

Til: Wikimedia Norge
Fra: Simonsen Vogt Wiig

Ansvarlig advokat:
Lill Egeland

Vår ref.:
LEG/IMJ

Oslo
1. mars 2022

UTLYSNING AV VIKARIAT MED OVERLAPPINGSPERIODE

1 Innledning

Simonsen Vogt Wiig AS er bedt om å redegjøre for hvorvidt det i forbindelse med utlysning av en vikariatstilling som følge av at nåværende daglig leder – Astrid Carlsen (heretter "Carlsen") – er innvilget permisjon i 11 måneder, fra 1. mai 2022 til 1. april 2023, er adgang til å lyse ut en vikariatstilling med en overlappingsperiode opp mot fire (4) måneder.

Det vil ikke i denne saken være adgang ansette noen midlertidig med en overlappingsperiode på 4 måneder. Vi mener imidlertid at det er grunnlag for å avtale en overlappingsperiode på én måned, høyst to, for kompetanseoverføring og for å sikre en forsvarlig overføring av oppgaver fra vikaren til Carlsen.

For ordens skyld understreker vi at det ikke kan utelukkes at det i april 2023 er grunnlag for å ansette vikaren midlertidig i ytterligere fire måneder. Kriteriet for å kunne gjøre dette er at Wikimedia Norge kan dokumentere at det foreligger arbeid av midlertidig karakter i perioden fra Carlsen kommer tilbake frem til august 2023.

2 Rettslig utgangspunkt

Det klare utgangspunktet i arbeidsmiljøloven er at alle skal ansettes fast. Arbeidsmiljøloven § 14-9 (2) åpner likevel for midlertidige ansettelser i følgende tilfeller:

- a) når arbeidet er av midlertidig karakter,
- b) for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat),
- c) for praksisarbeid,
- d) med deltaker i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med arbeids- og velferdsetaten,
- e) med idrettsutøvere, idrettstrenere, dommere og andre ledere innen den organiserte idretten,
- f) for en periode på inntil tolv måneder. Slik avtaler kan omfatte inntil 15 prosent av arbeidstakerne i virksomheten, avrundet oppover, likevel slik at det kan inngås avtale med minst én arbeidstaker.

Sentralt i dette tilfellet er midlertidig ansettelse for arbeid i stedet for en annen eller andre etter bokstav b), da den midlertidige stillingen er som et vikariat for nåværende daglig leder –Carlsen – som skal ut i permisjon for en periode på 11 måneder.

For midlertidig ansettelse som følge av arbeid i stedet for en annen eller andre er det ikke noe krav om at det er en eller flere faste ansatte som skal være fraværende. Det er likevel ofte slik at det ansettes vikarer for en bestemt arbeidstaker, f.eks. som følge av permisjon, likevel slik at det er fullt mulig å ansette en vikar for en ubestemt krets personer.

Det fremgår likevel av lovens forarbeider at et vikariat må være konkret begrenset i en eller annen form, jf. Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) side 165. Det innebærer at dersom vikariatet ikke er konkret begrenset gjennom angivelse av en eller flere bestemte personers fravær, må fraværet – og dermed også vikariatet – konkretiseres på annen måte.

Særlige spørsmål kan oppstå når den personen som det vikarieres for kommer tilbake og arbeidsgiver i en overlappingsperiode ønsker å fortsette vikariatet fordi det knytter seg usikkerhet til hvorvidt den personen som kommer tilbake vil være i stand til fullt ut å gjenoppta sitt arbeid. Dette gjelder særlig i forbindelse med sykefravær, hvor vedkommende det vikarieres for ikke er i stand til å komme tilbake i arbeid for fullt eller det forsøkes med tilrettelegging etter arbeidsmiljøloven § 4-6. I slike tilfeller må det kunne legges til grunn at så lenge den faste stillingsinnehaveren ikke fullt ut kan utføre sitt tidligere arbeid, er det fortsatt slik at vikaren utfører arbeid i andres fravær.

Det må innebære at når det er tatt en endelig avgjørelse med hensyn til om den faste stillingsinnehaveren kommer tilbake, hvilket arbeid vedkommende skal utføre, og i hvilket omfang, så er det ikke lenger anledning til å ha en vikar for vedkommende.

Arbeidsgiver vil likevel i slike situasjoner ha en viss slingringsmonn, men det skal ganske mye til for at det kan argumenteres for at det er nødvendig med en slingringsmonn på hele fire (4) måneder, det vil eventuelt være i tilfeller hvor en arbeidstaker kommer gradvis tilbake grunnet sykefravær.

Det vil være lovlig å la en vikar bli i stillingen ut den tidsperioden som på forhånd er fastsatt, selv om den faste stillingsinnehaveren kommer tilbake før dette tidspunktet. I Rt-2005-1395 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg følgende:

Etter lagmannsrettens syn er det uten betydning at de to sykmeldte – etter det opplyste – kom tilbake i arbeid før 1. juli 2004. En arbeidsgiver må kunne opprette et vikariat med rimelig utstrekning for å sikre at behovet for arbeidskraft blir kontinuerlig dekket. Sykmeldinger gis vanligvis for en kortere period av gangen, og en arbeidsgiver vil normalt ikke vite når den aktuelle arbeidstaker blir friskmeldt.

Det som skiller saken for Wikimedia Norge fra Høyesteretts uttalelser er at arbeidstakeren det skal vikarieres for skal ut i permisjon for en periode på 11 måneder, men hvor det likevel er ønskelig med en overlappingsperiode frem til august 2023 som følge av at det av erfaring er en hektisk periode i tillegg til avvikling av sommerferie.

3 Vurdering og konklusjon

I lys av ovennevnte er det vår vurdering at det ikke vil være adgang til å inngå en midlertidig kontrakt med varighet frem til august 2023, da det allerede nå er kjent at Carlsen vil være tilbake i sin stilling fra april 2023.

Slik vi vurderer det vil det imidlertid være mulig å avtale en overlappingsperiode på én måned, høyst to, for å sikre en forsvarlig overføring av oppgaver fra vikaren til Carlsen.

Det vil imidlertid likevel være mulig å lyse ut en stilling som vikar for Carlsen frem til april 2023, men allerede i utlysningen spesifisere at det vil være mulig med forlengelse frem til august 2023. For å kunne

gjøre dette, må Wikimedia Norge kunne dokumentere at det fra april 2023 og frem til august 2023 foreligger en økt arbeidsmengde for en midlertidig periode som gjør at det foreligger et arbeid av midlertidig karakter og dermed ansette vedkommende midlertidig etter aml. § 14-9 (2) bokstav a).

Dersom Wikimedia Norge ikke kan dokumentere at det foreligger arbeid av midlertidig karakter i denne perioden, og den reelle begrunnelsen for ønsket om å ansette vikaren frem til august 2023 er at det er gunstig med litt ekstra hjelp gjennom sommeren, vil det ikke foreligge arbeid av midlertidig karakter etter aml. § 14-9 (2) bokstav a). Dersom sistnevnte er tilfellet er vår anbefaling å redusere lengden på vikariatet til å gjelde perioden Carlsen er ute i permisjon, likevel med en overlappingsperiode på én til høyst to måneder.

4 Kommentar til midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 (2) bokstav f)

Arbeidsmiljøloven § 14-9 (2) bokstav f) åpner for en generell adgang til midlertidig ansettelse for en periode på inntil tolv (12) måneder. Etter denne bestemmelsen trenger ikke arbeidsgiver å dokumentere at behovet er av midlertidig karakter og gir dermed en økt fleksibilitet.

Midlertidige ansettelse etter aml. § 14-9 (2) bokstav f) kan imidlertid kun gjelde 15% av de ansatte i selskapet, likevel slik at det alltid kan ansettes én person på dette grunnlag. I tillegg gjelder det en karantenetid på tolv (12) måneder, dersom personen som er ansatt midlertidig på dette grunnlaget ikke ansettes fast etter utløpet av perioden på tolv (12) måneder.

Vi anbefaler ikke å ansette en vikar for Carlsen på dette grunnlag av de grunner som fremgår nedenfor.

For det første har den nye regjeringen anbefalt å fjerne denne adgangen til midlertidige ansettelse på generelt grunnlag, da dette strider mot utgangspunktet om faste ansettelse. Regjeringen er av den klare oppfatning om at midlertidige ansettelse skal begrenses til situasjoner hvor det foreligger et særlig og tidsavgrenset behov. Forslaget om å fjerne adgangen ble fremmet 3. desember 2021. Det er imidlertid noe uklart når denne bestemmelsen eventuelt vil fjernes.

For det andre forstår vi det slik at det er ønskelig at vikaren for Carlsen skal tiltre så snart så mulig, selv om det mest sannsynlige er at vedkommende først tiltre i august 2023. Dersom Wikimedia Norge benytter den generelle adgangen til å ansette en vikar for Carlsen vil denne ansettelse under enhver omstendighet være begrenset til 12 måneder. Det innebærer at dersom vikaren kan tiltre tidligere enn august 2023, vil vedkommende ikke kunne utføre arbeid for Wikimedia Norge utover 12 måneders perioden.