

# Gulating lagmannsrett

---

<b>INSTANS:</b>	Gulating lagmannsrett - Dom
<b>DATO:</b>	2008-02-08
<b>PUBLISERT:</b>	LG-2007-94292
<b>STIKKORD:</b>	Arbeidsmiljøloven § 14-12 m.v.
<b>SAMMENDRAG:</b>	En mann var innleid som bartender i en restaurant over flere måneder. Lagmannsretten fant at det forelå ulovlig innleie. Det var dissens vedrørende spørsmål om erstatning. <b>Henvisninger:</b> LOV-2005-06-17-62-§14-12 (Arbeidsmiljøloven)
<b>SAKSGANG:</b>	Bergen tingrett TBERG-2006-110743 - Gulating lagmannsrett LG-2007-94292 (07-094292ASI-GULA/AVD2).
<b>PARTER:</b>	A (advokat Sigurd-Øyvind Kambestad) mot Mood Restauranter AS (advokat Ole Rieck).
<b>FORFATTER:</b>	Lagdommer Håvard Romarheim, lagdommer Jon Atle Njøsén, ekstraordinær lagdommer Bjarte Eikeset. Meddommere: Torbjørn Reigstad, Gunvor Sen, Trygve Veum, Liv Cecilie Lycke.

**Henvisninger i teksten:** LOV-1915-08-13-6-§174 (Tvm1), LOV-1915-08-13-6-§180 (Tvm1), LOV-1976-12-17-100-§3 (Forsinkelsesrenteloven), LOV-1977-02-04-4-§58A (Aml), LOV-2005-06-17-62-§1-1 (Arbeidsmiljøloven), LOV-2005-06-17-62-§14-14 (Arbeidsmiljøloven), LOV-2005-06-17-62-§14-9 (Arbeidsmiljøloven), LOV-2005-06-17-62-§15-12 (Arbeidsmiljøloven), LOV-2005-06-17-62-§15-15 (Arbeidsmiljøloven)

---

Saken gjelder krav på erstatning ved ulovlig innleie av arbeidstaker.

A) inngikk 21.07.2005 midlertidig arbeidsavtale med Banco Restauranter AS som var ankemotpartens daværende navn, for perioden 01.05.2005 til 15.12.2005. I følge arbeidsavtalen ble A ansatt i stilling som bartender/servitør 94 timer per måned, men kunne i følge avtalen arbeide ekstra etter avtale med arbeidsgiver. Det ble inngått ny midlertidig arbeidsavtale 14.12.2005 for perioden 16.12.2005 til 31.01.2006 på samme vilkår. Videre fikk A ny midlertidig ansettelse for perioden 01.02.2006 til 01.02.2007, men nå i et selskap med navn Bartenderutleie AS. Timetallet ble redusert til 80, men stillingen var den samme og på samme vilkår som nevnt over. A ble fra 01.02.2006 utleid til fra Bartenderutleie AS til Mood Restauranter AS, tidligere Banco Restauranter AS.

Da A gjorde gjeldende at han var ulovlig innleid, ble det avholdt forhandlingsmøter i juni 2006, og 14.06.2006 ble partene enige om at arbeidsgiver skulle oversende et forslag til ansettelseskontrakt. Han fikk 16.6.2006 oversendt slikt forslag med en ukes frist for å ta stilling til dette. Et av punktene i forslaget til arbeidsavtale som ble oversendt inneholdt en klausul om at A ikke skulle kunne arbeide i potensielt konkurrerende virksomheter til arbeidsgiver uten samtykke fra arbeidsgiver, et samtykke som for øvrig ikke skulle kunne nektes uten saklig grunn. A ønsket dette punktet endret, noe arbeidsgiver ikke aksepterte bortsett fra å kunne gå med på at det ble inntatt en form for presisering om at A kunne ta arbeid på kafeer og lignende. Denne klausulen vil bli nærmere omtalt nedenfor. A tok ikke imot tilbudet om fast ansettelse. Han fortsatte å arbeide i Mood Restauranter AS og sluttet der i begynnelsen av september 2006 uten at nøyaktig dato er klarlagt. Han fikk deretter arbeid på Metro nattklubb i Bergen.

A reiste sak ved stevning av 27.07.2006 med krav om fast ansettelse samt erstatning. I senere prosesskrift ble påstanden endret til kun å gjelde krav om erstatning.

Bergen tingrett avsa dom 20.04.2007 med slik domsslutning:

1. Mood Restauranter AS frifinnes.
2. Hver av partene bærer egne saksomkostninger.

A anket dommen til lagmannsretten på grunn av uriktig rettsanvendelse og bevisvurdering. Mood Restauranter AS innga anketilsvar.

Ankeforhandling ble holdt i Bergen tinghus 08.01.2008. Foruten partsforklaringer ble det avhørt tre vitner. Det var oppnevnt tolk for ankende part, som var til stede under forhandlingene. Det ble foretatt slik dokumentasjon som rettsboken viser.

For så vidt gjelder sakens øvrige bakgrunn og partenes anførsler for tingretten vises det til tingrettens dom.

**Ankende part**, A, har i det vesentlige anført:

Det kreves erstatning etter arbeidsmiljøloven § 15-15 (2) jf. § 14-14 (2) da vilkårene for lovlig innleie etter § 14-12 (1) jf. § 14-9 (1) b ikke er til stede.

Arbeidsmiljøloven er ment å gi et sterkt vern til de ansatte, jf arbeidsmiljøloven § 1-1.

Det har fra ankemotparten ikke vært reist innvendinger mot erstatningskravets størrelse før i forbindelse partsforklaringen for lagmannsretten. Det gjelder både størrelsen på timegodtgjørelsen og antall timer A arbeidet i perioden fra februar til september 2006. At antall timer nå bestrides må retten se bort fra.

Ankende part har heller ikke avgitt noen erkjennelse i prosesskrift av 28.6.2007 som fratar ham noe erstatningskrav slik ankemotparten hevder. Uansett gjelder en slik erkjennelse bare fra det tidspunkt A fikk tilbud om fast ansettelse i juni 2006 og har derfor ingen betydning for kravet i forhold til tiden han var ansatt forut for dette.

Det var dessuten berettiget av A å avslå tilbud om fast ansettelse. Konkurransesklausulen som var inntatt i forslaget til avtale om fast ansettelse innebar langt strengere vilkår enn det som fremgikk av den midlertidige ansettelsen. A forsto ikke klausulen om samtykke til å arbeide ekstra som var inntatt i den midlertidige avtalen som noen konkurranseklausul, men kun som et krav om samtykke fra arbeidsgiver dersom han skulle arbeide mer enn det timetallet som var oppgitt der. Det var således en annen avtale A fikk tilbud om ved den faste ansettelsen. Han har følgelig krav på erstatning for perioden fra februar til september 2006.

Ifølge arbeidsmiljøloven § 14-12 (1) er innleie av arbeidstaker fra virksomhet som har til formål å drive utleie tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter § 14-9 (1). Ifølge sistnevnte bestemmelses bokstav b kan avtale om midlertidig ansettelse inngås for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat). Det er spørsmål om A var vikar. Det ble vedrørende vikarbegrepet vist til Jan Fougner m.fl.: Arbeidsmiljøloven med kommentarer, s 657-658 samt Rt-1989-1116 og Rt-2005-826 .

A har vært ansatt fra 01.05.2005 til september 2006, først i Banco Restauranter AS, senere via Bartenderutleie AS og har i realiteten vært sammenhengende midlertidig ansatt. Da han ble ansatt i Bartenderutleie AS fra 01.02.2006, var det ikke angitt noe om at han var vikar, selv om dette ikke er avgjørende. A har arbeidet for Mood Restauranter AS i over ett år og har da krav på ordnede forhold. Tre av dem som var midlertidig ansatt sluttet i februar 2006, og to av de fast ansatte gikk ut i permisjon. Det var da et betydelig behov for arbeidskraft i virksomheten. Fakturaer for perioden mars til september 2006 for utleie av barpersonale fra Bartenderutleie AS til Mood Restauranter AS beløper seg til vel en million kroner og representerer lønn for ca åtte bartendere. A var ikke vikar for alle disse. Men det viser at det foregikk omfattende innleie av bartendere og at det ikke var tale om noen lovlig midlertidig ansettelse.

Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-14 annet ledd at ved brudd på bestemmelsen i 14-12 kan den innleide arbeidstaker kreve erstatning fra innleier. Selve erstatningen fastsettes etter § 15-12 andre ledd. Det erstatningsmessige tap beløper seg i dette tilfellet til ca kr 70 000,-. Dessuten er det grunnlag for erstatning for ikkeøkonomisk skade idet arbeidsgiver fortjener « en smekk » ved at arbeidsgiver har tilpasset en liten stab og basert seg på innleie. Slik erstatning bør være i størrelsesorden kr 50 000,-.

For så vidt gjelder spørsmål om saksomkostninger er det uten nevneverdig betydning at ankende part endret påstanden til ikke å gjelde fast ansettelse, men utelukkende et krav om erstatning.

Det ble nedlagt slik påstand:

1. Mood Restauranter AS v/styrets leder dømmes til innen 14 - fjorten - dager å betale erstatning fastsatt etter rettens skjønn, med tillegg av den rente som er fastsatt i medhold av forsinkelsesrenteloven § 3,1. ledd første punktum regnet fra forfall til betaling skjer.
2. Mood Restauranter AS v/styrets leder dømmes til innen 14 - fjorten - dager å betale saksomkostninger for tingrett og lagmannsrett, med tillegg av den rente som er fastsatt i medhold av forsinkelsesrenteloven § 3,1. ledd første punktum - regnet fra forfall til betaling skjer.

**Ankemotparten**, Mood Restauranter AS, har i det vesentlige anført:

Det gjøres prinsipalt gjeldende at Mood Restauranter AS' innleie av A var rettmessig og at han derfor ikke har krav på erstatning siden han ble innleid som vikar etter arbeidsmiljøloven § 14-12 (1) jf § 14-9 (1) bokstav b.

Det er tilstrekkelig for å oppfylle vilkårene i bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-9 (1) b at vedkommende som er midlertidig ansatt dekker et arbeidskraftbehov og at vedkommende erstatter en eller annen arbeidstaker. Det er ikke ubetinget avgjørende at navnet på personen man vikarierer for er oppgitt eller varigheten. Det er heller ikke noen tidsmessig begrensning for vikariatene så lenge vikariatene er reelle. I nærværende sak ligger samlet vikartid langt under grensen på fire år som er grensen i arbeidsmiljøloven.

Den avgjørende i vår sak er perioden februar 2006 og frem til A sluttet i september 2006. Det er på det rene at flere var midlertidig ute av arbeid hos Mood Restauranter AS da A ble innleid i februar 2006. To var permittert, og det var behov for midlertidig arbeidskraft, men

ikke for permanent ny arbeidskraft. Videre foregikk også sommerferieavvikling i denne perioden.

Subsidiært, og dersom retten skulle finne at A ikke var innleid som vikar, må retten prejudisielt legge til grunn at A ikke hadde krav på fast ansettelse hos Mood Restauranter AS da dette ville være åpenbart urimelig etter arbeidsmiljøloven § 14-14 første ledd andre punktum. Dette innebærer at det ikke foreligger noe erstatningsgrunnlag, siden et erstatningskrav betinger at alle lovens betingelser for fast ansettelse var oppfylt.

A gikk på en konkurranseklausul i innleieforholdet. Han kan ikke i forbindelse med spørsmål om fast ansettelse kreve arbeidsvilkår som er bedre enn de han hadde under den midlertidige ansettelsen, se Jan Fougner m.fl., Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave s 694. A har forsøkt å presse frem en fast ansettelse på bedre vilkår enn han hadde i innleieavtalen. Han avsto å bli fast ansatt. Det vil være åpenbart urimelig å kreve fast ansettelse på slike vilkår etter arbeidsmiljøloven § 14-14 første ledd andre punktum. Det var dessuten gode grunner for arbeidsgiver til å innta en slik klausul siden det anses som svært negativt for en bedrift om bedriftens ansatte skulle ta et tilsvarende arbeid hos konkurrenter på andre tidspunkt i arbeidsuken enn på det tidspunkt de er på arbeid hos Mood Restauranter AS. Det vil bli oppfattet som negativt av de gjester og den målgruppe som Mood Restauranter AS retter seg mot. Videre vil det lett kunne oppstå interessekonflikter og lojalitetsproblemer. Dersom retten kommer til at vilkårene i ovennevnte bestemmelse foreligger og det ikke er grunnlag for erstatning, må det gjelde for hele perioden fra februar til september 2006, ikke bare fra da en avtale om fast ansettelse kunne vært inngått.

Atter subsidiært anføres det for det første at det ut fra de skjønnsmessige kriterier for om erstatning skal tilkjennes etter arbeidsmiljøloven § 15-12 andre ledd ikke er grunnlag for erstatning verken for økonomisk tap eller oppreisning. Det vises i denne forbindelse til As eget forhold og at han urettmessig krevde fast ansettelse på bedre vilkår enn han forut var innleid og ansatt som og avsto arbeidsgivers tilbud om fast ansettelse på tilsvarende/forbedrede vilkår. Dette var det ikke grunnlag for.

For det andre vises det til at A i prosesskriv av 28.06.2007 har erkjent at han ikke har krav på erstatning dersom hans tidligere arbeidsavtale inneholdt tilsvarende konkurranseklausul som Mood Restauranter AS ville ha inn i utkast til ny fast ansettelsesavtale. I forutgående avtale om innleie gjaldt en slik konkurranseklausul, jf « eksklusivitetsklausulen ». Det følger derfor uansett av As egen erkjennelse at hans erstatningskrav ikke kan tas til følge.

Ved beregningen av det økonomiske tapet vil det under enhver omstendighet ikke være grunnlag for erstatning etter at A fikk tilbud om fast ansettelse. Det er heller ikke grunnlag for oppreisningserstatning.

Ved spørsmål om saksomkostninger er det som hovedregel de påstander som er nedlagt i stevningen og tilsvaret med senere utvidelse som må være avgjørende, ikke de påstander som ble nedlagt da saken ble tatt opp til doms. Det vises i denne forbindelse til at A både for tingretten og lagmannsretten nedla påstand om fast ansettelse i tillegg til erstatning, men frafalt påstanden om fast ansettelse for både tingrett og lagmannsrett. Dette må få betydning for omkostningsspørsmålet.

Det ble nedlagt slik påstand:

1. Tingrettens dom, pkt. 1 stadfestes.
2. Mood Restauranter AS tilkjennes saksomkostninger både for tingrett og lagmannsrett.

**Lagmannsretten** bemerker:

Det fremgår av arbeidsmiljøloven § 14-12 første ledd at innleie av arbeidstaker fra virksomhet som har til formål å drive utleie, er tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter § 14-9 første ledd. Ifølge sistnevnte bestemmelse skal arbeidstaker ansettes fast. Men det kan gjøres unntak etter bestemmelsen. Etter § 14-14 andre ledd kan den innleide arbeidstaker kreve erstatning fra innleier ved brudd på bestemmelsene i § 14-12. Erstatningen fastsettes i samsvar med § 15-12 andre ledd hvor det fremgår av andre punktum at erstatningen skal fastsettes i samsvar med § 15-12 andre ledd. Ifølge sistnevnte bestemmelse skal erstatningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig.

Det *prinsipale* spørsmål er om innleien i dette tilfellet er lovlig.

Bestemmelsen i § 14-9 første ledd bokstav b er sentral i saken. Det er der gjort unntak fra hovedregelen om forbud mot midlertidig ansettelse for « vikariat ». Det fremgår av lovteksten at vikariater gjelder ansettelse for å utføre arbeidet i stedet for en annen eller andre. Dette er nærmere omhandlet i Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s 331 hvor blant annet følgende fremgår:

Vikarer skal utføre bestemte arbeidsoppgaver eller fylle en bestemt stilling, ved fravær av en eller andre arbeidstakere. Det er likevel ikke ubetinget avgjørende at navnet på personen man vikarierer for er oppgitt på forhånd. Det vil for eksempel være tillatt å benytte ferievikarer som avløsere i forbindelse med ferieavvikling, uten at disse vikariatene er knyttet til bestemte personer.

Vikariatsbegrepet er hentet fra tidligere arbeidsmiljølov § 58A nr 1 bokstav b. I forarbeidene til endringsloven av 1995 er det blant annet uttalt følgende om midlertidige ansettelser i Ot.prp.nr.50 (1993-1994) side 165:

Vikariatet må likevel være konkret begrenset i en eller annen form. Det antas således å være i strid med loven å inngå løpende kortvarige vikaravtaler for å dekke konstant behov for vikartjeneste innen f.eks. en større virksomhet med noenlunde stabil fraværprosent. I utgangspunktet er det likevel ikke i strid med loven å benytte samme vikar flere ganger, under forutsetning av at noen faktisk er fraværende og vikaren dekker et arbeidskraftbehov som skyldes fraværet.

Bestemmelsene i tidligere arbeidsmiljølov § 58A om en arbeidsgivers adgang til å inngå avtaler om midlertidig ansettelse har bakgrunn blant annet i lovgivers ønske om at arbeidstakere skal ha en rimelig grad av trygghet i sin arbeidssituasjon. I Innst.O.nr.2 (1994-1995) s 29 er det gitt uttrykk for at komiteens flertall så med « bekymring på utviklingen i arbeidsmarkedet, hvor det synes som om det gjøres stadig større bruk av midlertidige ansettelse, engasjementstillinger, korttidsansettelser, prosjektansettelser og inn/utleie av arbeidskraft og ansattes overgang til å bli selvstendige næringsdrivende m.m. »

Dette fremgår videre at dette etter flertallets oppfatning « kunne føre til at bedriftene gradvis innskrenker sin stab av faste ansatte til en viss « kjernestab », hvoretter restbehovet for arbeidskraft fylles opp med andre typer tilknytning til bedriften » - en utvikling arbeidsmiljøloven ikke burde medvirke til.

Det er i teorien også lagt til grunn at det må være adgang til å ansette noen for å utføre arbeid i en stilling som står ubesatt, for eksempel fordi tidligere stillingshaver er fratrudd og stillingen ikke er besatt, se Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (3.utg.), s 228.

Selv om det ikke er ubetinget avgjørende at navn på personen man vikarierer for er oppgitt på forhånd, er det på det rene at det verken i arbeidsavtalen som A inngikk med Bartenderutleie AS for perioden 01.02.2006-01.02.2007 eller i de foregående midlertidige arbeidsavtalene han inngikk med Banco Restauranter AS, er oppgitt noe slikt navn. Lagmannsretten legger videre til grunn at det heller ikke på annen måte har vært uttalt noe til A om at han var vikar for noen. Han har selv forklart at dette er noe han først har fått høre etter at saken har vært innbragt for retten.

Lagmannsretten legger på den annen side til grunn at det har vært arbeidstakere som har vært fraværende i den aktuelle perioden. Det har rett nok ikke vært fremlagt noen dokumentasjon som viser hvem som var fast og hvem som var midlertidig ansatt i perioden og hvordan det faktisk forholdt seg vedrørende fravær. Det har vært fremlagt en søknad om permisjon fra en av de fast ansatte, B, hvor det fremgår at hun 30.09.2005 søkte om permisjon fra bartenderstilling ved Mood nattklubb fra januar til og med juni 2006. Videre har en annen bartender som var fast ansatt, C, forklart at hun hadde seks måneders permisjon fra 01.01.2006 til 01.06.2006. Men det er ikke noe som tyder på at A var vikar for noen av disse idet han fortsatte å arbeide etter at deres permisjonsperioder var utløpt og de var kommet tilbake i arbeid. Det nevnes også at det var to eller tre bartendere som var midlertidig ansatt som sluttet i februar 2006. Det er også på det rene at det ble avvirket sommerferie i perioden.

Lagmannsretten legger videre til grunn at det var fra seks til åtte bartendere på arbeid om gangen. Det er opplyst at antallet var seks på rolige kvelder og at dette ble øket til åtte når det var travelt. Behovet for arbeidskraft underbygges også av fakturaer fra Bartenderutleie AS til Mood Restauranter AS for perioden mars til september 2006. Det er blitt fakturert for utleie av barpersonale i perioden for et samlet beløp i størrelsesorden vel kr en million. Lagmannsretten oppfatter at partene er enige om at dette tilsvarer lønnsutgifter til omtrent åtte bartendere.

Det legges etter dette til grunn at det ikke fremgikk noe konkret verken av avtalene eller på annen måte hvem det ble vikariert for eller i det hele at A var ansatt i et vikariat. Videre legges det til grunn at det rent faktisk ikke var noen sammenheng mellom de som var fraværende og As midlertidige ansettelse. Det kan ikke være tilstrekkelig å konstatere at det var et fravær i den aktuelle perioden. Det må være en forutsetning at vikaren dekker et arbeidskraftbehov som skyldes fraværet. Det siste blir uklart, når det i tillegg er et restbehov for arbeidskraft som i dette tilfellet. Lagmannsretten oppfatter situasjonen slik at Mood Restauranter AS i dette tilfellet i realiteten har en stab av fast ansatte, men at det er et restbehov for arbeidskraft som har vært dekket med andre typer tilknytning til bedriften. Som det fremgår ovenfor, ønsket man ikke at arbeidsmiljøloven skulle medvirke til en slik utvikling. Det er også lagt til grunn i teorien at en vikar bare lovlig kan tilsettes dersom vedkommende skal fungere i en eller flere bestemte personers fravær og må dekke et

midlertidig behov, se Fougner m.fl., s 658. Dette kan ikke ses å ha vært tilfellet i den stillingen A hadde.

Lagmannsretten er etter en samlet vurdering kommet til at det foreligger brudd på bestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 14-12 første ledd jf. § 14-9 første ledd bokstav b.

Ankemotparten har *subsidiært* anført at bestemmelsen i § 14-14 første ledd annet punktum må komme til anvendelse.

Hovedregelen etter arbeidsmiljøloven § 14-14 første ledd første punktum som omhandler virkningene av ulovlig innleie av arbeidstaker, er at retten etter påstand fra den innleide arbeidstakeren, skal avsi dom for at den innleide har et fast arbeidsforhold hos innleier. I vår sak er det som nevnt ikke nedlagt slik påstand, kun påstand om erstatning. Det følger av bestemmelsens andre ledd at den innleide arbeidstakeren kan kreve erstatning fra innleier ved brudd på bestemmelsene i § 14-12, og at erstatningen skal fastsettes i samsvar med § 15-12 andre ledd.

I følge bestemmelsen i § 14-14 første ledd andre punktum kan retten i særlige tilfeller, etter påstand fra innleier, bestemme at den innleide arbeidstakeren ikke har et fast arbeidsforhold dersom den etter en avveining av partenes interesser finner at dette vil være åpenbart urimelig. Ankemotparten anfører i denne forbindelse at dette leder til at A ikke har krav på erstatning siden det betinger at alle lovens vilkår for fast ansettelse er til stede. Det er herunder vist til at A avslo tilbud om fast ansettelse, noe han ikke hadde adgang til.

Som det fremgår over fikk A tilbud om fast ansettelse, men avslo dette grunnet en klausul i avtalen om at han ikke skulle kunne arbeide i potensielt konkurrerende virksomheter uten samtykke fra arbeidsgiver. I følge avtalens pkt. 3 fremgår følgende:

Dersom Arbeidstaker ønsker å arbeide på andre ukedager enn de hvor han skal arbeide for Arbeidsgiver, i potensielt konkurrerende virksomheter til Arbeidsgiver (nattklubber, diskotek, barer, restauranter c.l.) skal Arbeidstaker på forhånd drøfte dette med Arbeidsgiver. Arbeidsgiver og Arbeidstaker skal sammen forsøke å komme til enighet som ivaretar begge parters hensyn. Arbeidsgiver skal av konkurransemessige hensyn imidlertid alltid ha rett til å nekte Arbeidstaker å arbeide som bartender/servitør i konkurrerende virksomheter all den tid han er fast ansatt hos Arbeidsgiver. Samtykke kan dog ikke nektes uten saklig grunn.

Mood Restauranter AS gjør gjeldende at A ikke har krav på et fast ansettelsesforhold på bedre vilkår enn det som fremgår av leieforholdet. For så vidt gjelder leieforholdet er det vist til avtale av 20.01.2006 mellom KJS servering samt datterselskaper og Bartenderutleie AS. Mood Restauranter AS er KJS' datterselskap. Det fremgår av nevnte avtale under punktet «Eksklusivitet» at en person som er innleid hos KJS ikke har adgang «under noen omstendighet til å verken være ansatt, eller være utleid til konkurrerende virksomhet».

I følge Fougner m.fl., s 694 er det drøftet hva domstolen skal avsi dom for dersom det foreligger ulovlig innleie. Det uttales at domstolen må avsi dom for at arbeidsforholdet løper videre i en tidsbegrenset stilling og med et innhold tilsvarende leieforholdet. På bakgrunn av bevisførselen, finnes det ikke tilstrekkelige holdepunkter for at A var gjort kjent med ovennevnte punkt i avtalen mellom KJS og Bartenderutleie AS. Og det er vanskelig å forstå

As avtale med Bartenderutleie AS som inneholdende noen slik avtale. Det fremgår følgende av denne avtalen:

...

« The employee are hired as bartender/waiter

Hours a month 80

Exept from this the employee can work extra after agreement with employer. »

...

Slik lagmannsretten forstår teorien er det avgjørende hvilket innhold som objektivt fremgår i leieforholdet, ikke om arbeidstaker er kjent med dette eller at det direkte er gjort til en del av arbeidstakerens avtaleforhold. Dette tilsier at det ikke var anledning for A til å kreve bedre vilkår enn i leieforholdet og at han følgelig ikke kunne avslå tilbudet om fast ansettelse i dette tilfellet, siden det forelå en konkurranseklausul i leieforholdet, som neppe var strengere enn den som var inntatt i tilbudet om arbeidsavtale. Uansett finner lagmannsretten at det måtte være anledning for arbeidsgiver i dette tilfellet å stille slike vilkår som fremgår av pkt. 3 i forslaget til arbeidsavtale. Som bakgrunn for dette punktet er det fra ankemotparten vist til interessekonflikter som kan oppstå og til at det kan reises spørsmål ved hvor arbeidstakers lojalitet ligger. Det vises også til at det kreves saklig grunn for at arbeidsgiver skal kunne nekte å gi samtykke. Ytterligere er det vist til at arbeidstakeren ved dette ikke nektes å ta arbeid andre steder, men at han for eksempel vil kunne ta arbeid på kafeer. A har til dette bemerket at det ikke praktisk lar seg kombinere å arbeide på nattklubb og så arbeide på kafe på dagtid. Han har også gjort gjeldende at timeantallet han ble tilbudt i avtalen på 52 timer pr. måned var lite og at det da ikke kan være anledning for arbeidsgiver å innta nevnte konkurranseklausul som innebar at det ikke var mulig å ta ekstraarbeid ved andre restauranter. Lagmannsretten har forståelse for at arbeidsgiver har behov for å stille slike vilkår som nevnt. Det må etter lagmannsrettens syn være mulig å ta ekstraarbeid uten å komme i konflikt med nevnte klausul, og det kan ikke ses at dette stiller urimelige krav til arbeidstakeren.

Lagmannsretten er etter dette enig med ankemotparten i at det fra tidspunktet for da A ville vært fast ansatt dersom han hadde tatt imot tilbudet, ikke foreligger ulovlig innleie av A. Det vil da heller ikke være noe grunnlag for erstatning for tiden han var ansatt etter dette tidspunkt.

Før lagmannsretten går inn på spørsmålet om erstatningsutmåling, bemerkes det kort at det ikke finnes grunnlag for at A i prosesskrift av 28.06.2007 har erkjent å ikke ha krav på erstatning. Ankemotparten har vist til prosesskriftet hvor det fremgår at partene er enige om at A ikke har krav på erstatning dersom hans tidligere arbeidsavtale inneholdt en tilsvarende konkurranseklausul som den som fremgår av utkast til ny arbeidsavtale. På bakgrunn av at ankende part i samme prosesskrift bestrider at tidligere arbeidsavtale inneholdt noen tilsvarende konkurranseklausul og også har øvrige innvendinger mot rimeligheten av en slik klausul, finner lagmannsretten ikke grunnlag for denne anførselen.

Ankemotparten har gjort gjeldende at As avslag på fast ansettelse i juni 2006 må få betydning for hans rett til erstatning for perioden før nevnte tidspunkt og slik lagmannsretten forstår, på bakgrunn av de skjønsmessige kriterier for erstatningsutmålingen som fremgår av § 15-12 andre ledd. I følge bestemmelsen skal som nevnt erstatningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig.

Lagmannsretten har delt seg i et flertall og et mindretall i synet på dette spørsmål.

*Flertallet*, samtlige dommere med unntak av lagdommer Njøsén og meddommer Lycke, finner at A har krav på erstatning for den perioden da det forelå ulovlig innleie av ham. Han er for denne perioden påført et ikke ubetydelig økonomisk tap. Flertallet finner ikke at arbeidstaker er noe å bebreide i denne sammenheng. Tapet må alene anses oppstått fordi arbeidsgiveren slik nevnt over, i realiteten har basert seg på en stab av fast ansatte, men har dekket restbehovet for arbeidskraft med andre typer tilknytning til bedriften, hvilket ikke er i samsvar med arbeidsmiljøloven. Når det i et slikt tilfelle foreligger ulovlig innleie, finner flertallet ikke grunnlag for at erstatningsplikten skal bortfalle på bakgrunn av at A ikke tok imot tilbudet om fast ansettelse i juni 2006.

*Mindretallet*, lagdommer Njøsén og meddommer Lycke, finner at A ikke har krav på erstatning. Bestemmelsen i § 15-12 andre ledd er skjønnsmessig og gir ikke arbeidstaker en ubetinget rett til erstatning selv om det foreligger brudd på bestemmelsen i § 14-12. Mange personer ønsker å gå i vikariater selv om de etter arbeidsmiljøloven ville ha krav på fast ansettelse. Dette kan blant annet være begrunnet i at man ønsker større frihet i forhold til arbeidsgiver, blant annet til å ta arbeid hos andre arbeidsgivere. Mindretallet oppfatter at det er den manglende frihet i forhold til arbeidsgiver som er avgjørende for at A ikke tok imot tilbudet om fast stilling. Mindretallet legger til grunn at han med bakgrunn i at han ikke ville ta imot tilbud om fast stilling på de vilkår som arbeidsgiver gav i tilbud av 16.6.2006, uansett heller ikke ville tatt imot tilbud om fast stilling på et tidligere tidspunkt av samme grunn. Mindretallet finner det etter omstendighetene derfor ikke rimelig at A skal ha noen erstatning, som om han var fast ansatt i perioden frem til han fikk tilbudet, slik flertallet legger til grunn.

Basert på flertallets syn, skal det utmåles erstatning. Det oppfattes ikke å være noen uenighet om prinsippene for utmålingen. Denne er basert på at A skulle hatt tariffmessig lønn dersom han hadde vært ansatt hos Mood Restauranter AS og ikke innleid fra Bartenderutleie AS. Partene oppfattes å være enige om at slik lønn utgjorde kr 259 pr. time i perioden. As faste timelønn var kr 155, og differansen utgjorde følgelig kr 104. A har i prosesskrift 15.03.2007 samt under anførselene for tingretten oppgitt det totale timetall til 680 for perioden fra og med februar til han sluttet i begynnelsen av september 2006. Det har ikke vært innvendinger mot timetallet før i forbindelse med ankemotpartens partsforklaring for lagmannsretten. Det ble der gjort gjeldende at det registrerte faktiske antall timer var 378,5 for nevnte periode. Ankemotparten har etter lagmannsrettens syn hatt all oppfordring til å avklare dette tidligere og finner på denne bakgrunn ikke grunn til sette til side det timetallet som angitt ovenfor på 680 timer. Siden lagmannsretten har kommet til at det ikke var grunnlag for å avslå tilbudet om fast ansettelse, legges det til grunn at A kunne fått slik ansettelse og at dette ville funnet sted fra og med juli 2006. Det vises i denne forbindelse til tilbudet om fast ansettelse av 16.6.2006 med akseptfrist en uke senere. Dette innebærer at han skal ha erstatning for perioden fra og med februar til og med juni 2006, hvilket utgjør fem måneder. Da det ikke er tilstrekkelig avklart hvor mange timer A faktisk arbeidet i denne perioden, finner lagmannsretten at erstatningsutmålingen baseres på et gjennomsnittlig timetall pr måned. Lagmannsretten fastsetter på denne bakgrunn erstatningen for økonomisk tap til kr 50 000.

Selv om Mood Restauranter AS har grepet feil med hensyn til forståelsen av As ansettelsesforhold, finner lagmannsretten likevel ikke at dette er av en slik karakter at det gir grunnlag for erstatning for ikkeøkonomisk tap. Det legges i denne forbindelse også vekt på at Mood Restauranter AS etter at A i mai 2006 tok opp spørsmålet om å bli fast ansatt, har fulgt

opp dette tilfredsstillende både ved at det har vært avholdt forhandlingsmøter og ved at han rimelig raskt fikk oversendt forslag til arbeidsavtale.

Når det gjelder spørsmål om saksomkostninger må dette bedømmes etter tvml § 180 annet ledd. Mindretallet utformer ingen konklusjon vedrørende dette spørsmål idet hver dommer tar stilling til dette ut fra det realitetsstandpunkt vedkommende har til tvistegjenstanden. På bakgrunn av at ankende part senere har frafalt den påstand som ble nedlagt i anken om at ankende part var fast ansatt hos ankemotparten, må saken anses som dels vunnet og dels tapt, jf. tvml § 174 første ledd. Lagmannsretten finner likevel at bestemmelsens andre ledd bør komme til anvendelse, siden denne del av påstanden ble frafalt for tingretten, og da det ikke var noe som tilsa endring av påstanden for lagmannsretten berodde det åpenbart på en feil at det var nedlagt slik påstand i anken. Ankende part frafalt umiddelbart kravet i det påfølgende prosesskriv da han ble gjort oppmerksom på det i anketilsvaret. De vesentligste utgifter må anses voldt ved behandlingen av erstatningskravet som ankemotparten har tapt. Ankemotparten bør etter dette pålegges å erstatte motpartens saksomkostninger fullt ut. Advokat Kambestad har oppgitt omkostningene til kr 54.430, hvorav salær utgjør kr 45 000. I tillegg kommer rettsgebyr som utgjør kr 20 640. Omkostningene blir da totalt på kr 75 070. Omkostningsoppgaven legges til grunn.

Ved vurderingen av saksomkostninger for tingretten, legger lagmannsretten sitt eget resultat av saken til grunn. Også for tingretten skjedde slik endring av påstanden som nevnt ovenfor og bestemmelsen i tvml § 174 første ledd kommer til anvendelse hvoretter hver av partene bærer sine omkostninger. Lagmannsretten finner likevel ikke at bestemmelsens annet ledd bør komme til anvendelse ved bedømmelsen av omkostningsspørsmålet for tingretten. Lagmannsretten finner etter dette ikke grunn til å endre tingrettens avgjørelse av omkostningsspørsmålet.

Dommen er avsagt med slik dissens som fremgår ovenfor.

*Domsslutning:*

- 1. Mood Restauranter AS v/styrets leder dømmes til å betale kroner 50.000 - femtitusen - kroner, med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling finner sted.*
- 2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Mood Restauranter AS v/styrets leder til A 75.070 - syttifemtusenytti - kroner med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling finner sted.*  
*Oppfyllelsesfristen er 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne dom.*