



NORGES HØYESTERETT

Den 7. mai 2009 avsa Høyesterett dom i

HR-2009-00975-A, (sak nr. 2008/1888), sivil sak, anke over dom,

I.

Sykehuset Innlandet HF
Arbeidsgiverforeningen Spekter
(partshjelper)

(advokat Jan Fougner)

mot

A
Fagforbundet (partshjelper)

(advokat Kjetil Edvardsen)
(advokat Geir Høin)

II.

A
Fagforbundet (partshjelper)

(advokat Kjetil Edvardsen)
(advokat Geir Høin)

mot

Sykehuset Innlandet HF
Arbeidsgiverforeningen Spekter
(partshjelper)

(advokat Jan Fougner)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Øie**: Saken gjelder spørsmål om ansettelse i midlertidige stillinger over flere år gir grunnlag for fast ansettelse – enten i medhold av fireårsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd eller den ulovfestede lære fra Statfjorddommen i Rt. 1989 side 1116 og ambulansedommen i Rt. 2006 side 1158.

- (2) A var på ulike grunnlag ansatt i midlertidige stillinger ved Sykehuset Innlandet HF fra oktober 2001 til han ble sykemeldt i november 2006. Ansettelsesforholdet skulle etter avtalen vare ut 2007. Han arbeidet ved fire forskjellige poster ved Divisjon for psykisk helsevern ved det som frem til 2004 het Sanderud sykehus, men som nå er en del av Sykehuset Innlandet HF – ved avdelingene for henholdsvis akutt- og korttidspsykiatri og for psykosebehandling og rehabilitering.
- (3) A var opprinnelig maler, men måtte av helsemessige årsaker omskolere seg. Den 1. oktober 2001 kom han som hospitant til Sanderud sykehus. Aetat betalte for engasjementet, som varte ut mars 2003.
- (4) I hospiteringsperioden utførte A også noe arbeid som ble betalt av sykehuset. I fire måneder i begynnelsen av 2002 arbeidet han i 14 prosent stilling i forbindelse med at en pasient skulle flytte hjem fra institusjon. Stillingen som hospitant ble i denne perioden redusert til 86 prosent. I tillegg jobbet han i løpet av hospiteringsperioden overtid 16 ganger inntil to og en halv time den enkelte gang, og han tok til sammen 35 ekstravakter.
- (5) Fra april 2003 og ut 2004 utdannet A seg som hjelpepleier. Ved siden av studiet tok han ekstravakter ved sykehuset tilsvarende omkring 34 prosent stilling i 2003 og 41 prosent stilling i 2004. Etter at han fikk autorisasjon som hjelpepleier, økte antallet ekstravakter. Fra 30. mai 2005 og ut året hadde han et fast vikariat i 100 prosent stilling.
- (6) I januar 2006 begynte A et tverrfaglig deltidsstudium i psykiatri, den såkalte SEPREP-utdanningen. Han fikk et vikariat ved sykehuset i 50 prosent stilling for å oppfylle utdannelsens praksiskrav. Av budsjettmessige grunner ble As stilling finansiert med midler tilknyttet ledige vikariater. I tilsettingsbrevet het det blant annet at A fikk permisjon til undervisnings- og litteraturstudiedager. Det ble understreket at ansettelsesforholdet var midlertidig og knyttet til studietilbudet. Den midlertidige ansettelsen i 50 prosent stilling var forutsatt å løpe like lenge som SEPREP-utdanningen, det vil si ut 2007.
- (7) I studieperioden jobbet A overtid og tok ekstravakter i betydelig omfang.
- (8) A satte i oktober 2006 frem krav om fast ansettelse ved sykehuset, men fikk ikke kravet innvilget. Sykehuset sluttet å gi A vakter utover det han hadde krav på i den midlertidige 50 prosent stillingen. A ble sykemeldt i november 2006 og kom ikke tilbake i arbeid på sykehuset.
- (9) Den 2. oktober 2007 tok A ut stevning mot Sykehuset Innlandet HF for Hedmarken tingrett med krav om fast ansettelse i 100 prosent stilling samt erstatning og oppreisning. Tingretten avsa 14. januar 2008 dom med slik domsslutning:
- ”1. Sykehuset Innlandet HF frifinnes.
2. A dømmes til innen 2 – to – uker å erstatte Sykehuset Innlandet HF sakens kostnader med 37.000 – trettisjutusen – kroner, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.”
- (10) A anket dommen til Eidsivating lagmannsrett, som 8. september 2008 avsa dom med slik domsslutning:

- ”1. **A har krav på fast ansettelse i 50 – femti – prosent stilling ved Sykehuset Innland HF.**
2. **Sykehuset Innlandet HF dømmes til innen 14 – fjorten – dager fra dommens forkynnelse å betale oppreisning til A med 30 000 – tredvetusen – kroner.**
3. **I saksomkostninger for tingretten betaler Sykehuset Innlandet HF til A, 37 500 – syvogtredvetusenfemhundre – kroner og for lagmannsretten 58 000 – åtteogfemtusen – kroner. Oppfylleselsfristen er 14 dager fra forkynnelsen av denne dom.”**

- (11) Lagmannsretten fant at A hadde krav på fast ansettelse i 50 prosent stilling med grunnlag i fireårsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd som følge av arbeid regnet fra 1. januar 2003 og ut 2006. Vikariatet i forbindelse med SEPREP-utdanningen ble ikke ansett som praksisarbeid i lovens forstand. Stillingens omfang ble fastsatt skjønnsmessig ut fra hvor mye A gjennomsnittlig hadde arbeidet sammenhengende i perioden og ut fra stillingens karakter.
- (12) Sykehuset Innlandet HF har anket dommen til Høyesterett. Anken gjelder lovanvendelsen.
- (13) A har avgitt avledet anke idet han mener at han har krav på ansettelse i full stilling. Anken gjelder bevisvurderingen og lovanvendelsen.
- (14) Arbeidsgiverforeningen Spekter har erklært partshjelp til støtte for Sykehuset Innlandet HF, mens Fagforbundet har erklært partshjelp til støtte for A.
- (15) Det er lagt frem enkelte nye bevis. Partene har videre blitt enige om hvordan en eventuell erstatning skal utmåles, og det er derfor ikke lagt ned påstand om erstatning. For øvrig står saken i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.
- (16) Den ankende part – *Sykehuset Innlandet HF* – har i hovedsak anført:
- (17) A har ikke fylt et vikarbehov for sykehuset som uten vesentlige ulemper kunne ha vært dekket ved økt grunnbemanning, og har derfor ikke krav på fast ansettelse i medhold av den såkalte Staffjordlæren, jf. Rt. 1989 side 1116 og senere rettspraksis. Blant annet var arbeidstakergruppen A vikarierte for ikke stor nok og vikarbehovet ved de aktuelle postene ikke fast nok.
- (18) A har heller ikke krav på fast stilling etter fireårsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd andre punktum:
- (19) Hospiteringsperioden og praksisarbeidet i forbindelse med SEPREP-utdanningen skal ikke tas med ved beregningen av fireårsperioden, jf. tredje punktum, jf. første ledd bokstav c og d.
- (20) Ankemotparten anfører at praksisarbeid og arbeidsmarkedstiltak bare skal gå til fradrag dersom arbeidstakeren har slikt arbeid på innslagstidspunktet, det vil si ved utløpet av fireårsperioden. En slik regel har ikke rettskildemessig dekning. Det kan ikke være avgjørende at oppsigelsesvernet i tjenestemannsloven §§ 9 og 10 forstås på denne måten. De to regelsettene er forskjellige både innholdsmessig og lovteknisk, og rettsvirkningene av å være fast ansatt er også forskjellige. Av forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-9 går det klart frem at fireårsregelen bare gjelder for arbeidstaker som er ansatt i vikariat eller

for å utføre et bestemt oppdrag, jf. blant annet Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 218 til 219 og side 333. Det er også vist til Ot.prp. nr. 54 (2008–2009) side 41, 43 og 88.

- (21) Med praksisarbeid menes normalt arbeid som skjer i forbindelse med opplæring eller kvalifisering innenfor et fagområde, jf. Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) side 165. Det er ikke dekning i rettskildene for at arbeidet må skille seg fra det som ellers utføres i virksomheten, at det ikke kan skje i samarbeid med egen arbeidsgiver, eller at bare praksis før endt grunnutdanning kan regnes med. Under henvisning til SEPREP-utdanningens art og omfang anfører sykehuset at A hadde en praksisstilling i lovens forstand i forbindelse med utdanningen.
- (22) Ekstraarbeidet som A hadde mens han hospiterte, var så lite, spredt og usammenhengende at det ikke kvalifiserer. Det gjør heller ikke vikarvaktene han tok ut over 50 prosent i praksisperioden; dette må regnes som en del av praksisarbeidet.
- (23) Perioder hvor den midlertidig ansatte har vært sykemeldt i mer enn 14 dager, skal normalt heller ikke telle med, jf. Ot.prp. nr. 12 (2003–2004) side 21, NOU 2004: 5 side 562, Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 333 og Bjørnaraa, Gaard og Selmer, Norsk tjenestemannsrett side 332. Sykemeldingsperioden fra 7. november 2006 og ut 2007 kommer derfor ikke i betraktning.
- (24) Starttidspunktet for beregning av fireårsperioden er etter dette 1. april 2003 da A begynte å ta ekstravakter i ikke ubetydelig omfang. Perioden opphørte 1. januar 2006 da A gikk over i praksisarbeid. Selv om praksisperioden skulle telle med inntil han ble sykemeldt 7. november 2006, kommer man ikke opp i fire år.
- (25) Dersom Høyesterett kommer til at A har krav på fast ansettelse, bør stillingsprosenten settes til 50 prosent av full stilling. Arbeidets omfang må bestemmes skjønnsmessig ut fra hvor mye han har arbeidet og arbeidets karakter. Gjennomsnittsbetraktninger må legges til grunn – stillingsprosenten på sluttidspunktet kan ikke være avgjørende.
- (26) Sykehuset Innlandet HF har lagt ned slik påstand:
- ”1. Sykehuset Innlandet HF frifinnes.
 2. Sykehuset Innlandet HF tilkjennes saksomkostninger for alle instanser.”
- (27) Partshjelperen – *Arbeidsgiverforeningen Spekter* – slutter seg til den ankende parts anførsler, og har ikke lagt ned noen egen påstand.
- (28) Ankemotparten – A – har i hovedsak anført:
- (29) A har krav på fast ansettelse etter fireårsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd.
- (30) Alle avtaler om fast ansettelse skal i utgangspunktet tas i betraktning ved beregning av fireårsperioden. Bare dersom arbeidstakeren *er* i praksisarbeid eller arbeidsmarkedstiltak på innslagstidspunktet etter fire år, skal det ses bort fra slikt arbeid. Dette følger av sammenhengen mellom bruken av ”har vært ... midlertidig ansatt” i femte ledd andre punktum og ”er midlertidig ansatt” i tredje punktum. Ordbruken er også benyttet i forarbeidene, jf. blant annet Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 333. Fireårsregelen er i tråd med prinsippene i tjenestemannsloven, jf. blant annet proposisjonen side 218. Det er sikker praksis etter tjenestemannsloven §§ 3, 9 og 10 at status på fratredelses- eller

oppsigelsestidspunktet regulerer fratredelsesvilkårene, jf. blant annet Bjørnaraa, Gaard og Selmer, Norsk tjenestemannsrett side 147 til 148 og side 336 til 337. – A startet som hospitant i oktober 2001, og har vært sammenhengende ansatt i mer enn fire år.

- (31) Subsidiært anføres det at omfanget av ekstravakter i hospiteringsperioden uansett må regnes med. Slike vakter må vurderes annerledes enn ulike avtaler med avbrudd mellom. A må anses for å ha hatt en løpende avtale om å ta ekstravakter av varierende omfang. Det er vist til diskrimineringsreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 13, Rt. 1997 side 277 og Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 219.
- (32) Det avtalte arbeidet tilknyttet SEPREP-utdanningen, de ytterligere vikarvaktene i denne perioden og det påfølgende sykefraværet har bare betydning for fireårsregelen dersom starttidspunktet først skal settes til april 2003 – dvs. dersom verken hospiteringsperioden eller ekstravaktene i denne perioden skal telle med.
- (33) Bare når det foreligger særlige grunner, kan videreutdanning eller dyktiggjøring innenfor et fagområde i samarbeid med egen arbeidsgiver og innenfor arbeidsoppgaver arbeidstakeren allerede har, anses som praksisarbeid. Praksisarbeid i lovens forstand må skille seg fra det som ellers utføres i virksomheten, for eksempel ved at det er noen som kvalitetssjekker arbeidet eller som gir veiledning. Dessuten kan bare dyktiggjøring frem mot avsluttet fagutdanning anses som praksis. Arbeidet i tilknytning til SEPREP-utdanningen må derfor anses som vikararbeid. Frem mot årsskiftet 2005/2006 hadde A et fast vikariat i 100 prosent stilling. Da han i januar 2006 begynte på SEPREP-utdanningen, fortsatte han sitt vikararbeid som før ved å gå inn i det alminnelige arbeidet ved avdelingen i vikariater for navngitte personer, og det forelå ingen særlige forhold som tilsier at arbeidet likevel skal anses som praksisarbeid.
- (34) Sykehusets anførsel om at også ekstravaktene som A tok samtidig med at han deltok i SEPREP-utdanningen, må anses som praksisarbeid, er ny og må avskjæres etter tvisteloven § 30-7. Uansett kan anførselen ikke føre frem.
- (35) Det skal ikke gjøres fradrag for sykefravær. Arbeidstakeren er ansatt selv om han er syk. Forarbeidene slår riktignok fast at sykefravær normalt skal gå til fradrag, jf. blant annet Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 333, men spørsmålet er ikke drøftet. Både i brev 14. juni 2006 (ref 200603133-/HAM) fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet til Likestillings- og diskrimineringsombudet og i Norsk lovkommentar, kommentaren til § 14-9 note 493 er det lagt til grunn at fravær ved sykdom normalt ikke skal gå til fradrag ved beregningen av ansettelsesforholdets lengde.
- (36) A har etter dette krav på fast ansettelse uansett hvilken tilnæringsmåte som legges til grunn.
- (37) Ved fastsettelsen av omfanget av den faste stillingen må utgangspunkt tas i situasjonen på innslagstidspunktet. En skjønnsmessig regel hvor man beregner et gjennomsnitt vil være prosesskapende. A jobbet godt og vel 100 prosent i 2005 og 2006. Han har derfor krav på fast ansettelse i 100 prosent stilling. Dersom hele perioden skal tas i betraktning, har A jobbet gjennomsnittlig i 70 prosent av fast stilling når hospiteringen og ulovlig overtid trekkes fra.

(38) Subsidiært anføres det at A har krav på fast ansettelse fordi han dekket et noenlunde konstant behov for arbeidskraft ved fire av postene på sykehuset. På dette grunnlaget gjør A krav på ansettelse i 50 prosent stilling.

(39) A har lagt ned slik påstand:

”Prinsipalt:

A er fast ansatt i 100 % stilling som hjelpepleier ved Sykehuset Innlandet HF.

Sykehuset Innlandet HF dømmes til å betale As saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.

Subsidiært:

A er fast ansatt som hjelpepleier i stillingsbrøk fastsatt etter rettens skjønn ved Sykehuset Innlandet HF.

Sykehuset Innlandet HF dømmes til å betale As saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.”

(40) Partshjelperen – *Fagforbundet* – slutter seg til ankemotpartens anførsler og har lagt ned slik påstand:

”Sykehuset Innlandet HF og Spekter betaler Fagforbundets omkostninger for Høyesterett.”

(41) *Mitt syn på saken*

(42) Spørsmålet i saken er om A har krav på fast ansettelse ved Sykehuset Innlandet HF og eventuelt hvilken stillingsprosent han har krav på. A har gjort gjeldende to grunnlag for kravet – fireårsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd og den ulovfestede lære fra Statfjordsaken i Rt. 1989 side 1116 og ambulansesaken i Rt. 2006 side 1158.

(43) Jeg ser først på spørsmålet om A har krav på fast ansettelse i medhold av den ulovfestede lære.

(44) I Statfjorddommen er det lagt til grunn at det i visse, særlige tilfeller går en grense for hva som kan avtales av fortløpende vikariater uten at arbeidstakeren nyter godt av det stillingsvern som er knyttet til fast ansettelse. I denne saken var det et meget stort fravær blant de arbeidstakere den midlertidige ansatte kunne vikariere for, fraværsprosenten var stabil og til enhver tid påregnelig for bedriften, og bedriften hadde et stort antall ansatte – 320 stillinger på ett tidspunkt, senere 210 stillinger. Høyesterett fremhevet at den midlertidig ansatte fast, og over lang tid, hadde fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften, og at det ikke forelå særegne forhold som tilsa at dette arbeidskraftbehovet måtte dekkes av vikar uten fast ansettelse.

(45) I ambulansedommen er det understreket at det normalt er for noe større bedrifter med noenlunde jevnt og forutsigbart behov for vikarer at det kan være et alternativ å dekke et fast arbeidskraftbehov ved økt grunnbemanning av fast ansatte i stedet for ved vikariater.

(46) De nevnte dommer gjelder arbeidsforhold forut for ikrafttreddelsen av fireårsregelen. Det kan reises spørsmål om den ulovfestede lære har mistet sitt rasjonale etter innføringen av bestemmelsen.

- (47) Forarbeidene til fireårsregelen har ingen uttalelser som tilsier at den ulovfestede lære skal erstattes av fireårsregelen. Læren har praktisk betydning ved siden av fireårsregelen fordi den kan gi grunnlag for fast ansettelse før fire år er gått, slik tilfellet var i Statfjorddommen. Som fremhevet i Jakhelln og Aune, arbeidsrett.no, kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-9, note 4 angir fireårsregelen derfor ikke mer enn den maksimale tiden for midlertidige ansettelser. I tråd med tidligere rettspraksis vil en arbeidstaker fortsatt kunne bli ansett som fast ansatt fra et tidligere tidspunkt.
- (48) Selv om fireårsregelen ikke har som formål å begrense rettigheter etter den ulovfestede lære, er det ikke noe i rettskildesituasjonen som tilsier at læren nå bør videreutvikles.
- (49) Ved den konkrete vurdering i den foreliggende sak må det tas utgangspunkt i antallet fast ansatte som A kunne vikariere for. Partene er enige om at arbeidets art medførte at A maksimalt kunne vikariere for hjelpepleiere på de fire postene han hadde vært tilknyttet, ikke på andre av sykehusets poster. Hjelpepleierne på de aktuelle poster utgjorde til sammen 24,8 årsverk. Fraværet på postene var høyt – gjennomsnittlig 15,3 prosent for den aktuelle gruppen, men fordi det dreide seg om et lite antall stillinger, var det beregnede vikarbehovet på rundt tre stillinger.
- (50) Grunnbemanningen var god. Vikarbehovet skyldtes særlig at fast ansatte i turnuser ikke kunne jobbe mer enn hver tredje helg. Arbeidets art krevde at man måtte bruke vikarer som kjente pasientene og rutinene på de aktuelle poster. Jeg kan derfor ikke se at det var noe reelt alternativ for sykehuset å øke grunnbemanningen for å få utført det arbeid som A og andre vikarer utførte.
- (51) Saken skiller seg dermed fra Statfjordsaken og ambulansesaken både med hensyn til omfanget av behovet for vikarer og hvilke alternativer man har hatt for å løse vikarbehovet. Jeg finner det klart at det verken var i strid med loven eller dens formål at det aktuelle arbeidskraftbehovet ble løst ved bruk av midlertidig ansatte vikarer. A kan følgelig ikke gis medhold i at han har krav på fast ansettelse på dette grunnlag.
- (52) Spørsmålet er etter dette om A har krav på fast ansettelse i medhold av fireårsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-9. Bestemmelsen lyder slik:

”(1) Arbeidstaker skal ansettes fast. Avtale om midlertidig ansettelse kan likevel inngås:

- a) **når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten,**
- b) **for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat),**
- c) **for praksisarbeid,**
- d) **deltaker i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med Arbeids- og velferdsetaten,**
- e) **for idrettsutøvere, idrettstrenerne, dommere og andre ledere innen den organiserte idretten.**

...

(5) Midlertidige arbeidsavtaler opphører ved det avtalte tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeidet er avsluttet, med mindre noe annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale. For arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig

ansatt i mer enn fire år kommer reglene om oppsigelse av arbeidsforhold til anvendelse. Dette gjelder likevel ikke for arbeidstaker som er midlertidig ansatt etter første ledd bokstav c, d og e.”

- (53) Fireårsregelen i § 14-9 femte ledd andre punktum ble innført ved lovendring 21. desember 2005 nr. 121, og trådte i kraft 1. januar 2006. Partene er enige om at det følger av overgangsregler at fireårsregelen gjelder for alle relevante arbeidsforhold som A har hatt ved Sykehuset Innlandet HF – også de stillinger han hadde før loven trådte i kraft.
- (54) Jeg nevner ellers at § 14-9 opprinnelig ble vedtatt med en noe annen ordlyd ved lov 17. juni 2005 nr. 62, som skulle tre i kraft 1. januar 2006. Lovforslaget ble fremmet av regjeringen Bondevik II i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) på bakgrunn av Arbeidslivslovutvalgets utredning i NOU 2004: 5. Innen loven trådte i kraft, fremmet imidlertid regjeringen Stoltenberg II Ot.prp. nr. 24 (2005–2006), som det endelige lovvedtaket bygger på. Hovedforskjellen er at det første lovvedtaket ga en videre adgang til midlertidig ansettelse enn den endelige lovteksten åpner for. For de tolkningsspørsmål som oppstår i den foreliggende saken, har forskjellene mellom de to lovtekstene imidlertid liten betydning, og uttalelser i Arbeidslivslovutvalgets utredning og Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) er fortsatt relevante.
- (55) A har anført at fireårsregelen må forstås slik at alle avtaler om fast ansettelse i utgangspunktet skal tas i betraktning ved beregning av fireårsperioden dersom kravet til sammenhengende midlertidig ansettelse er oppfylt. Bare dersom arbeidstakeren *er* i praksisarbeid eller arbeidsmarkedstiltak på innslagstidspunktet, skal det ses bort fra slikt arbeid, anføres det. Sykehuset bestrider en slik tolkning og anfører at alt midlertidig arbeid som enten er praksisarbeid eller arbeidsmarkedstiltak, skal trekkes fra – uansett når i perioden arbeidstakeren har hatt slikt arbeid.
- (56) Jeg er enig i at sammenhengen mellom bruken av ”har vært ... midlertidig ansatt” i femte ledd andre punktum og ”er midlertidig ansatt” i tredje punktum isolert sett kan støtte den tolkning ankemotparten har tatt til orde for. Presensformen kan forstås slik at den tar sikte på tidspunktet det er aktuelt å vurdere spørsmålet om fast ansettelse. Men tredje punktum sier ikke klart hvilket tidspunkt det siktes til. Ordlyden rommer derfor etter mitt syn begge tolkningsalternativer.
- (57) Lovgrunnen for fireårsregelen er at det normalt indikerer et stabilt behov for arbeidskraft dersom en arbeidstaker har vært ansatt i en og samme virksomhet i fire år, se blant annet Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 218. Denne lovgrunnen slår ikke uten videre til når den midlertidig ansatte har vært i praksis eller arbeidsmarkedstiltak ved bedriften. Det gjelder uansett når i perioden på fire år vedkommende har hatt slikt arbeid.
- (58) Ankemotparten har vist til at ordbruken i lovteksten med sontringen mellom ”har vært” og ”er” også er benyttet i forarbeidene, for eksempel i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 333. Dette gir imidlertid ikke holdepunkter for tolkningen utover det som allerede kan utledes av lovens ordlyd.
- (59) Flere uttalelser i forarbeidene taler på den annen side klart imot den forståelse ankemotparten gjør gjeldende. Jeg viser særlig til Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 218 og side 333. På side 218 heter det:

”Arbeidslivslovutvalget foreslår en øvre grense på fire år for varigheten av en midlertidig ansettelse, i tråd med prinsippene i tjenestemannsloven. Forslaget

innebærer at en arbeidstaker som har vært midlertidig ansatt i mer enn fire år sammenhengende får samme oppsigelsesvern som fast ansatte. Fire-års regelen gjelder for arbeidstaker som er ansatt i vikariat og arbeidstaker som er ansatt for å utføre et bestemt oppdrag. Utvalget foreslår å gjøre unntak fra fire-års regelen for midlertidig ansatte i praksisarbeid og utdanningsstillinger, arbeidsmarkedstiltak og idrettsutøvere med videre.”

(60) Og på side 333 heter det:

”Det er ansettelsesforholdet i virksomheten som skal danne utgangspunkt for beregning av tjenestetiden. Påfølgende midlertidige ansettelser skal således vurderes samlet. Midlertidige ansettelser inngått med hjemmel i bokstavene a, b og d, samt midlertidige ansettelser inngått etter den generelle adgangen i bokstav g skal med andre ord legges sammen ved beregningen.”

(61) Henvisningen til bokstav d og g gjelder adgang til midlertidig ansettelse som ikke ble videreført i den endelige lovteksten.

(62) Etter mitt syn tilsier disse sitatene at bare midlertidig arbeid i medhold av første ledd bokstav a og b inngår i beregningen av fireårsregelen, og at annet midlertidig arbeid ikke skal regnes med verken når arbeidstakeren har slikt arbeid ved utløpet av fireårsperioden eller når han tidligere har hatt slikt arbeid.

(63) Etter at § 14-9 trådte i kraft, har det oppstått spørsmål om oppregningen i tredje punktum er uttømmende. Det heter om spørsmålet i Ot.prp. nr. 54 (2008–2009) side 43:

”... De hensyn som ligger bak fireårsregelen om at det bør settes en øvre tidsramme for et midlertidig ansettelsesforhold og at en langvarig midlertidig ansettelse gir uttrykk for et mer stabilt arbeidskraftsbehov hos arbeidsgiver, er først og fremst knyttet til arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstavene a og b (arbeidets karakter tilsier det mv. og vikariater).

...

For å unngå fremtidig tolkningstvil foreslår departementet at rekkevidden av fireårsregelen *positivt* angis i lovteksten, slik at det fremgår at fireårsregelen gjelder for midlertidige ansettelser med hjemmel i § 14-9 første ledd bokstav a og b.”

(64) Utkastet til endring i § 14-9 femte ledd andre punktum lyder slik:

”Arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter første ledd bokstav a og b, skal anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse.”

(65) Her går det klart frem at midlertidige ansettelser etter bokstav c til e aldri skal regnes med etter fireårsregelen. Det dreier seg om etterarbeider, som ikke har den samme rettskildemessige vekt som lovens forarbeider. I tillegg kommer at lovforslaget foreløpig ikke er vedtatt. Etter mitt syn er uttalelsene likevel ikke uten rettskildemessig betydning.

(66) Ankemotparten har anført at fireårsregelen er i tråd med prinsippene i tjenestemannsloven, jf. blant annet det jeg har sitert fra Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 218, og at det er sikker praksis etter tjenestemannsloven §§ 3, 9 og 10 at status på fratredelses- eller oppsigelsestidspunktet regulerer fratredelsesvilkårene. 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.

- (67) Min konklusjon er etter dette at bare midlertidig ansettelse som nevnt i første ledd bokstav a og b, teller med ved beregningen av fireårsregelen. Praksisarbeid og arbeidsmarkedstiltak, samt midlertidig arbeid som nevnt i bokstav e, skal ikke tas i betraktning. Det gjelder enten arbeidstakeren er i slikt arbeid ved utløpet av fireårsperioden eller har hatt slikt midlertidig arbeid tidligere.
- (68) Det neste spørsmålet er om ekstravaktene, overtidsarbeidet og stillingen A hadde på 14 prosent i deler av hospiteringsperioden likevel skal regnes med etter fireårsregelen.
- (69) Påfølgende midlertidige ansettelser skal vurderes samlet dersom kravet til ”sammenhengende” midlertidig ansettelse er oppfylt. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om det aktuelle overtidsarbeidet og ekstravaktene hadde tilstrekkelig omfang og hyppighet til å anses som sammenhengende arbeid på eget grunnlag. Avgjørende for meg er at arbeidet ikke kan vurderes løsrevet fra hospiteringen. Overtidsarbeidet – som skjedde 16 ganger i løpet av ett og et halvt år med inntil to og en halv time hver gang – ble utført direkte i forlengelsen av hospiteringsarbeidet, og jeg finner det klart at dette må anses som en del av hospiteringen. De 35 ekstravaktene kom tilfeldig og spredt, og jeg kan ikke se at det var et tilstrekkelig fast mønster i vaktene til at annet enn hospiteringen var grunnlaget for dette arbeidet.
- (70) Det fremstår ikke som helt klart for meg i hvilken grad også stillingen på 14 prosent, som A hadde i deler av hospiteringstiden, var knyttet til hospiteringen; det dreide seg om et eget prosjekt for å få en pasient tilbakeført til hjemkommunen. Det gikk imidlertid elleve måneder fra dette arbeidet var avsluttet til A hadde annet arbeid ved sykehuset som ikke var knyttet til hospiteringen. Kravet til sammenhengende arbeid er derfor ikke oppfylt, slik at stillingen uansett ikke kan inngå i beregningen etter fireårsregelen.
- (71) Da A fra april 2003 og ut 2004 utdannet seg som hjelpepleier, tok han ekstravakter ved sykehuset tilsvarende 34 prosent stilling i 2003 og 41 prosent stilling i 2004. Antallet ekstravakter økte etter at han fikk autorisasjon som hjelpepleier, og fra mai 2005 og ut året hadde han et fast vikariat i 100 prosent stilling. Jeg finner det klart at dette vikararbeidet inngår i beregningen av fireårsregelen. Dette er heller ikke bestridt.
- (72) Friststart for fireårsregelen er etter dette 1. april 2003.
- (73) Det neste spørsmålet er hvordan vikariatet i 50 prosent stilling, som A hadde mens han deltok i SEPREP-utdanningen, skal klassifiseres – som vikariat etter § 14-9 første ledd bokstav b eller praksisarbeid etter bokstav c. Bestemmelsene må tolkes med det for øye at lovens klare hovedregel i § 14-9 første ledd første punktum er at arbeidstakere skal ansettes fast.
- (74) Lovens ordlyd – ”arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)” og ”praksisarbeid” – gir liten veiledning.

- (75) Også forarbeidene gir begrenset veiledning. I Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) side 165, som gjaldt adgangen til midlertidige ansettelser etter daværende § 58 i arbeidsmiljøloven 1977, som senere ble flyttet til § 58 A, heter det om praksisbegrepet:

”Hverken loven eller forarbeidene gir noen holdepunkter for forståelsen av begrepet praksisarbeid. I teorien pekes det på at slikt arbeid normalt vil skje i forbindelse med opplæring eller kvalifisering innenfor et fagområde, og vil ofte være et utgangspunkt for videre utdanning. Varigheten av praksisarbeid vil ofte være fastslått gjennom praksis for den type arbeid, og avtalen må holde seg til hva som er det normale. For lærlinger vil dette være fastsatt i lærekontrakt i medhold av fagopplæringsloven § 10.”

- (76) Om vikariat heter det samme sted:

”Ordlyden 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.”

- (77) I NOU 2004: 5 side 296 fremhever Arbeidslivslovutvalget at reglene om midlertidig ansettelse bør være enkle å praktisere. På side 561 i utredningen går det frem at praksisbegrepet i arbeidsmiljøloven § 14-9 er en videreføring av begrepet i arbeidsmiljøloven 1977 § 58 A. Det heter videre:

”... Bestemmelsen viderefører også tjenestemannslovens bestemmelser om adgang til midlertidig ansettelse i utdanningsstillinger mv. Forslaget tar sikte på å omfatte alle undergrupper av praksisarbeid, herunder de stillinger som er omfattet av gjeldende bestemmelse i tjenestemannsloven § 3 nr. 2 bokstavene d) og e) og nr. 3, henholdsvis elev ved etatsskole og utdanningsstillinger. Med utdanningsstillinger menes her stillinger der utdanningselementet utgjør en overveiende og nødvendig del av stillingens arbeidsområde og hvor tidsbegrensningen avgrenses til det som er nødvendig for utdanningsformålet. Eksempler på utdanningsstillinger som omfattes er stipendiater, turnuskandidater og dommerfullmektiger.”

- (78) Jeg viser også til Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 213 og 331. Arbeidet med å harmonisere reglene i tjenestemannsloven og arbeidsmiljøloven ble senere reversert, og begrepet ”utdanningsstilling” ble tatt ut av lovteksten.

- (79) Det følger av sitatet fra Arbeidslivslovutvalgets utredning at det for utdanningsstillinger skulle gjelde et krav om at utdannelseselementet måtte utgjøre en overveiende og nødvendig del av stillingens arbeidsområde. Det er naturlig å forstå forarbeidene slik at noe tilsvarende krav ikke gjelder for praksisarbeid. Utover dette er det vanskelig å trekke føringer fra forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-9.

- (80) I Jakhelln og Aune, arbeidsrett.no, kommentarer til § 14-9, note 5 er det blant annet fremhevet at hovedformålet med praksisarbeid ofte ikke vil være at arbeidstakeren skal lære seg noe genuint nytt, men at han eller hun skal få praktisere sine teoretiske kunnskaper i et fagmiljø og under oppsyn av erfarne fagfolk. Forfatterne understreker imidlertid at det vil variere hvor mye oppsyn og veiledning den enkelte vil få – avhengig av hvor flink og erfaren vedkommende er selv – og at det ikke nødvendigvis vil frata arbeidet karakter av å være praksisarbeid at en person jobber relativt selvstendig. Videre heter det:

”Ansatte i praksisarbeid vil også i større eller mindre grad dekke et arbeidskraftsbehov i virksomheten. ... En flink og selvgående ansatt ... kan en arbeidsgiver ha atskillig nytte av i virksomheten, uten at dette fratår stillingen karakter av å være praksisarbeid. Ofte er jo en slik nytte en forutsetning for at arbeidsgivere skal være villig til å tilby praksisarbeid ved virksomheten.”

- (81) På denne bakgrunnen kan det etter mitt syn utledes følgende utgangspunkter:
- (82) Praksisarbeid vil normalt skje i forbindelse med opplæring eller kvalifisering innenfor et fagområde, og vil ofte være et utgangspunkt for videre utdanning.
- (83) Det kreves ikke at utdannelseselementet utgjør en overveiende og nødvendig del av stillingens arbeidsområde. Et midlertidig arbeid vil kunne være praksisarbeid i lovens forstand selv om det ikke er knyttet en organisert veiledningsfunksjon til stillingen, selv om hovedformålet med stillingen ikke er at arbeidstakeren skal lære seg noe genuint nytt, men at han eller hun skal praktisere sine teoretiske kunnskaper, og selv om arbeidstakeren utfører arbeid som tilsvarer det fast ansatte utfører og på denne måten fyller et arbeidskraftsbehov. Men de nevnte forhold vil kunne ha betydning i en helhetsvurdering av stillingens karakter.
- (84) Også arbeid med sikte på å gi opplæring eller kvalifisering innenfor et fagområde som utføres etter endt grunnutdanning, vil kunne være praksisarbeid i lovens forstand. Særlig gjelder det dersom arbeidet skjer som en integrert del av et utdanningsløp i regi av en utdanningsinstitusjon med sikte på formell kompetanse, og ganske særlig dersom arbeidet skjer i en øremerket praksisstilling. Dersom en arbeidstaker derimot gis permisjon fra sitt daglige virke for å delta på et kurs eller annen teoretisk utdanning, vil ikke stillingen av den grunn få karakter av praksisstilling selv om arbeidstakeren vil kunne praktisere sin nyvunne kunnskap når han eller hun er tilbake på jobb. Det vil heller ikke uten videre bli praksisarbeid om arbeidsgiveren sender arbeidstakeren på kurs i deler av arbeidstiden for å dyktiggjøre seg i arbeidet.
- (85) SEPREP-utdanningen, som A deltok på, skjedde i regi av en høyskole, var av to års varighet, hadde en ganske omfattende teoretisk del og stilte krav om at studentene gjennom hele studiet var i minimum 50 prosent stilling i arbeid med pasienter med alvorlige psykiske lidelser/psykoselidelser. Utdanningen ga studiepoeng og lønnsopprykk. Dersom A hadde hatt en stilling som var øremerket studenter ved SEPREP-utdanningen, finner jeg det klart at arbeidet ville måtte anses som praksisarbeid. Resultatet ville etter mitt syn blitt det samme dersom A på forhånd ikke hadde hatt arbeid for sykehuset, men hadde blitt tilbudt en stilling ved sykehuset med det formål å tilfredsstille utdanningens praksiskrav.
- (86) Slik var situasjonen imidlertid ikke. A hadde i lang tid forut for utdanningen – i stadig økende omfang – arbeidet som vikar ved sykehuset. I tiden rett forut for utdanningen hadde han et vikariat i 100 prosent stilling. Dersom han ikke hadde blitt tatt opp ved SEPREP-utdanningen, er det grunn til å tro at han hadde fortsatt som før med omfattende ekstravakter og muligens også faste vikariater. Jeg viser særlig til at han hadde ikke ubetydelige ekstravakter ved sykehuset i tillegg til stillingen på 50 prosent. Bortsett fra at A hadde krav på permisjoner for å følge undervisning og for selvstudium, fortsatte han sitt arbeid for sykehuset som før. De øvrige ansatte ved sykehuset som fulgte utdanningen, var fast ansatte. Lønnsmidlene til A ble tatt fra ledige vikarmidler, og A ble gitt prioritet fremfor andre vikarer ved ledige vikariater. Han vikarierte til enhver tid for navngitte personer.

- (87) På denne konkrete bakgrunn finner jeg at vikarelementet er klart mer fremtredende enn praksiselementet, slik at A også mens han deltok på SEPREP-utdanningen, må anses for å ha hatt vikariat i fireårsregelens forstand, ikke praksisarbeid.
- (88) Når arbeidet i 50 prosent stilling må regnes som vikariat og ikke praksisarbeid, oppstår det ingen ytterligere spørsmål om klassifiseringen av ekstravaktene A tok i tillegg – også dette arbeidet må anses som vikariat.
- (89) A ble sykemeldt fra vikariatet i 50 prosent stilling i begynnelsen av november 2006, og kom etter den tid ikke tilbake til sykehuset og stillingen, som etter avtalen skulle vare ut 2007. Da A ble sykemeldt, hadde han i tre år og sju måneder vært i sammenhengende midlertidig arbeid ved sykehuset i stillinger som kvalifiserer for fast ansettelse. Fireårskravet var således ikke oppfylt. Avgjørende for hans rett til fast ansettelse etter fireårsregelen vil derfor være om også sykemeldingsperioden skal regnes med. Det er ikke dokumentert at det var inngått avtale om ekstravakter utover i november/desember 2006 eller i 2007. Spørsmålet om sykemelding knytter seg derfor bare til vikariatet i 50 prosent stilling.
- (90) Lovens ordlyd – ”sammenhengende midlertidig ansatt” – kan tale for at det er arbeidsforholdet som sådan som skal regnes med, og ikke bare faktisk utført arbeid. En person er ansatt selv om han eller hun er sykemeldt. Noen sikker løsning på spørsmålet om hvorvidt perioder hvor den ansatte har vært sykemeldt skal regnes med, gir ordlyden imidlertid ikke.
- (91) I Ot.prp. nr. 12 (2003–2004), som blant annet hadde forslag om innføring av fireårsregelen i arbeidsmiljøloven 1977 § 58 A, heter det på side 21:
- ”... Kravet til ’sammenhengende’ innebærer imidlertid at ansettelsesforholdet skal være uavbrutt. Mindre avbrudd mellom to midlertidige ansettelsesforhold må derimot kunne tolereres. Det vil bero på en totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet, om kravet til ’sammenhengende’ er oppfylt eller ikke. Ved tolkningen av den tilsvarende formuleringen i tjenestemannsloven er det i forvaltningspraksis lagt til grunn en analogi fra folketrygdloven slik at avbrudd mindre enn 14 dager ikke avbryter ansettelsesforholdet. Dette må også være et utgangspunkt for tolkningen av den foreslåtte bestemmelsen i arbeidsmiljøloven.**
- Fravær i form av sykdom, permisjoner, militærtjeneste mv. hvor ansettelsesforholdet består avbryter ikke ansettelsesforholdet, men skal normalt gå til fradrag ved beregning av ansettelsesforholdets lengde. Kortere sykdomsfravær og ferie vil imidlertid ikke gå til fradrag ved beregning av ansettelsesforholdets lengde.”**
- (92) Proposisjonen ble senere trukket tilbake i påvente av Arbeidslivslovutvalgets utredning. Formuleringen om at fravær blant annet i form av sykdom normalt skal gå til fradrag ved beregningen av ansettelsesforholdets lengde, er imidlertid gjentatt ordrett i forarbeidene til arbeidsmiljøloven 2005. Jeg viser til NOU 2004: 5 side 562 og Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 333.
- (93) Som jeg tidligere har vært inne på, ble det i det endelige lovvedtaket ikke gjennomført en slik fullstendig harmonisering av reglene i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven som forslaget i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) tok sikte på. Dette svekker imidlertid etter mitt syn ikke i vesentlig grad rettskildevekten av de nevnte uttalelsene i forarbeidene. Uttalelsene er ikke knyttet opp mot forståelsen av de tilsvarende regler i tjenestemannsloven, og jeg

kan heller ikke se at det på annen måte kan utledes at den planlagte harmoniseringen var en forutsetning for at begrepet ”sammenhengende midlertidig ansatt” skal forstås slik forarbeidene gir anvisning på. Bakgrunnen for reverseringen, som ble foreslått i Ot.prp. nr. 24 (2005–2006), var at den nye regjeringen mente at adgangen til bruk av midlertidig ansatte var blitt for vid. Lite tyder på at man også ønsket endringer i forståelsen av kravet ”sammenhengende midlertidig ansatt”. Dersom det hadde vært tilfelle, ville det vært naturlig at det hadde vært kommentert i proposisjonen.

- (94) Arbeids- og inkluderingsdepartementet har i brev 14. juni 2006 (snr. 200603133) til Likestillings- og diskrimineringsombudet lagt til grunn at fravær i form av sykdom, permisjon med videre ikke skal komme til fradrag i ansettelsestiden. Det er vist til at dette vil samsvare med forståelsen av det tilsvarende begrep i § 15-3 andre ledd, hvor ansettelsestidens lengde får betydning for oppsigelsesfristen. Forholdet til uttalelsene i forarbeidene til § 14-9 femte ledd er ikke kommentert.
- (95) I juridisk litteratur er det noe ulikt syn på betydningen av sykefravær:
- (96) Jakhelln og Aune, arbeidsrett.no legger i note 14 til § 14-9 forarbeidenes utgangspunkt til grunn.
- (97) Borgerud, Due, Nordaas og Næss, Arbeidsrett side 253 uttaler derimot at forarbeidenes utgangspunkt ikke kan være riktig og begrunner dette med at en slik begrensning i så fall måtte ha fulgt direkte av lovens ordlyd.
- (98) I kommentaren til § 14-9 i Norsk lovkommentar, note 493 skrevet av Ingeborg Moen Borgerud, heter det at fravær blant annet i form av sykdom, normalt ikke skal komme til fradrag; det avgjørende vil være om ansettelsesforholdet formelt består. Det er vist til at dette vil være i samsvar med forståelsen av tilsvarende begrep i § 15-3 andre ledd.
- (99) Bjørnaraa, Gaard og Selmer, Norsk tjenestemannsrett side 334 legger til grunn at sykdom normalt skal komme til fradrag i tjenestetiden etter oppsigelsesreglene i tjenestemannsloven §§ 9 og 10.
- (100) Når lovens ordlyd gir rom for flere tolkningsalternativer, vil klare uttalelser i forarbeidene normalt måtte tillegges stor vekt. Det gjelder ikke minst i et tilfelle som dette hvor uttalelsene er gjentatt flere ganger i ulike forarbeider over tid.
- (101) Det kan imidlertid reises spørsmål om hensynet til harmonisering med arbeidsmiljøloven § 15-3, som regulerer frister for oppsigelse, likevel tilsier at sykdom over en viss tid ikke skal komme til fradrag. Det er ikke uten videre gitt at de to regelsettene skal forstås på samme måte på det aktuelle punkt – ulike hensyn kan gjøre seg gjeldende. Dersom det bør skje en harmonisering, oppstår det spørsmål om hvilke av de to forståelser som bør legges til grunn, og om løsningen bør bli den samme for alle de tilfeller forarbeidene omtaler – sykdom, permisjoner, militærtjeneste mv. Dersom det skal foretas en harmonisering, ser jeg derfor dette klart som en oppgave for lovgiver.
- (102) Min konklusjon er etter dette at sykefravær av en viss lengde skal gå til fradrag ved beregningen av fireårsregelen etter arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på hvor den nedre grensen går for fravær som skal trekkes fra, utover å nevne at den antydde grensen på 14 dager synes å være for knapp. I den foreliggende sak er sykefraværet på over ett år, og da må det klart gå til fradrag.

- (103) A har etter dette ikke vært sammenhengende midlertidig ansatt i fire år i stilling som omfattes av fireårsregelen, og har ikke krav på fast ansettelse. Sykehuset Innlandet HF må frifinnes.
- (104) Sykehuset Innlandet HF har lagt ned påstand om å bli tilkjent sakskostnader for alle tre instanser med 457 925 kroner. Av dette beløpet utgjør 37 000 kroner sakskostnader for tingretten og 60 000 kroner sakskostnader for lagmannsretten. Av det øvrige beløp utgjør 316 366 kroner salær for Høyesterett, mens resten er utgifter. I tillegg kreves rettens gebyrer dekket.
- (105) Sykehuset Innlandet HF har vunnet saken fullt ut. Den part som har vunnet saken, har som hovedregel krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Motparten kan imidlertid helt eller delvis fritas for erstatningsansvar hvis tungtveiende grunner gjør det rimelig, jf. tredje ledd, som nevner enkelte momenter det særlig skal legges vekt på.
- (106) Saken er av velferdsmessig betydning for A, og styrkeforholdet mellom partene kan tilsi fritak, jf. tredje ledd bokstav c. På den annen side har ankemotparten etter mitt syn bidratt til at saken har fått et vesentlig større omfang enn det var grunn til. Jeg viser særlig til min konklusjon om at kravet om fast ansettelse på grunnlag av den ulovfestede lære klart ikke kan føre frem. Også anførselen om at praksisarbeid og arbeidsmarkedstiltak skal telle med dersom arbeidstakeren ikke er i slikt arbeid på innslagstidspunktet, er etter mitt syn forholdsvis svakt fundert. På denne bakgrunnen finner jeg at A bare delvis kan fritas for erstatningsansvaret. Erstatningsbeløpet fastsettes skjønnsmessig til 100 000 kroner.
- (107) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Sykehuset Innlandet HF frifinnes.
 2. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler A 100 000 – etthundretusen – kroner til Sykehuset Innlandet HF innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
- (108) Dommer **Bårdsen**: Jeg er kommet til at anken må forkastes.
- (109) Jeg er enig med førstvoterende for så vidt gjelder om A har krav på fast ansettelse etter de ulovfestede regler, med hensyn til friststart etter arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd, og vedrørende tolkningen av ”praksisarbeid” i den samme bestemmelsens første ledd bokstav c. Etter mitt syn er det imidlertid ikke riktig å gjøre fradrag i tilsetningstiden for As sykemelding fra november 2006 til utgangen av 2007.
- (110) Etter ordlyden i arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd annet punktum skal man bygge på den tid vedkommende arbeidstaker har vært ”sammenhengende midlertidig ansatt”. Dette dekker A helt frem til utgangen av 2007 – også en sykemeldt arbeidstaker er ”ansatt” i lovens forstand.
- (111) Jeg viser videre til reglene om oppsigelsesfrister i § 15-3, hvor det avgjørende er hvor lenge vedkommende har vært ”ansatt ... sammenhengende”. Bestemmelsen viderefører

reglene i § 58 nr. 1-8 i arbeidsmiljøloven 1977, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 335. I forarbeidene til disse eldre reglene er uttalt at sykdom ikke kommer til fradrag ved beregningen av tilsetningstiden, se Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) side 70.

- (112) Fradrag i opptjeningstiden for sykemeldingsperioder forutsetter altså at det til arbeidstakers ugunst foretas en innskrenkende tolkning av ordlyden i § 14-9 femte ledd annet punktum – en tolkning som også bryter med hensynet til innbyrdes konsekvens i arbeidsmiljøloven.
- (113) Førstvoterende legger stor vekt på uttalelser i forarbeidene om at sykdomsfravær normalt skal gå til fradrag ved beregningen av ansettelsesforholdets lengde. Etter mitt syn må disse utsagnene ses i sammenheng med at man opprinnelig tok sikte på en mer fullstendig harmonisering mellom arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven. Et naturlig element var da å videreføre antatt praksis under tjenestemannsloven knyttet til fireårsregelen, blant annet med hensyn til hva som skulle inngå i opptjeningsgrunnlaget.
- (114) Forutsetningen om en slik felles regulering måtte man imidlertid – som førstvoterende har redegjort nærmere for – etter hvert forlate. Jeg kan ikke se at konsekvensene av denne grunnleggende endringen med hensyn til lovens innretning er viet oppmerksomhet i forarbeidene. Og det er etter mitt syn nokså åpent om man på noe tidspunkt gjennomtenkte spørsmålet om fradrag for sykemeldinger i dette nye lys. Etter mitt syn kan det for øvrig også stilles spørsmål ved selve forutsetningen om at det etter tjenestemannslovens regler skal gjøres fradrag for sykemeldingsperioder, jf. brevet fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet 14. juni 2006, som førstvoterende også nevner.
- (115) Jeg finner ikke støtte for en innskrenkende tolkning i lovgrunnen for fireårsregelen – at tidsforløpet indikerer et stabilt behov for arbeidskraft, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 218. Dette vedvarer også der den ansatte blir syk, og må eventuelt fylles med vikar for den sykemeldte, jf. arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstav b. Den ansattes behov for stillingsvernet etter fireårsregelen er heller ikke redusert på grunn av sykemeldingen, i noen tilfeller snarere tvert om.
- (116) Fradrag for sykemeldinger kan heller ikke forankres i arbeidsmiljølovens formål. En slik løsning kan derimot være egnet til å motvirke ønsket om et inkluderende arbeidsliv og likestillingshensyn, jf. arbeidsmiljøloven § 1-1 bokstav b, c og e. Jeg nevner i denne forbindelse at man var spesielt oppmerksom på at fireårsregelen skulle ha likestillingsmessig gunstige effekter, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 301. Jeg viser også til arbeidsmiljøloven § 15-8 og § 15-9 om styrket oppsigelsesvern under sykdom og i forbindelse med svangerskap, fødsel og adopsjon. Det harmonerer etter mitt syn dårlig med lovgrunnen bak disse reglene å gjøre fradrag for sykemeldingsperioder ved en midlertidig ansettelse som har slik varighet at den ellers ville kvalifisere til fast stilling.
- (117) Dommer **Tønder:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Bårdsen.
- (118) Dommer **Bruzelius:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Øie.
- (119) Dommer **Gjølstad:** Likeså.

(120) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Sykehuset Innlandet HF frifinnes.
2. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler A 100 000 – etthundretusen – kroner til Sykehuset Innlandet HF innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: