

Rett til fast ansettelse etter fem år som midlertidig ansatt ved skole

11.12.2023 (2023/3221)

Saken gjelder spørsmål om rett til fast ansettelse etter langvarig ansettelse i midlertidig stilling. Da hennes siste ansettelseskontrakt på skolen utløp, hadde klageren i fem år vært midlertidig ansatt som lærer for elever med autismespekterforstyrrelse. Skolen hadde regelmessig fornyet hennes midlertidige kontrakter, uten å utlyse stillingene. Klageren oppfylte ikke kravet om undervisningskompetanse, men hadde en bachelorgrad i spesialpedagogikk. Samtidig som hennes siste kontrakt utløp, ansatte skolen andre personer som heller ikke hadde undervisningskompetanse til å ivareta liknende funksjoner som hun hadde dekket.

Sivilombudet kom til at klageren hadde krav på fast stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd. Bestemmelsen gir rett til fast stilling for personer som har vært midlertidig ansatt i mer enn tre eller fire år.

Hvis klageren derimot hadde vært midlertidig ansatt etter opplæringslova § 10-6, slik kommunen mente, ville hun ikke hatt rett til fast stilling. Ombudet kom til at klageren ikke hadde vært ansatt etter opplæringslova § 10-6. Grunnen til det var at skolen gjennom fem år ikke hadde utlyst stillingene som klageren hadde hatt. Skolen hadde dermed ikke forsøkt å tiltrekke seg kvalifisert personell. Vilkårene for å ansette

klageren midlertidig etter opplæringslova § 10-6 var da ikke oppfylt.

Ombudet ba kommunen om å sørge for at skolen fikk bedre kjennskap til regelverket om ansettelser, herunder kravet om at ledige stillinger skal utlyses. Ombudet ba også kommunen om å vurdere hvordan den kunne rette opp i uretten som var begått mot klageren, for eksempel ved å tilby henne en fast stilling som ikke krever undervisningskompetanse.

Sakens bakgrunn

(1) Våren 2023 søkte A (heretter omtalt som klageren) på en fast stilling som miljøterapeut ved X skole i Y kommune. Stillingen var ved en tilrettelagt avdeling for elever på ungdomstrinnet med autismespekterforstyrrelse. Da hun søkte stillingen, hadde klageren vært midlertidig ansatt ved den samme avdelingen siden 1. august 2018, altså i godt over fire og et halvt år. Hun hadde jobbet i undervisningsstilling uten godkjent utdanning, blant annet som kontaktlærer for flere elever.

(2) Klageren ble ikke innkalt til intervju til stillingen som miljøterapeut. Den 8. juni 2023 ble hun informert om at en annen søker hadde fått stillingen. Hun fikk senere opplyst at også ytterligere en person ble ansatt i den samme ansettelsesprosessen.

(3) Klageren har en bachelorgrad i spesialpedagogikk, men har ikke godkjent kompetanse som undervisningspersonell, jf. opplæringslova § 10-1 og forskrift til opplæringslova. Til den faste stillingen som miljøterapeut var det heller ikke krav om slik kompetanse.

(4) Med virkning fra høsten 2023 ansatte skolen også ytterligere en annen person, i en midlertidig undervisningsstilling. Personen som ble ansatt hadde, i likhet med klageren, ikke godkjent kompetanse som undervisningspersonell. Ansettelsen skjedde uten utlysning og uten at klageren fikk informasjon om at slik stilling var ledig. Hun fikk dermed ikke mulighet til å søke på denne stillingen.

(5) Klagerens siste midlertidige kontrakt ved skolen utløp 31. juli 2023. Klageren hadde da vært midlertidig ansatt ved skolen sammenhengende i fem år. Hun hadde hele tiden arbeidet i full stilling, bortsett fra en kort periode i februar og mars 2023 hvor hun bare hadde fått 72% stilling.

(6) Klageren brakte 7. juli 2023 saken inn for Sivilombudet. I klagen viste hun til arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd. Hun mente at hun hadde vært ansatt så lenge i midlertidig stilling at hun var å regne som fast ansatt etter den bestemmelsen. Hun ga uttrykk for at skolen også på flere andre områder hadde handlet i strid med arbeidsrettslige regler og prinsipper.

Våre undersøkelser

(7) Vi fant grunn til å undersøke saken nærmere. I brev 9. august 2023 ba vi Y kommune om å svare på en rekke spørsmål. Vi spurte blant annet om klageren etter kommunens syn hadde vært midlertidig ansatt i så lang tid at hun måtte anses som fast ansatt etter arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd.

(8) Vi stilte også flere spørsmål som gjaldt kommunens etterlevelse av kvalifikasjonsprinsippet ved ansettelser, reglene om fortrinnsrett for midlertidig ansatte og informasjonsplikten ved ledige stillinger i virksomheten.

(9) Kommunen svarte i brev til ombudet 30. august 2023. Kommunen erkjente at skolens praksis i ansettelsessaker på flere punkter har vært i strid med regelverket, blant annet ved at skolen hadde foretatt midlertidige ansettelser uten å utlyse ledige stillinger.

(10) Kommunen mente at arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd ikke kom til anvendelse i saken. Etter kommunens syn har klageren vært midlertidig ansatt etter opplæringslova § 10-6, ikke etter arbeidsmiljøloven. Kommunen erkjente samtidig at vilkårene for å ansette klageren etter opplæringslova § 10-6 ikke har vært oppfylt, fordi stillingene som klageren har hatt ikke har vært utlyst.

(11) Etter at kommunen mottok ombudets undersøkelsesbrev i saken, hadde kommunen vært i muntlig kontakt med skolens tidligere rektor. Rektoren hadde ifølge kommunen gitt uttrykk for at klageren hadde en «historikk» ved skolen som tilsa at hun var uegnet for de aktuelle stillingene, blant annet fordi hun ikke var «lojal til skolens vedtatte satsinger». Kommunen erkjente samtidig at det ikke forelå skriftlig dokumentasjon på at klagerens personlige egnethet hadde vært vurdert i de årene hun hadde vært ansatt ved skolen.

(12) Klageren sendte 18. september 2023 inn merknader til kommunens svar. Klageren imøtegikk kommunens syn på rettslige og faktiske spørsmål i saken. Klageren kjente seg ikke igjen i den tidligere rektorens fremstilling. Klageren mente at det reelt sett dreide seg om en faglig uenighet mellom henne og den tidligere rektoren om hvordan forholdene ved den tilrettelagte avdelingen burde innrettes for å møte elevenes særskilte behov. Før uenigheten oppsto, hadde det vært flere år med godt samarbeid, der den tidligere rektoren regelmessig hadde fornyet klagerens midlertidige kontrakter.

(13) Klageren vedla en rekke erklæringer, fra foreldre med barn ved den tilrettelagte avdelingen og fra to kolleger. Erklæringene støttet opp under klagerens versjon av konflikten med den tidligere rektoren. Foreldrene ga klageren svært gode skussmål som kontaktlærer for deres barn.

(14) Kommunen fikk oversendt klagerens merknader til orientering, med frist for eventuelle ytterligere kommentarer. Kommunen sendte ikke inn flere kommentarer.

Sivilombudets syn på saken

(15) Hovedspørsmålet i saken er om klageren hadde jobbet så lenge ved skolen i midlertidig stilling at hun måtte anses som fast ansatt.

Rettslige utgangspunkter – arbeidsmiljøloven og opplæringslova

(16) Utgangspunktet i lovgivningen er at arbeidstakere skal ansettes fast, jf. arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd. For at arbeidsgiver skal ha adgang til å ansette midlertidig, kreves det særskilt hjemmel. Hjemler for midlertidig ansettelse finnes i arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd og i opplæringslova § 10-6.

(17) Bestemmelsen i den nåværende opplæringslova § 10-6 er videreført i § 17-3 andre ledd i opplæringslova 2023, som ikke har trådt i kraft ennå.

(18) Etter arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd har arbeidstakere som har vært midlertidig ansatt i mer enn enten tre eller fire år (avhengig av hvilken hjemmel for midlertidig ansettelse i § 14-9 andre ledd som er benyttet) rett til fast stilling. Bestemmelsen lyder slik:

«Arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter andre ledd bokstav a, eller i mer enn tre år etter andre ledd bokstav b og tidligere f, skal anses som fast ansatt, slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse. Det samme gjelder for arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn tre år etter andre ledd bokstav a, b eller tidligere f i kombinasjon. Ved beregning av ansettelsestid skal det ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær.»

(19) Ved midlertidige ansettelser etter opplæringslova § 10-6 gjelder det derimot ingen slik rett til fast stilling. Bakgrunnen for dette er at lovgiver har prioritert hensynet til kompetansebehovene i skolen foran hensynet til midlertidig ansattes stillingsvern, jf. Høyesteretts dom i HR-2022-2049-A.

(20) Om klageren har vært midlertidig ansatt etter arbeidsmiljøloven eller etter opplæringslova er derfor avgjørende for om hun hadde rett til fast ansettelse eller ikke.

(21) Retten til fast ansettelse etter langvarig midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd innebærer at arbeidstakeren anses som fast ansatt, slik at de alminnelige reglene om oppsigelsesvern gjelder. Innholdet i den faste ansettelsen må vurderes konkret i den enkelte saken, og avhenger blant annet av karakteren av det midlertidige ansettelsesforholdet, jf. Ot.prp. nr. 54 (2008-2009), punkt 6.1.5 på s. 43-44. Departementet ga samme sted uttrykk for at «selv om det nærmere innholdet av en eventuell fast ansettelse kan være vanskelig å vurdere, er dette ikke et moment i vurderingen av om fireårsregelen er oppfylt.»

(22) I saken her er det uansett ikke tale om rett til fast ansettelse som undervisningspersonell, men eventuelt i stilling som ikke krever undervisningskompetanse. Det følger av de lovfestede kompetansekravene som gjelder for undervisningspersonell i skolen, jf. opplæringslova § 10-1 flg. og forskrift til opplæringslova.

Kompetansekravene for undervisningsstillinger og kravet om at stillinger skal utlyses

(23) Kommunen har gitt uttrykk for at klageren i hele perioden har vært midlertidig ansatt etter opplæringslova § 10-6, som lyder slik:

«Dersom det ikkje er søkjarar som fyller kompetansekrava for tilsetjing i § 10-1, kan andre tilsetjast mellombels. Med mindre det er avtalt ein kortare tilsetjingsperiode, skal tilsetjinga vare til og med 31. juli.»

(24) Det fremgår av ordlyden at bestemmelsen hviler på en forutsetning om at undervisningsstillinger i skolen skal utlyses for å tiltrekke seg kvalifiserte søkere, jf. også opplæringslova § 10-4 om utlysning av undervisningsstillinger. I Høyesteretts dom i HR-2022-2049-A, avsnitt 32, heter det om opplæringslova § 10-6: «Bestemmelsen åpner altså for å tilsette lærere uten godkjent utdanning, men bare midlertidig og kun dersom det ikke er kvalifiserte søkere.»

(25) Kravet til utlysning av undervisningsstillinger i skolen er også lovfestet i opplæringslova § 10-4. Etter bestemmelsen gjelder kravet om utlysning ikke for stillinger som er «ledige for eit kortare tidsrom enn seks månader», eller når arbeidsgiver skal tilby stillingen til en arbeidstaker som har fortrinnsrett etter blant annet arbeidsmiljøloven § 14-2.

(26) Også for andre ansettelse i det offentlige gjelder det som utgangspunkt et generelt krav om at ledige stillinger skal utlyses for å finne frem til kvalifiserte søkere, jf. eksempelvis statsansatteloven § 4.

(27) Opplæringslova § 10-6 gir hjemmel for å ansette undervisningspersonell uten undervisningskompetanse midlertidig, hvis det ikke finnes søkere som oppfyller lovens kompetansekrav. Opplæringslova § 10-1 om kompetansekrav for undervisningsstillinger lyder slik:

«Den som skal tilsetjast i undervisningsstilling i grunnskolen og i den vidaregåande skolen, skal ha relevant fagleg og pedagogisk kompetanse. Departementet gir nærmare forskrifter om krav til utdanning og praksis for den som skal tilsetjast i undervisningsstillingar på ulike årstrinn og i ulike skoleslag.»

(28) Forskrift 23. juni 2006 til opplæringslova har nærmere regler i kapittel 14 om kompetansekrav. For ansettelse i undervisningsstilling på ungdomstrinnet inneholder § 14-3 i forskriften flere alternativer med hensyn til hva slags utdanning som kreves for å oppfylle kravene til undervisningskompetanse.

Var klageren ansatt etter opplæringslova § 10-6?

(29) Vi forstår det slik at det i saken her er enighet om at klageren ikke oppfyller kravene til undervisningskompetanse. Klageren har derimot en bachelorgrad i spesialpedagogikk.

(30) Vi forstår også kommunen slik at ingen av de midlertidige stillingene som klageren hadde i femårsperioden fra 1. august 2018 til 31. juli 2023 har vært utlyst.

(31) Kommunen har i brev 30. august 2023, under henvisning til § 10-4, gitt uttrykk for at alle klagerens kontrakter «har hatt en varighet på seks måneder eller mindre». Det fremgår imidlertid av kontraktene som klageren har fremlagt at det ikke er riktig. Den første kontrakten gjaldt et tidsrom på 12 måneder, fra 1. august 2018 til 31. juli 2019. De senere kontraktene gjelder tidsrom på mellom fem og syv måneder. Det følger dermed direkte av opplæringslova § 10-4 at flere av de midlertidige stillingene skulle ha vært utlyst.

(32) Uansett fremstår det etter ombudets syn som rimelig klart at den sammenhengende ansettelsen av A i en periode på fem år fra 1. august 2018 til 31. juli 2023 ikke i realiteten var for å dekke en stilling som var «ledig for eit kortare tidsrom enn seks månader», jf. opplæringslova § 10-4. Også av den grunn gjaldt det etter ombudets syn vanlige krav til utlysning, slik at man fikk avklart om det meldte seg kvalifiserte søkere, før det eventuelt kunne foretas en ansettelse etter § 10-6.

(33) Slik også kommunen erkjenner, har det dermed vært en ulovlig praksis når skolen har ansatt klageren midlertidig i undervisningsstillinger, uten å først utlyse stillingene.

(34) Klagerens ansettelseskontrakter gir inntrykk av at det er noe tilfeldig hvilken hjemmel for midlertidig ansettelse skolen har vist til. I den første kontrakten (12-månederskontrakten) er det ikke oppgitt noen hjemmel for midlertidig ansettelse. I en av de senere kontraktene er det krysset av for at hjemmelen for midlertidig ansettelse var arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstav b (vikar), mens det i en annen kontrakt er krysset av for midlertidig ansettelse etter opplæringslova § 10-6, med tilføyelsen «ingen PPU». I flere kontrakter er både arbeidsmiljøloven §14-9 første ledd bokstav b og opplæringslova § 10-6 oppgitt som hjemmel for midlertidig ansettelse.

(35) Blant annet fordi det virker som skolen har vært lite bevisst på hvilken hjemmel for midlertidig ansettelse det er krysset av for og fordi skolens praksis på dette punktet ikke har vært konsekvent, har ombudet ikke funnet grunn til å legge større vekt på hvilken hjemmel som er oppgitt i kontraktene.

(36) Kommunen har i brev 30. august 2023 til ombudet erkjent at de midlertidige ansettelsene av klageren ikke har vært lovlige, blant annet fordi stillingene ikke ble utlyst. Ombudet forstår det slik at kommunen mener at klageren likevel har vært ansatt etter opplæringslova § 10-6 fordi det var skolens intensjon å ansette klageren etter den bestemmelsen, selv om vilkårene ikke var oppfylt. Ombudet er ikke enig i den forståelsen.

Forskjellen mellom saksforholdet her og Høyesteretts dom i HR-2022-2049-A

(37) HR-2022-2049-A gjaldt en kvinne som hadde vært ansatt som lærervikar etter opplæringslova § 10-6 i mer enn tre år. Hvis hun hadde vært midlertidig ansatt med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd bokstav b, ville hun hatt rett til fast ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd. Høyesterett kom imidlertid til at reglene om rett til fast ansettelse etter arbeidsmiljøloven ikke gjelder for personer som har vært midlertidig ansatt etter

opplæringslova § 10-6. Det er dermed fastslått av Høyesterett at langvarig midlertidig ansettelse etter opplæringslova § 10-6 ikke gir rett til fast ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd.

(38) Saken i HR-2022-2049-A lå imidlertid annerledes an enn saken her. I HR-2022-2049-A hadde kommunen utlyst stillingene i tråd med regelverket og forsøkt å skaffe personell med undervisningskompetanse. Det var først etter at det ikke lot seg gjøre å skaffe kvalifisert personell til stillingene, at skolen hadde ansatt ukvalifisert personell etter opplæringslova § 10-6. Det var i den saken ikke tvil om at vedkommende hadde vært midlertidig ansatt med hjemmel i § 10-6, og at vilkårene for det var oppfylt.

(39) Høyesterett ga uttrykk for at det var «et bevisst lovgivervalg» å ikke gi rett til fast ansettelse etter fire år som midlertidig ansatt etter opplæringslova § 10-6, jf. avsnitt 37 i dommen. Opplæringslova § 10-6 var et utslag av at kompetansebehovene i undervisningssektoren og hensynet til elevenes opplæring veide tyngre enn stillingsvernet til midlertidig ansatte i skolen. Den utvidede adgangen til midlertidig ansettelse etter § 10-6, der langvarig midlertidig ansettelse ikke gir rett til fast stilling, skal ivareta det særlige hensynet til behovet for kvalifisert personell i skolen. Det er derfor en forutsetning at kommunen først har forsøkt å skaffe kvalifisert personell.

(40) I vår sak har derimot skolen i en periode på fem år verken utlyst de midlertidige stillingene som klageren har hatt eller på annen måte forsøkt å tiltrekke seg personell med undervisningskompetanse til å fylle funksjonene. De hensynene som ble vektlagt da Høyesterett i HR-2022-2049-A kom til at langvarig midlertidig ansettelse etter § 10-6 ikke ga rett til fast stilling, gjør seg derfor ikke gjeldende på samme måte i saken her.

(41) Det tilsier etter ombudets syn at klageren har vært ansatt etter de alminnelige reglene om midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven § 14-9, og ikke etter opplæringslova § 10-6. Det vil samtidig innebære at den langvarige midlertidige ansettelsen av klageren har vært i strid med opplæringslova § 10-1 om kompetansekrav for undervisningsstillinger. Slik saken her ligger an, får ikke dette betydning for ombudets syn på saksforholdet.

Forholdet til EU-direktivet om midlertidige ansettelser

(42) Dersom klageren skulle anses å ha vært ansatt etter opplæringslova § 10-6, uten at hensynene som den bestemmelsen skal ivareta er relevante i saken, vil det også kunne komme i konflikt med klausul 5 i rammeavtalen til EU-direktivet om midlertidige ansettelser, jf. HR-2022-2049-A, avsnitt 55 flg.

(43) Etter klausul 5 i rammeavtalen til direktivet er medlemsstatene forpliktet til å gjennomføre minst ett tiltak for å hindre misbruk som følge av gjentatte midlertidige arbeidsforhold. Klausulen lyder slik, i norsk oversettelse:

«Tiltak for å hindre misbruk (klausul 5)

1. For å hindre misbruk som følge av gjentatte midlertidige arbeidsavtaler eller ansettelsesforhold, skal medlemsstatene etter samråd med partene i arbeidslivet og i samsvar med nasjonal lovgivning, nasjonale tariffavtaler og nasjonal praksis, og/eller

partene i arbeidslivet, når det ikke finnes tilsvarende rettslige tiltak for å hindre misbruk, treffe ett eller flere av følgende tiltak på en måte som tar hensyn til behovene i særskilte sektorer eller hos særskilte kategorier arbeidstakere:

- a. objektive grunner som berettiger fornyelse av slike arbeidsavtaler eller ansettelsesforhold,
- b. den maksimale samlede varigheten av de gjentatte midlertidige arbeidsavtalene eller ansettelsesforholdene,
- c. antall ganger slike arbeidsavtaler eller ansettelsesforhold kan fornyes.»

(44) Retten til fast ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd er et tiltak som nevnt i klausul 5 nr. 1 bokstav b, jf. HR-2022-2049-A, avsnitt 58.

(45) Et annet tiltak kan være å stille krav om «objektive grunner» som berettiger fornyelse av midlertidige arbeidsforhold, jf. klausul 5 nr. 1 bokstav a. Hensynet til å sikre kvalifisert personell i skolen er en slik objektiv grunn, jf. opplæringslova § 10-6 og HR-2022-2049-A, avsnitt 58 flg. I den saken konkluderte Høyesterett med at klagerens langvarige midlertidige ansettelse etter opplæringslova § 10-6 ikke ga rett til fast ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd. Dermed forelå det ikke et slikt tiltak som nevnt i klausul 5 nr. 1 bokstav b. Av den grunn ble det ifølge Høyesterett «avgjørende om § 10-6 oppfyller kravet om objektive grunner i klausul 5 nr. 1 bokstav a», jf. avsnitt 58 i dommen.

(46) Høyesterett viser i HR-2022-2049-A til praksis fra EU-domstolen, der det er fastslått at kravet til objektiv grunn innebærer at det må være en «bakenforliggende begrunnelse» for bruken av midlertidige ansettelser, både generelt og i den konkrete saken. Høyesterett skriver, i avsnitt 61 i dommen:

«For å oppfylle kravet til objektive grunner må behovet for gjentatte midlertidige ansettelser være presist og konkret begrunnet. Det må være mulig for domstolene å etterprøve om midlertidigheten oppfyller et reelt behov, om midlertidigheten er egnet til å ivareta behovet, og om den er nødvendig. I tillegg må det foretas en konkret helhetsvurdering av om gjentatte midlertidige ansettelser bærer preg av misbruk av ordningen. I den vurderingen kan det blant annet ha betydning hvor mange avtaler om midlertidig ansettelse som ble inngått.»

(47) I HR-2022-2049-A kom Høyesterett til at disse kriteriene var oppfylt i den saken. Høyesterett la særlig vekt på at formålet med midlertidigheten hadde vært å ivareta kompetansebehovene i skolen og reservere stillinger til formelt kvalifiserte lærere, jf. avsnitt 59 og 64.

(48) Saken her stiller seg annerledes. Det er ikke hensynet til å prioritere personell med godkjent utdanning som er grunnen til at klageren har vært midlertidig ansatt ved skolen i fem år. Skolen har ansatt klageren midlertidig i fem år, uten å søke etter personell med undervisningskompetanse. Det er dermed tvilsomt om kravet til «objektiv grunn» eller «reelt behov» er oppfylt.

(49) Når hensynet til å sikre kvalifisert personell i skolen i praksis ikke har hatt betydning for den langvarige midlertidige ansettelsen i saken her, foreligger det altså ikke en «objektiv grunn» som berettiger fornyelse av midlertidige arbeidsforhold, jf. klausul 5 nr. 1 bokstav a. Det kreves da at det foreligger et annet tiltak, som nevnt i bokstav b eller c, for å hindre misbruk av adgangen til midlertidige ansettelser. Retten til fast ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd er et slikt tiltak.

(50) Hvis man aksepterer en ansettelsespraksis der kommunene ansetter personell midlertidig etter § 10-6 uten utlysning og samtidig nekter den midlertidig ansatte fast stilling etter tre eller fire år, jf. arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd, kan det derfor være i strid med EU-direktivet om midlertidige ansettelser.

(51) Det følger av prinsippet om EØS-konform (eller "direktivkonform") tolkning at norsk rett, så langt som mulig, skal tolkes i samsvar med EØS-retten, jf. Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I). Forholdet mellom regelen i opplæringslova § 10-6 og regelen i arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd må derfor tolkes i lys av rammeavtalen og formålet med direktivet. Det fremgår av klausul 5 i rammeavtalen og praksis fra EU-domstolen at det sentrale formålet med direktivet er å hindre misbruk av adgangen til midlertidige ansettelser til å dekke reelt sett permanente behov for arbeidskraft.

Opplæringslova § 10-6 og misbruk av adgangen til midlertidige ansettelser

(52) Regelen om rett til fast ansettelse ved midlertidig ansettelse utover et visst tidsrom ble innført for å «aktivt motvirke at arbeidstakere skal bli gående på svært lange midlertidige kontrakter uten å kunne komme over i fast arbeid» og «avskjære muligheten for arbeidsgivere til å ansette flere personer etter hverandre i samme midlertidige engasjement», se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 15. Den nærmere utformingen av bestemmelsen har siden vært endret flere ganger, uten at det har betydning for saken her. Bestemmelsen er nå å finne i arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd. Det følger av sammenhengen mellom de ulike leddene i § 14-9 at midlertidig ansettelse, som det klare utgangspunkt, kun kan benyttes når behovet for arbeidskraft reelt sett er midlertidig, og innenfor de rammer som er oppstilt i bestemmelsen.

(53) Opplæringslova 10-6 er en særregulering som, på visse vilkår, gjør unntak fra de regler som ellers følger av arbeidsmiljøloven. Bestemmelsen er foreslått videreført i § 17-3 andre ledd i den nye opplæringslova, som ikke er i kraft ennå. I spesialmerknaden til den nye § 17-3, Prop. 57 L (2022-2023) s. 633, heter det om andre ledd:

«Andre ledd opnar for mellombels tilsetjing av andre enn dei som oppfyllar kompetansekrava, dersom det ikkje er søkjarar som oppfyller kompetansekrava etter første ledd, og vidarefører dagens lov §§ 10-6 og 10-6a. [...] Tilsetjing etter andre ledd krev normalt at lærarstillinga må ha vore lyst ut offentleg.»

(54) Ombudet tar ikke stilling til om klageren i saken her kunne vært ansett som midlertidig ansatt etter opplæringslova § 10-6, uten rett til fast ansettelse, hvis skolen hadde utlyst noen

eller de fleste av de midlertidige undervisningsstillingene som hun har hatt. Situasjonen i saken her er at skolen over en periode på hele fem år ikke har utlyst de aktuelle stillingene.

(55) Samlet sett er det ombudets inntrykk at klageren gjennom fem år har dekket et mer eller mindre permanent behov ved skolen. Det lange tidsrommet hun var ansatt, tyder etter ombudets syn i seg selv på at behovet var varig. Det trekker i samme retning at skolen, samtidig som klagerens siste kontrakt utløp, fikk behov for å ansette andre personer uten undervisningskompetanse ved den samme avdelingen. Det ble ansatt to personer etter utlysningen av fast stilling som miljøterapeut. Med virkning fra høsten 2023 ansatte skolen også en annen person uten undervisningskompetanse i en midlertidig stilling, til liknende funksjoner som klageren hadde fylt.

(56) Det kan ikke aksepteres at kommunene fører en praksis med midlertidige ansettelser etter opplæringslova § 10-6, uten å følge reglene i bl.a. § 10-4 om at undervisningsstillinger med en varighet på mer enn seks måneder skal utlyses. Hvis man godtar en slik ansettelsespraksis uten rett til fast ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd, vil det være i strid med formålet om å hindre at adgangen til midlertidig ansettelse misbrukes til å dekke reelt sett permanente behov. Dette er et sentralt formål bak både arbeidsmiljøloven § 14-9 og EU-direktivet om midlertidige ansettelser.

Innholdet i retten til fast ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd

(57) Ombudet har derfor kommet til at klageren må anses som fast ansatt etter arbeidsmiljøloven § 14-9 syvende ledd. Bestemmelsen gir rett til fast ansettelse når det midlertidige ansettelsesforholdet har vart i tre eller fire år, avhengig av hjemmelen for den midlertidige ansettelsen. Slik saken her ligger an er det ikke nødvendig å ta stilling til om det er treårsregelen eller fireårsregelen som kommer til anvendelse.

(58) Klagerens første midlertidige ansettelsesforhold begynte 1. august 2018. Hun skal derfor anses som fast ansatt i kommunen, med alminnelig oppsigelsesvern, med virkning senest fra 1. august 2022. Hun hadde på det tidspunktet vært sammenhengende midlertidig ansatt i fire år.

(59) Det nærmere innholdet i klagerens faste ansettelse må vurderes konkret, på grunnlag av innholdet i det midlertidige ansettelsesforholdet, jf. Ot. prp. nr. 54 (2008-2009), punkt 6.1.5, på s. 43-44, med videre henvisninger til rettspraksis, blant annet Rt-2006-1158. Der ga Høyesterett i avsnitt 45 uttrykk for at fastsettelsen av det nærmere innholdet av en eventuell fast ansettelse er «en oppgave som naturlig kan løses gjennom forhandlinger med deltakelse fra arbeidstakerorganisasjonene».

(60) I Ot. prp. nr. 54 (2008-2009), punkt 6.1.5, på s. 43-44 uttaler departementet at det kan oppstå tvil om innholdet i den faste stillingen i tilfeller hvor det det midlertidige ansettelsesforholdet har vært knyttet til varierende arbeidsoppgaver eller en varierende stillingsprosent. I saker hvor den midlertidig ansatte har hatt «en stabil tilknytning i en fulltidsstilling», mente departementet derimot at det ville være «enkelt å fastslå det nærmere

innholdet i den faste ansettelsen». I saken her er det imidlertid et særskilt moment at det uansett er tale om fast ansettelse i en stilling som ikke krever undervisningskompetanse. Det følger av de lovfestede kompetansekravene som gjelder for undervisningspersonell i skolen, jf. opplæringslova § 10-1 flg. og forskrift til opplæringslova.

Konklusjon

(61) Sivilombudet er kommet til at klagerens midlertidige ansettelser reguleres av arbeidsmiljøloven § 14-9. Konklusjonen bygger på en samlet vurdering av saksforholdet, i lys av opplæringslova § 10-4 og § 10-6, HR-2022-2049-A og rammeavtalen til EU-direktivet om midlertidige ansettelser.

(62) På denne bakgrunn ber ombudet om at kommunen vurderer hvordan den kan bøte på uretten som er begått mot klageren. Det kan for eksempel gjøres ved å tilby klageren en fast stilling som ikke krever undervisningskompetanse. Ombudet oppfordrer kommunen til å gå i dialog med klageren og eventuelt hennes fagforening om det nærmere innholdet i klagerens faste stilling. Ombudet ber også kommunen om å vurdere om forholdene i saken gir grunnlag for å gi klageren erstatning eller ikke, jf. arbeidsmiljøloven § 14-11 andre ledd med videre henvisninger.

(63) Ettersom ombudet har kommet til at klageren har rett til fast ansettelse, er det ikke nødvendig å gå inn på en del andre spørsmål som er reist i klagen og som ble tatt opp i vårt undersøkelsesbrev til kommunen.

(64) Ombudet gjør oppmerksom på at reglene som gjelder for ansettelser i kommunal sektor er nærmere omtalt i vårt veiledningshefte 7. desember 2021, [«Ansettelser fra A til Å»](#), som er tilgjengelig på ombudets hjemmeside.

(65) Kommunen har erkjent at skolens praksis med ikke å utlyse stillinger har vært i strid med regelverket. Ombudet ber om at kommunen sørger for at skolen blir bedre kjent med regelverket i ansettelsessaker generelt, og med plikten til å utlyse stillinger spesielt.

(66) Vi ber om tilbakemelding innen 6. februar 2024 på hvordan kommunen vil følge opp ombudets uttalelse overfor klageren.

11.12.2023 (2023/3221)