kirkegårdene i X var det seks ansatte. I mars samme år hadde en av de ansatte, B, blitt sykmeldt. Ved månedsskiftet april/mai var det uklart hvor lenge han ville være borte fra arbeidet. B hadde ansvaret for vedlikehold av og graving av graver på kirkegårdene

utenfor X sentrum. Bortsett fra graving av graver overtok A omtrent umiddelbart ansvaret for hans øvrige arbeidsoppgaver. I den sammenheng fikk hun overlatt en bil og en mobiltelefon som B hadde disponert.

- (4) Da sesongen 2003 var over i månedsskiftet oktober/november, fortsatte A i 100 % stilling som kirkegårdsarbeider. Hun mottok imidlertid ikke noen ny arbeidskontrakt. Til og med desember 2003 fikk hun – på linje med andre sesongansatte – lønn basert på attesterte timer. Fra januar 2004 gikk hun over på fast månedslønn.
- (5) Den 28. oktober 2004 ble hun forelagt ny arbeidsavtale hvor det fremgikk at hun skulle være vikar for B fram til 31. desember 2004. Hun aksepterte imidlertid ikke avtalen, og ved brev av 18. november 2004 anførte Fagforbundet at arbeidsavtalen ikke lenger var midlertidig, jf. arbeidsmiljøloven § 58 A, og det ble fremsatt krav om fast ansettelse. Kravet ble ikke akseptert av X kirkelige fellesråd og heller ikke av X kommune, som fra 1. januar 2005 skulle overta arbeidsgiveransvaret for kirkegårdsarbeiderne. Partene er enige om at kommunens overtakelse av arbeidsgiveransvaret er en virksomhetsoverdragelse.
- (6) A anla i desember 2004 sak ved Kristiansand tingrett mot Den norske kirke v/X kirkelige fellesråd og X kommune med påstand om at hun var tilsatt i fast stilling som kirkegårdsarbeider. Noen uker senere ble det fremsatt begjæring om gjeninntreden i stillingen.
- (7) Kristiansand tingrett avsa 2. september 2005 dom med slik domsslutning:
 - ”1. A er tilsatt i fast stilling som kirkegårdsarbeider i Den Norske kirke, X kirkelige fellesråd/X kommune.
 2. Den norske Kirke, X kirkelige fellesråd og X kommune v/ordføreren dømmes in solidum til å erstatte A tapt lønnsinntekt med kr. 159.262,- og med forfall 14 dager etter dommens forkynnelse med tillegg av lovens morarente inntil betaling skjer.
 3. A tilkjennes saksomkostninger med kr. 35.600,- med forfall 14 dager etter dommens forkynnelse med tillegg av lovens forsinkelsesrente inntil betaling finner sted.”
- (8) Kravet om gjeninntreden ble samtidig avgjort ved følgende kjennelse:

”A gis rett til å gjeninntre i stilling som kirkegårdsmedarbeider 14 dager etter dommens forkynnelse.”
- (9) Tingretten kom til at unnlatelsen av å opprette ny skriftlig avtale ved månedsskiftet oktober/november 2003 ikke i seg selv medførte at A fikk krav på fast ansettelse. Men arbeidsgiveren måtte pålegges et ”strengt beviskrav” for at hun fortsatt var midlertidig ansatt. Dette beviskravet var ikke oppfylt.
- (10) De saksøkte anket tingrettens dom til Agder lagmannsrett. Kjennelsen om gjeninntreden ble ikke påkjært, og A har gjeninntredt i stillingen.
- (11) Agder lagmannsrett avsa den 11. mai 2006 dom med slik domsslutning:

- ”1. Den Norske Kirke, Kirkelig fellesråd i X og X kommune, frifinnes.

2. **A betaler til Den Norske Kirke, Kirkelig fellesråd i X/X kommune innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen saksomkostninger for tingretten med 31.600 – trettientusensekshundre – kroner og for lagmannsretten med 36.400 – trettisekstusenfirehundre – kroner.”**

- (12) Dommen er avsagt under dissens. Flertallet bestod av to fagdommere og to meddommere. Mindretallet – én fagdommer og to meddommere – kom til at gyldig avtale om midlertidig ansettelse må være skriftlig. Samtidig ble det bemerket at det ikke var ført tilstrekkelig bevis for at det var inngått ny, muntlig avtale om et nytt, midlertidig arbeidsforhold.
- (13) A har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens bevisvurdering og rettsanvendelse.
- (14) Saken står i det alt vesentlige i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten. Etter at den ankende part hadde gjort rede for det prinsipale grunnlaget – at unnlatelse av å inngå skriftlig avtale medfører at arbeidstakeren får krav på fast ansettelse – avskar Høyesterett videre forhandlinger om dette spørsmålet, jf. tvistemålsloven § 378 andre ledd.
- (15) Den ankende part, A, har i korte trekk anført:
- (16) Dersom kravet i arbeidsmiljøloven av 1977 § 55 B, nå arbeidsmiljøloven av 2005 § 14-5, om at alle avtaler om midlertidig ansettelse skal inngås skriftlig ikke etterleves, medfører det at arbeidstakeren får krav på fast ansettelse. Hun fikk dermed et slikt krav da det ved sesongslutt i månedsskiftet oktober/november 2003 ikke ble inngått ny, skriftlig avtale om at hun var vikar fra dette tidspunktet.
- (17) Subsidiært anføres det at det må foreligge en klar avtale dersom en muntlig, midlertidig ansettelsesavtale skal aksepteres. Arbeidsgiveren har ansvaret for at skriftlige arbeidsavtaler blir inngått. Da formålet med dette påbudet blant annet er å klargjøre arbeidstakerens rettsstilling, må en muntlig avtale i alle fall oppfylle de minstekravene som var angitt i § 55 C. Også en muntlig avtale må inngås senest en måned etter at arbeidsforholdet ble påbegynt, jf. § 55 B, og det må kunne dokumenteres med noenlunde sikkerhet når det skjedde. I hvert fall fikk hun etter hvert som tiden gikk, og hun fikk fast månedslønn, krav på fast ansettelse.
- (18) A har nedlagt denne påstand:
- ”1. **Kristiansand tingretts dom av 02.09.05 stadfestes, dog slik at erstatningsbeløpet endres til kr. 192.765,- – etthundreognitto tusensjuhundreogsekstifem – .**
2. **A tilkjennes saksomkostninger for Agder lagmannsrett og Høyesterett med forfall 14 – fjorten – dager etter dommens forkynnelse med tillegg av lovens morarente inntil betaling finner sted.”**
- (19) Ankemotpartene, *Den norske Kirke v/X kirkelige fellesråd og X kommune*, har i korte trekk anført:

- (20) A har rett i at det ved månedsskiftet oktober/november 2003 skulle ha vært inngått ny, skriftlig avtale om midlertidig ansettelse – denne gang med presisering av at hun var vikar. Skriftlighetskravet er imidlertid bare en ordensregel. Feilen medførte dermed ikke i seg selv at A fikk krav på fast ansettelse.
- (21) Det aksepteres at ettersom det ikke ble inngått ny, skriftlig avtale, har arbeidsgiveren bevisbyrden for at det ble inngått ny, muntlig avtale om at A var ansatt i et vikariat for B. Alminnelige avtalerettslige prinsipper gjelder for avtaleinngåelsen. Det gjelder dermed ikke noe absolutt krav om uttrykkelige dispositive utsagn fra begge parter. Konkludent atferd kan være tilstrekkelig.
- (22) I denne sammenheng vises det til at A omtrent fra første dag var klar over at hun i realiteten vikarierte for B og utførte hans oppgaver. Dette ble signalisert i den opprinnelige arbeidsavtalen ved at det ble oppgitt at arbeidsforholdet kunne forlenges ”hvis behovet er til stede” – noe som ble tatt inn i avtalen for det tilfellet at B fortsatt var sykmeldt ved sesongslutt. Videre fikk hun aldri noen signaler fra arbeidsgiveren som kunne indikere at hun var fast ansatt. Også de øvrige kirkegårdsarbeiderne oppfattet henne som vikar for B, og dermed som midlertidig ansatt. Når alle forhold i saken vurderes samlet, må det etter dette kunne legges til grunn at hun var innforstått med at hun fortsatt var midlertidig ansatt, og at den midlertidige ansettelsen var knyttet til Bs sykefravær. Hun har dermed ikke krav på fast ansettelse.
- (23) Ankemotpartene har nedlagt denne påstand:
- ”1. Agder lagmannsretts dom av 11.05.06 stadfestes.
2. X kirkelige fellesråd/X kommune tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett med forfall 14 – fjorten – dager etter dommens forkynnelse.”
- (24) *Jeg er kommet til at anken fører fram.*
- (25) Partene er enige om at den opprinnelige arbeidsavtalen tilfredsstilte kravene i arbeidsmiljøloven av 1977 § 55 B, 55 C og 58 A. Spørsmålet er om unnlatelsen av å inngå ny, skriftlig arbeidsavtale med virkning fra månedsskiftet oktober/november 2003 i seg selv medfører at A fikk status som fast ansatt.
- (26) Høyesterett berørte dette spørsmålet i Rt. 2004 side 53, hvor det i avsnitt 30 uttales at ”manglende skriftlighet ikke [vil] gjøre avtalen ugyldig, men dette vil blant annet kunne føre til at avtalen ved tvil om innholdet blir tolket i arbeidsgiverens disfavør”. Utsagnet inngikk imidlertid som ledd i en drøftelse av om § 47 nr. 1 om gjennomsnittsberegning av lønn krevde skriftlig avtale. Vårt spørsmål er dermed ikke avgjort ved denne dommen.
- (27) Spørsmålet ble videre behandlet i Rt. 2005 side 1395, som gjaldt en arbeidstakers krav om å fortsette i stillingen ved tvist om gyldigheten av en midlertidig ansettelse, jf. arbeidsmiljøloven § 58 A nr. 4 fjerde ledd. Kjæremålsutvalget bemerket her i avsnitt 22 at ”kravet til skriftlig arbeidsavtale i lovens § 55 B første ledd ikke er et krav av betydning for arbeidsavtalens gyldighet”.
- (28) Ved vurderingen av om disse sitatene gir uttrykk for en riktig forståelse av hvilken betydning manglende etterlevelse av skriftlighetskravet i § 55 B har, finner jeg det naturlig først å gå gjennom lovhistorien.

- (29) Opprinnelig inneholdt ikke loven noe krav om at en arbeidsavtale måtte inngås skriftlig. Kravet ble tilføyd ved lov av 24. juni 1994 nr. 41 som følge av EØS-avtalen, jf. EUs Rådskdirektiv 91/533/EØF av 14. oktober 1991. I arbeidsmiljøloven § 55 B første ledd ble det da inntatt følgende bestemmelse:

”I arbeidsforhold med en samlet varighet av mer enn en måned skal det inngås skriftlig arbeidsavtale. Avtalen skal foreligge senest en måned etter at arbeidsforholdet begynte.”

- (30) Dette kravet gjaldt både ved fast og midlertidig ansettelse. Videre oppstilte § 55 C minstekrav til avtalens innhold, og § 55 D krevde at endringer i arbeidsforholdet skulle avtales.
- (31) Midlertidig ansettelse var opprinnelig regulert i § 58 nr. 7 om oppsigelsesfrister. Ved lov av 6. januar 1995 nr. 2 ble bestemmelsen overført til ny § 58 A med en langt mer detaljert regulering. Paragraf 58 A nr. 1 ble innledet slik:

”Arbeidsavtaler som gjelder for et bestemt tidsrom eller for et bestemt arbeid av forbigående art skal inngås skriftlig og kan bare rettsgyldig avtales i følgende tilfeller:”

- (32) Paragraf 58 A omfattet samtlige avtaler om midlertidig ansettelse, og i motsetning til § 55 B omfattet den også avtaler med kortere varighet enn én måned.
- (33) Den aktuelle proposisjonen, Ot.prp. nr. 50 (1993-94), inneholdt ingen bestemmelse om at midlertidige arbeidsavtaler måtte inngås skriftlig. Skriftlighetskravet i § 58 A ble tilføyd under Stortingsbehandlingen.
- (34) Ved lov av 17. januar 1997 nr. 12 ble §§ 55 B og 58 A endret. Paragraf 55 B fikk nå følgende innhold:

”Det skal inngås skriftlig arbeidsavtale i alle arbeidsforhold. Arbeidsgiver skal utforme et utkast til arbeidsavtale i samsvar med § 55 C.

I arbeidsforhold med en samlet varighet av mer enn en måned skal skriftlig arbeidsavtale foreligge snarest mulig og senest en måned etter at arbeidsforholdet begynte.

I arbeidsforhold som gjelder tilsetting av kortere varighet enn en måned eller utleie av arbeidskraft, skal det umiddelbart inngås skriftlig arbeidsavtale.”

- (35) Ettersom kravet i § 55 B også gjaldt for midlertidig ansatte, ble samtidig skriftlighetskravet tatt ut av § 58 A.
- (36) Det aktuelle rådskdirektivet krever ikke at en avtale om midlertidig ansettelse må inngås skriftlig for å være gyldig. Tvert om fastsetter artikkel 6 at det ikke berører nasjonal lovgivning og/eller praksis med hensyn til ”bevis for at det foreligger en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold, samt om innholdet i disse”. At beviset for midlertidig ansettelse kan føres på andre måter enn ved henvisning til en skriftlig avtale, er lagt til grunn i EF-domstolens dom av 8. februar 2001 i sak C-350/99 Wolfgang Lange mot Georg Schünemann GmbH. Her uttales det i avsnitt 27:

”Denne bestemmelsen medfører, som Kommissionen med føje har anført, at beviser vedrørende disse omstændigheder kan føres ved hjælp af alle i national ret anerkendte bevismidler, og således også uden at der foreligger nogen skriftlig underretning fra arbeidsgiverens side. Formålet med denne bestemmelse ville forskertses, hvis direktivet blev fortolket således, at arbeidskontraktens eller ansættelsesforholdets væsentlige punkters eksistens og indhold, der ikke er blevet oplyst skriftlig over for arbeidstageren, aldrig kan godtgøres, fordi sådanne punkter skal anses for uanvendelige.”

- (37) Direktivet, som er et minimumsdirektiv, er imidlertid ikke til hinder for at nasjonal rett krever skriftlighet for at en arbeidsgiver skal kunne påberope seg at en arbeidstaker er midlertidig ansatt.
- (38) Ved tolkingen av den norske regelen viser jeg til at skriftlighetskravet gjelder uavhengig av arbeidsforholdets lengde. Det har dermed også betydning for arbeidsgivere som sporadisk benytter arbeidskraft i kortere perioder, og som ikke alltid har grundig kjennskap til lovens bestemmelser. Dersom skriftlighet skulle være et gyldighetsvilkår, vil en arbeidsgiver være avskåret fra å påberope seg at arbeidstakeren er midlertidig ansatt selv om partene er enige om at det foreligger en muntlig avtale om det, jf. lovens § 5 som fastsetter at loven er ufravikelig når noe annet ikke er særskilt fastsatt.
- (39) Disse eksemplene viser at spørsmålet om en unnlattelse av å opprette en skriftlig avtale skal ha den påberopte konsekvensen, krever en inngående rettspolitisk avveining av interessene til partene i arbeidslivet. En regel med dette innholdet ville videre utgjøre et unntak fra hovedregelen om at også muntlige avtaler er bindende. Det må derfor kreves klare holdepunkter for at lovgiveren har tatt sikte på å innføre en slik regel. Dette finner jeg ingen holdepunkter for, verken i Ot.prp. nr. 78 (1993-94) hvor skriftlighetskravet ble foreslått lovfestet eller i Innst. O. nr. 2 (1994-95) hvor det ble tilføyd et skriftlighetskrav også i § 58 A. Jeg nevner likevel at under behandlingen i Odelstinget kommenterte komiteens formann, Gudmundseth, tilføyelsen slik, jf. Forhandlinger i Odelstinget (1994-95) side 31:

”I forhold til lovforslaget fra Regjeringen har komiteens flertall foretatt skjerpelse i to retninger. For det første foreslår flertallet at det i § 58 A inntas bestemmelser om at det ved midlertidig tilsetting skal inngås skriftlig avtale. Dette er for øvrig også i samsvar med EØS-retten. I slik avtale må det ved skriftlig tekst fremgå at arbeidet er av midlertidig karakter, varigheten av arbeidet og ellers de forhold som det er naturlig å innta i en slik avtale.

Det er min oppfatning at denne presisering i loven er ryddig og grei, og det er heller ikke på dette området de kritiske merknadene er kommet,”

- (40) Heller ikke han kommer inn på rettsvirkningen av at skriftlighetskravet ikke etterleves.
- (41) Forarbeidene gir kort sagt ingen holdepunkter for at departementet eller Stortinget forutsatte at manglende skriftlighet skulle ha den påberopte rettsvirkningen. Etter min mening har departementets taushet særlig interesse. Jeg viser til at i NOU 1992: 20 behandlet Arbeidsmiljølovutvalget formkravene til arbeidsavtalen med utgangspunkt i rådsdirektivet. Et samlet utvalg uttaler på side 167 at dersom det ble lovfestet et skriftlighetskrav, måtte det ”følges av en regulering av virkningen av at avtalen ikke er inngått skriftlig”. Videre uttales det at virkningen av at det ”ikke er inngått skriftlig avtale ved opprettelse av et midlertidig arbeidsforhold, må bli at det anses som et fast, ordinært arbeidsforhold”. Departementet må ha vært kjent med disse uttalelsene da det i Ot.prp. nr. 78 (1993-94) foreslo tilføyd §§ 55 B, 55 C og 55 D for å oppfylle vilkårene i

rådsdirektivet – herunder at alle arbeidsavtaler med samlet varighet av mer enn en måned måtte inngås skriftlig. Når departementet likevel ikke drøftet rettsvirkningene av at skriftlighetskravet ikke ble etterlevd, trekker det i retning av at det ikke var tilsiktet at skriftlighet skulle være et gyldighetsvilkår.

- (42) Jeg viser videre til at opprinnelig, og etter lovendringen i 1997, regulerte § 55 B både fast og midlertidig ansettelse. For de fast ansatte er det klart at kravet om skriftlighet utelukkende er en ordensforskrift. Hvis det hadde vært meningen at den samme bestemmelsen skulle ha ulike rettsvirkninger i de to relasjonene, hadde departementet en klar foranledning for å gi uttrykk for det.
- (43) Den formuleringen som justiskomiteen valgte ved utformingen av § 58 A, indikerer heller ikke at skriftlighet skulle være et gyldighetsvilkår. I tilfelle hadde det vært naturlig å plassere "rettsgyldig" foran og ikke etter skriftlighetskravet.
- (44) Jeg kan heller ikke se at § 58 nr. 6 om oppsigelse av arbeidstakere ansatt på prøve, kan begrunne motsatt løsning. Det vises for det første til at det fremgikk uttrykkelig av §§ 58 nr. 6 og 63 sammenholdt med §§ 55 B og 55 C første ledd bokstav j at avtale om prøvetid måtte være skriftlig for at de særskilte oppsigelsesfristene og -vilkårene skulle komme til anvendelse. Ved avtale om prøvetid gjør det seg dessuten gjeldende andre hensyn enn ved midlertidig ansettelse, idet det normalt er tale om arbeidsforhold hvor § 58 A ikke gav adgang til midlertidig ansettelse. Av hensyn til arbeidstakeren er det dermed særlig viktig at det fremgår uttrykkelig av en skriftlig avtale at arbeidsforholdet kan bli brakt til opphør ved prøvetidens utløp.
- (45) Etter dette finner jeg det klart at unnlatelse av å etterleve skriftlighetskravet i § 55 B ikke i seg selv får som konsekvens at arbeidstakeren har krav på fast ansettelse.
- (46) Spørsmålet blir dermed om A likevel har krav på fast ansettelse. Ved denne vurderingen fremhever jeg innledningsvis at skriftlighetskravet i EUs rådsdirektiv blant annet begrunnes med at direktivets bestemmelser har "til hensikt å gi arbeidstakerne bedre vern mot eventuelle krenkelser av deres rettigheter, og å skape mer oversiktlige forhold i arbeidsmarkedet". Videre viser jeg til at det i artikkel 2 nr. 2 bokstav e er fastsatt at arbeidsgiveren har plikt til å informere arbeidstakeren om "forventet varighet av en midlertidig arbeidsavtale eller arbeidsforhold". Og i Ot.prp. nr. 78 (1993-94) side 8 første spalte uttaler departementet at "skriftlighetskravet vil være spesielt viktig i forhold til de såkalte atypiske arbeidsforholdene; deltidsansatte og midlertidig ansatte". Det særlige behovet for skriftlig avtale ved midlertidig ansettelse illustreres også av at justiskomiteen ved tilføyelsen av § 58 A i 1995 innførte et skriftlighetskrav for samtlige midlertidige ansettelser.
- (47) Dette viser at skriftlighetskravet er begrunnet i behovet for å skape klarhet og forutberegnelighet for arbeidstakeren. Risikoen for tvister blir dermed redusert. For arbeidstakeren er det særlig viktig å være kjent med om arbeidsforholdet er fast eller midlertidig. Dette illustreres av at § 55 C første ledd bokstav e – nå arbeidsmiljøloven av 2005 § 14-6 første ledd bokstav e – krevde at det ved midlertidige arbeidsavtaler også skulle oppgis "forventet varighet". Skriftlighetskravet er altså en svært viktig ordensregel til vern om arbeidstakeren også ved at vedkommende skal kunne innrette seg på når arbeidsforholdet opphører, og ikke risikere plutselig å være uten arbeid.

- (48) Det er arbeidsgiverens plikt å sørge for denne klarheten – noe som ikke har skjedd i vår sak. De hensyn som har begrunnet kravet, medfører at de saksøkte har en tung bevisbyrde for at det også etter oktober 2003 forelå en avtale om midlertidig ansettelse. I denne sammenheng viser jeg til at det i Ot.prp. nr. 41 (1975-76) side 71 uttales at dersom en midlertidig ansettelse fortsetter ”utover avtalens utløp, må det antas at de vanlige oppsigelsesregler vil komme til anvendelse med mindre noe annet uttrykkelig avtales”. Selv om det i vår sak var tatt et forbehold om forlengelse, må det likevel kreves klar sannsynlighetsovervekt for at det forelå en avtale om fortsatt midlertidig ansettelse.
- (49) I denne saken hadde arbeidsgiveren etter min mening en særlig oppfordring til å skape klarhet ved månedsskiftet oktober/november 2003. Arbeidsavtalen viste til lovens § 58 A nr. 1 bokstav a om midlertidig ansettelse når ”arbeidets karakter tilsier det og arbeidet adskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften”. Ansettelsen skjedde dessuten på et tidspunkt hvor det årlig oppstår et betydelig behov for ekstrahjelp på kirkegårdene. Ved månedsskiftet oktober/november var derimot situasjonen en annen, idet det var vikarregelen i bokstav b som ville være den eventuelle hjemmelen for fortsatt midlertidig ansettelse. Når B dessuten på dette tidspunktet hadde vært sykmeldt siden mars 2003, og det ikke var utsikt til at han i nærmeste fremtid ville bli friskmeldt, måtte det være klart at vikarbehovet kunne bli langvarig. Denne saken, der arbeidstakeren fortsatte i samme virksomhet etter at sesongen for midlertidig ansettelse var over, er dermed særlig illustrerende for betydningen av å skape klarhet ved skriftlig avtale.
- (50) De forklaringene som er avgitt for Høyesterett, viser ikke at avdelingsleder Sødal eller kirkesjef Sæth, som hadde kompetansen til å ansette vikarer, på noe tidspunkt før A den 28. oktober 2004 ble presentert et nytt, midlertidig avtaleutkast, uttrykkelig informerte henne om at hun var ansatt i et vikariat. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende i seg selv, idet det ikke kan være et absolutt vilkår at det foreligger uttrykkelige utsagn. Men når det ikke kan påvises slike utsagn, skal det etter min mening normalt mye til for at man kan legge til grunn at det som følge av konkludent atferd foreligger en avtale av denne karakter. Og etter min mening er ikke dette tilfellet i denne saken:
- (51) Som tidligere nevnt disponerte A bilen og mobiltelefonen som B hadde disponert. Isolert sett kunne dette tilsi at hun måtte forstå at hun var vikar for ham. Men da hun en tid etter årsskiftet 2003/2004 kunne konstatere at han kom tilbake i arbeid som delvis sykmeldt uten å gjenoppta noen av sine tidligere arbeidsoppgaver, og uten at dette fikk betydning for hennes arbeidssituasjon, var dette – i mangel av uttrykkelig opplysning om det motsatte – egnet til å styrke en eventuell oppfatning om at hun ikke lenger var midlertidig ansatt. I denne sammenheng viser jeg til at hun hadde mottatt månedslønn siden årsskiftet.
- (52) Anne Berit Egeland, som hadde ansvaret for lønnsutbetalingene, har riktignok forklart at hun ved overgangen til månedslønn orienterte A om at hun var vikar. Dette har A på sin side bestridt. Det sentrale er uansett at det ikke kan legges til grunn at kirkesjefen eller avdelingslederen på noe tidspunkt før slutten av oktober 2004 orienterte A om at hun var midlertidig ansatt i et vikariat for B. Etter hvert som tiden gikk og ingenting ble sagt om dette, måtte A kunne anta at ansettelsesforholdet var fast slik lovens utgangspunkt er. I hvert fall kan det, på bakgrunn av de strenge beviskrav som må stilles når arbeidsgiveren ikke har etterlevd sin plikt til å opprette skriftlig arbeidsavtale, ikke legges til grunn at det var inngått avtale om fortsatt midlertidig ansettelse.
- (53) A gis etter dette medhold i at hun er tilsatt i fast stilling som kirkegårdsarbeider i X.

- (54) For dette tilfellet er partene enige om at A skal tilkjennes kr 192 765 som erstatning for tapt lønn fram til hun gjeninntreder i stillingen høsten 2005. Det er opplyst at hun har inngått avtale med Aetat om refusjon av mottatt arbeidsledighetsstønad i samme periode.
- (55) Anken har ført fram, og jeg er kommet til at A må tilkjennes saksomkostninger for samtlige instanser, jf. tvistemålsloven § 180 andre ledd sammenholdt med § 172. Det beløpet som ble tilkjent for tingretten, vil bli stadfestet. For lagmannsretten er det krevet dekket utgifter med kr 59 500, hvorav prosessfullmektigens salær utgjør kr 55 500. Også dette beløpet tilkjennes. For Høyesterett utgjør omkostningskravet kr 194 500, hvorav prosessfullmektigens salær utgjør kr 175 000 inkludert salær ved et bevisopptak. Jeg er kommet til at nødvendige utgifter for Høyesterett kan settes til 159 500, jf. tvistemålsloven § 176, som tilkjennes. For behandlingen i lagmannsretten og Høyesterett tilkjennes det etter dette kr 219 000.
- (56) Jeg stemmer for denne

D O M:

1. Kristiansand tingretts dom stadfestes med den endring at erstatningsbeløpet settes til 192 765 – etthundreogtittetusensjuhundreogsekstifem – kroner.
2. I saksomkostninger for lagmannsretten og Høyesterett betaler X kommune og Den norske Kirke v/X kirkelige fellelsråd en for begge og begge for en til A 219 000 – tohundreogtittentusen – 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.

- (57) Dommer **Endresen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (58) Dommer **Øie:** Likeså.
- (59) Dommer **Stang Lund:** Likeså.
- (60) Dommer **Lund:** Likeså.

(61) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Kristiansand tingretts dom stadfestes med den endring at erstatningsbeløpet settes til 192 765 – etthundreognittitotusensjuhundreogsekstifem – kroner.
2. I saksomkostninger for lagmannsretten og Høyesterett betaler X kommune og Den norske Kirke v/X kirkelige fellesråd en for begge og begge for en til A 219 000 – tohundreognittentusen – 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.