

Sammanfattning

Fråga huvudsakligen huruvida en person har varit anställd hos arbetsgivaren sammanlagt mer än tolv månader under de senaste tre åren och därmed blivit berättigad till företrädesrätt till återanställning. Fortlöpande eller s.k. intermitterant anställning?

ARBETSDOMSTOLENDOM
2008-10-22
StockholmDom nr 81/08
Mål nr B 53/07**KLAGANDE**

R.H-M. i MALMÖ

Ombud: advokaten Claes Sandberg, Advokaten Claes Sandberg AB, Box 4,
231 05 SMYGEHAMN**MOTPART**

Malmö kommun, 205 80 MALMÖ

Ombud: advokaten Ulf Kjerulff, Cityadvokaterna i Malmö, Södergatan 14,
211 34 MALMÖ**SAKEN**

skadestånd

ÖVERKLAGAD DOM

Malmö tingsrätts, avd. 2, dom den 30 mars 2007 i mål nr T 1708-06

Tingsrättens dom, se bilaga.

R.H-M. har yrkat att Arbetsdomstolen med ändring av punkterna 2 och 3 i tingsrättens domslut, helt bifaller hennes talan samt befriar henne från skyldighet att betala ersättning för Malmö kommuns rättegångskostnader vid tingsrätten och förpliktar kommunen att ersätta hennes rättegångskostnader där med yrkat belopp.

Kommunen har bestritt ändring.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader i Arbetsdomstolen. R.H-M. har, för det fall kommunen skulle vinna målet, yrkat att Arbetsdomstolen med stöd av 5 kap. 2 § arbetstvistlagen förordnar att vardera parten ska bära sin rättegångskostnad.

Arbetsdomstolen har hållit huvudförhandling i målet. Vid denna har på begäran av R.H-M. hållits förnyat förhör under sanningsförsäkran med henne själv. Tingsrättens bandupptagningar av vittnesförhören med B.O., G-B.S., M.Z., M.Å., A.L. och F.H. har spelats upp. Malmö kommun har även åberopat viss skriftlig bevisning.

Till utveckling av sin talan har parterna anfört i huvudsak enligt vad som har antecknats i tingsrättens dom.

Domskäl

Har R.H-M. fått ett löfte om fortsatt anställning?

Arbetsdomstolen kommer i denna del till samma slutsats som tingsrätten, dvs. att det inte är visat att R.H-M. blivit lovad anställning efter den 30 juni 2005.

Har kommunen åsidosatt R.H-M:s företrädesrätt till återanställning?

En förutsättning för att R.H-M. ska anses ha haft företrädesrätt till återanställning är att hon vid anställningens avslutande hade varit anställd hos kommunen mer än tolv månader under de senaste tre åren. R.H-M. har gjort gällande att denna förutsättning varit uppfylld, medan kommunen har gett uttryck för det motsatta synsättet.

Det har i målet framkommit att R.H-M. sedan år 1979 har haft ett stort antal visstidsanställningar hos kommunen som sjukvårdsbiträde i form av vikariat och timanställningar. Beträffande den i målet aktuella treårstiden, dvs. under perioden den 30 juni 2002 – den 30 juni 2005, framgår följande av utredningen. R.H-M. hade sammanhängande vikariatsanställningar under perioderna februari – april 2003 och mars – juni 2005, dvs. under sammanlagt sju månader. Därutöver arbetade hon som timanställd 13 dagar i december 2002, 16 dagar under januari 2003, 29 dagar under perioden juni – december 2003, 2 dagar under perioden februari – maj 2004, 22 dagar under perioden juni – december 2004 samt 19 dagar under perioden januari – februari 2005. Hon har därmed under treårsperioden – inräknat de båda sammanhängande vikariatsanställningarna – faktiskt utfört arbete under sammanlagt drygt tio månader.

Vad parterna är oense om är hur man ska bedöma de perioder då R.H-M. inte har utfört arbete. R.H-M:s uppfattning är att hon har haft en sammanhängande anställning hos kommunen även under dessa perioder. Om även dessa tillgodoräknas, är det ostridigt att R.H-M. har uppnått den anställningstid som krävs för företrädesrätt till återanställning. Kommunens bestridande grundas på synsättet att R.H-M. haft anställning endast under de tider hon utfört arbete för kommunens räkning.

Kommunen menar att det i detta fall har varit fråga om vad som kallas intermittert anställning. Detta begrepp återfinns varken i anställningsskyddslagen eller i annan arbetsrättslig lagstiftning. Kännetecknande för intermittert anställning är att arbetstagaren endast arbetar vissa dagar i en vecka eller under vissa perioder och då endast på kallelse av arbetsgivaren. Det utmärkande är att det rör sig om ett nytt anställningsförhållande vid varje arbetstillfälle. Av betydelse för bedömningen av parternas inbördes förhållande är om arbetstagaren har rätt att tacka nej till ett erbjudande om arbete. Det är ytterst en bevisfråga i vad mån parternas förhållande har karaktären av en fortlöpande anställning. Det ankommer på arbetsgivaren att vid anställningsavtalets ingående att göra klart för den anställde att det arbete som avses ska vara intermittert (jfr AD 1975 nr 51 och 1975 nr 84).

Av utredningen framgår att kommunen sedan mycket lång tid har tillämpat ett system med intermittenta anställningar inom den sociala hemtjänsten. Kommunen har därvid använt ett formulär rubricerat ”Anställningsavtal och avtalsvillkor” vilket enligt kommunen har avsetts utgöra ett ramavtal i vilket kommunen anger de anställningsvillkor som ska gälla vid varje särskilt anställningstillfälle. Beträffande anställningsformen har i R.H-M:s fall angetts att det är fråga om ”anställning för viss tid (intermittent vikariat)”. Det framgår vidare av handlingen att den angivna timlönen baseras på heltidstjänstgöring, samtidigt som det i handlingen har utelämnats uppgift om sysselsättningsgraden.

Av det anförda framgår att den som anställningsavtal rubricerade handlingen ger uttryck för att anställningen var av intermittent natur. Handlingen kan inte i sig anses alldeles tydlig. Vid bedömningen av R.H-M:s anställningsförhållanden är emellertid även andra omständigheter av intresse. Redan det faktum att hon under mycket lång tid arbetat hos kommunen talar i viss mån för att hon varit införstådd med det system som tillämpades. Av särskild betydelse är det i målet ostridiga förhållandet att hon inte hade någon skyldighet att utföra arbete då hon erbjöds sådant. Till detta kommer att hon, som redan har framgått, under den aktuella treårsperioden tidvis arbetade i endast ringa utsträckning. Exempelvis arbetade hon under tiden juni 2003 – maj 2004 endast 31 dagar och under tiden juni – december 2004 endast 22 dagar. Det bör enligt domstolens mening ha framstått som klart för R.H-M. att hon inte kunde betraktas som anställd även under de relativt långa tider då hon inte faktiskt arbetat.

Med det ställningstagande som Arbetsdomstolen nu har gjort är det ostridigt dels att R.H-M. vid anställningens upphörande den 30 juni 2005 inte hade företrädesrätt till återanställning, dels att kommunen inte var skyldig att lämna henne besked enligt 15 § anställningsskyddslagen. Tingsrättens dom i denna del ska alltså stå fast.

Övriga frågor

I målet är upplyst att R.H-M. inte har varit medlem i någon facklig organisation. Det betyder att hennes rätt till övertidsersättning inte kan grundas direkt på det tillämpliga kollektivavtalet. Därmed saknas laglig grund för att bifalla hennes yrkande om allmänt skadestånd för avtalsbrott. Detsamma gäller hennes yrkande om allmänt skadestånd för kränkning av hennes rättigheter enligt anställningsavtalet. Arbetsdomstolen finner alltså att det i dessa delar inte finns anledning att ändra tingsrättens dom.

Sammanfattning, rättegångskostnader

Domstolens ställningstaganden innebär att tingsrättens dom såvitt gäller huvudsaken ska stå fast. Beträffande rättegångskostnaderna har R.H-M. anført att hon har haft skälig anledning att få saken prövad och att rättegångskostnaderna därför ska kvittas i båda instanserna. Arbetsdomstolen anser emellertid inte att det finns anledning att göra avsteg från huvudregeln om tappande parts ansvar för motpartens rättegångskostnader. Såvitt gäller

rättegångskostnaderna vid tingsrätten ska den överklagade domen alltså fastställas. R.H-M. ska vidare förpliktas att utge ersättning för kommunens rättegångskostnader i Arbetsdomstolen.

Kommunen har yrkat ersättning för rättegångskostnaderna i Arbetsdomstolen med 123 722 kr, varav 112 500 avser ombudsarvode. Kommunen har därvid anfört att omkring 60 000 kr av det yrkade beloppet avser merkostnader i form av arvode och reskostnader som uppkom i samband med att en av Arbetsdomstolen utsatt huvudförhandling i mars 2008 fick ställas in på grund av vårdslöshet från R.H-M:s sida. R.H-M. har som domstolen uppfattat saken inte vitsordat att det av kommunen yrkade beloppet är skäligt.

Arbetsdomstolen har förståelse för att det för kommunens del uppkom merkostnader med anledning av att den utsatta huvudförhandlingen ställdes in. Med hänsyn till att utredningen i Arbetsdomstolen har varit densamma som vid tingsrätten anser domstolen att kommunen likväl får anses skäligen tillgodosedd med ett belopp avseende arvode om 85 000 kr.

Domslut

1. Arbetsdomstolen fastställer tingsrättens domslut i överklagade delar.
2. R.H-M. förpliktas att ersätta kommunen för rättegångskostnader i Arbetsdomstolen med nittiosextusentvåhundraötjugotvå (96 222) kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Ledamöter: Michaël Koch, Håkan Torngren och Bo Almgren. Enhälligt.

Sekreterare: Inge-Marie Nilsson

Tingsrättens dom (ledamöter: Gunilla Zetterberg, Krister Maxedius och Linda Rasmussen)

PARTERNAS TALAN M M

R.H-M. har under flera år haft tidsbegränsade anställningar som undersköterska inom kommunens sociala hemtjänst. Under tiden den 1 mars-30 juni 2005 innehade hon ett vikariat och tjänstgjorde natt. Hennes månadslön var 17 700 kr och det genomsnittliga ob-tillägget uppgick till 3 300 kr i månaden. För tiden efter den 30 juni 2005 har hon inte erbjudits fortsatt anställning.

R.H-M. har yrkat förpliktande för kommunen att till henne utge

1. a) skadestånd på grund av brutet anställningslöfte med 282 240 kr (21 000 kr x 12 månader jämte semesterersättning med 12 procent), alternativt
- b) skadestånd för brott mot lagen om anställningsskydd med 282 240 kr avseende ekonomiskt skadestånd och 35 000 kr avseende allmänt skadestånd,
2. övertidsersättning med 1 500 kr för arbete nattetid under 10,23 timmar jämte allmänt skadestånd med 5 000 kr,
3. allmänt skadestånd med 50 000 kr för kränkning av R.H-M:s rättigheter enligt anställningsavtalet genom kommunens underlåtenhet att utreda eller låta utreda anklagelse om brott samt
4. ränta enligt 6 § räntelagen på 147 000 + 6 500 kr från dagen för delgivning av stämningsansökan och på 135 240 kr från den 1 juli 2006, allt tills betalning sker.

R.H-M. har även yrkat förbehåll om rätt att i senare rättegång föra talan om ersättning för skada avseende tid efter huvudförhandlingen.

Kommunen har bestritt yrkandet. Kommunen har som skälig ersättning under a) och b) vitsordat ett belopp motsvarande månadslönen utan ob-tillägg tom augusti 2005 samt allmänt skadestånd med 5 000 kr för brott mot formalia och 20 000 kr för brott mot företrädesrätt. Vidare har kommunen vitsordat yrkat belopp, 1 500 kr, för övertidsersättning samt sättet att beräkna ränta.

Parterna har till grund för och utveckling av sin talan anfört följande.

R.H-M.:

Under tiden den 1 mars-30 juni 2005 vikarierade hon på en tjänst som innehades av I.Å. I slutet av mars eller början av april 2005 fick hon löfte att få fortsätta anställningen efter den 30 juni såsom fortsatt vikarie för I.Å. och, i fall av I.Å:s återgång i tjänst, som vikarie på G-B.S:s och B.O:s tjänster under deras respektive semestrar. Löftet lämnades av A.L., som då var enhetschef, via arbetsledaren F.H. R.H-M. begärde och fick anstånd med att lämna besked. Samma natt bekräftade hon skriftligen att hon stod till förfogande. I.Å. har ännu inte återgått i tjänst.

Den 17 maj 2005 kallades R.H-M. till ett möte med personalsekreteraren. Närvarande vid mötet var även S.K., som efterträtt A.L. som enhetschef. S.K. påstod att R.H-M. under anställningen gjort sig skyldig till olaga hot och våld mot tjänsteman riktat mot F.H. under en diskussion avseende frågan om övertidsersättning. R.H-M. förnekade brott eller annat otillbörligt handlande och förklarade sig kunna styrka sin oskuld med vittnen. På hennes fråga om arbetsgivaren skulle göra en polisanmälan eller föranstalta om internutredning svarade S.K. att arbetsgivaren ansåg det, utan vidare utredning, klarlagt att händelsen ägt rum och att R.H-M. till följd därav inte skulle erbjudas fortsatt anställning efter den 30 juni 2005. S.K. har vid ett telefonsamtal med R.H-M. i slutet av maj 2005 upprepat vad hon sagt vid mötet samt tillagt att muntligt avtal om fortsatt anställning inte gäller. Vidare har hon i samtalet vägrat att lämna ut F.H:s anmälan eller skriftliga uppgift om det påstådda hotet. S.K. gjorde också gällande att R.H-M:s version av händelsen saknade intresse och tillade att ”det räcker att F.H. uppfattat det så”. Slutligen förklarade S.K. att R.H-M. inte skulle få fortsatt anställning trots att hon var en ”duktig undersköterska”.

Den påstådda kontroversen med F.H. gällde en enligt R.H-M. felaktig tillämpning av det gällande kollektivavtalets (AB05) regler om övertidsersättning. Av avtalets § 6 Mom 1 framgår att arbetstagare är skyldig att godta schemaändring. Av anmärkningarna till stadgandet, punkt 1, framgår implicit att arbetstagaren före schemaändringen skall tillfrågas. R.H-M:s sista anställning avsåg tiden den 1 mars-30 juni 2005. Hon var schemalagd för arbete natten den 1-2 mars men samma dag som arbetspasset påbörjades blev detta nattpass avbokad av F.H. Enligt avtal skulle full ersättning likväl ha utgått. R.H-M. tjänstgjorde därefter nätterna den 2-3, 3-4 och den 6-7 mars, då hon enligt schemat skulle ha varit ledig. Enligt avtal skulle övertidsersättning utgå för dessa tre nätter, eftersom schemaändringen inte heller i denna del var förankrad hos henne. På hennes förslag kvittades dock en av nätterna mot natten den 1-2 mars, varjämte ersättning för en natt utbetalades. Ersättning för den resterande natten utlovades men löftet fullföljdes inte. Efter samtal med S.K., som hänvisade till information lämnad av F.H., tog R.H-M. upp frågan med den senare. F.H. blev irriterad och har sannolikt på grund därav framfört anklagelsen om hot.

Brutet löfte om fortsatt anställning.

R.H-M. har blivit lovad fortsatt vikariat på I.Å:s tjänst efter den 30 juni 2005. Om kommunen hållit det genom A.L. lämnade löftet, skulle R.H-M. ha fått fortsatt anställning och skulle anställningen ha pågått under den tid hon begär ekonomiskt skadestånd. I.Å. har nämligen ännu inte återgått i tjänst. Arbetsgivaren har inte utan sakliga skäl haft rätt att ensidigt återta löftet. Kommunen har inte haft sådana skäl. Kommunen är därför skyldig att utge ersättning för ekonomisk skada till följd av löftesbrottet. Dock vitsordas att giltigt skäl för återtagande av löftet föreligger, om det styrks att R.H-M. gjort sig skyldig till påstått olaga hot.

R.H-M. hävdar att F.H. som överbringat besked från A.L., har haft behörighet att bevilja R.H-M. anstånd med att lämna svar samt att F.H. också

har haft behörighet att lämna löfte om fortsatt vikariat på ifrågavarande tjänst.

R.H-M. har alltsedan den 1 juli 2005 varit anmäld som arbetssökande men är sedan tidigare utförsäkrad, innebärande att hon inte uppburit arbetslöshetsersättning. Sedan den 1 juli 2006 har hon annat arbete. Den ekonomiska skadan per den dagen uppgår till yrkat belopp. Eftersom arbetet i sin helhet skulle ha varit förlagt till natten, skall kollektivavtalsenligt ob-tillägg ingå i ersättningen liksom kollektivavtalsenlig semesterersättning då semester inte skulle ha lagts ut under ifrågavarande tid.

Brott mot lagen om anställningsskydd.

Enligt 15 § lagen om anställningsskydd skall arbetstagare, som anställts för begränsad tid men inte erbjuds fortsatt anställning, lämnas skriftligt besked om detta senast en månad före anställningens upphörande, förutsatt att arbetstagaren vid den tidpunkten varit anställd hos arbetsgivaren sammanlagt mer än tolv månader under de senaste tre åren. R.H-M. hade under tiden fr o m den 1 juli 2002 haft olika tidsbegränsade anställningar hos kommunen uppgående till en sammanlagd tid om drygt 23 månader. Kommunen har inte lämnat ifrågavarande skriftliga besked.

R.H-M:s uppfattning är att hon varit anställd under den tid som anges under ”Anställningstid” i varje avtal hon tecknat med kommunen, vilka avtal varit rubricerade som ”Anställningsavtal och anställningsvillkor”.

Skulle R.H-M:s yrkande på grund av brutet löfte om fortsatt anställning inte vinna bifall, görs gällande följande. R.H-M. har varit berättigad till besked enligt 15 § lagen om anställningsskydd. Kommunens underlåtenhet att lämna besked har medfört att hon inte informerats vare sig om företrädesrätt till återanställning eller förfaringssättet i fall av tvist. Det allmänna skadeståndet bör i denna del bestämmas till 10 000 kr.

R.H-M. har redan genom kontakterna med S.K. anmält anspråk på företrädesrätt till återanställning. I.Å:s tjänst var ledig och skulle inom ramen för företrädesrätten ha erbjudits R.H-M.

Kommunens underlåtenhet i denna del har åsamkat henne ekonomisk skada i samma omfattning som angetts beträffande det brutna löftet om anställning. Till detta kommer rätt till allmänt skadestånd. Detta bör med hänsyn till den långa sammanlagda anställningstiden och omständigheterna i övrigt sättas högt och bestämmas till 25 000 kr.

Rätt till övertidsersättning.

Av det ovan anförda har framgått att R.H-M. vid tre tillfällen under mars 2005 utfört arbete utanför fastställt arbetsschema, att schemaändringen genomförts utan att hon först tillfrågats och att AB05, vilket utgjorde en del av anställningsavtalet, vid sådant förhållande berättigar till övertidsersättning för arbetad tid utöver schemalagd sådan. Den ersättningsberättigade tiden uppgår till 10,23 timmar och skall, då den avsett nattarbete, ersättas som kvalificerad övertid. Eftersom ersättningen är kollektivavtalsreglerad,

berättigar kommunens vägran att betala ersättningen R.H-M. till allmänt skadestånd som skäligen bör bestämmas till 5 000 kr.

Kränkning av R.H-M:s rättigheter enligt anställningsavtalet.

F.H:s anklagelse innefattar påstående om att R.H-M. gjort sig skyldig till brottslig gärning. Kollektivavtalet, som blivit en del av hennes anställningsavtal, innebär en ömsesidig förpliktelse att iakttaga saklighet rent allmänt och för arbetsgivaren att inte anklaga en arbetstagare utan att utreda saken. Kommunen har vägrat att utreda anklagelsen mot R.H-M. och har därigenom brutit mot anställningsavtalet och kränkt R.H-M:s rättigheter enligt avtalet. På grund härav är kommunen skyldig att utge allmänt skadestånd.

Malmö kommun:

R.H-M. hade sedan 1979 arbetat från och till hos kommunen. Ibland innehade hon vikariat men de flesta gånger var hon intermittent anställd. Den senare anställningsformen innebar att hon för en period om någon eller några månader stod till kommunens förfogande för tillfälliga arbeten men utan skyldighet att anta ett erbjudande om arbete. Hon var sålunda uppförd på en lista över personer som var villiga att bli uppringda och tillfrågade om tillfälliga arbeten och för vilka det stod fritt att tacka nej. Anställningsavtal ingicks för varje tillfälle R.H-M. tackade ja till ett erbjudande. Anställningsvillkoren var överenskomna i förväg att gälla för den period om någon eller några månader under vilken R.H-M. ställt sig till förfogande. Handlingen med dessa villkor innebar trots sin rubricering inte något avtal om anställning för perioden ifråga utan ett avtal om vad som skulle gälla i det fall R.H-M. gick in och arbetade. Ett anställningsavtal förpliktar båda parter till skillnad mot vad som gäller vid intermittent anställning; R.H-M. var inte skyldig att anta ett erbjudande om arbete och kommunen var heller inte förpliktad att tillfråga alla på listan över personer som stod till förfogande.

Brutet löfte om fortsatt anställning.

Kommunen har inte vare sig genom A.L. via F.H. eller genom F.H. givit R.H-M. löfte om anställning efter den 30 juni 2005. Ett muntligt löfte skulle under alla förhållanden ha accepterats genast och någon sådan accept har inte kommit kommunen till hända. F.H. hade inte rätt att för kommunens räkning ingå anställningsavtal. Hon hade endast rätt att vid kortvariga tillfälliga behov ringa upp personer som enligt listan stod till förfogande och anställa dem för det uppkomna behovet. Det var väl känt att F.H., som var coach, inte hade rätt att ingå anställningsavtal. Eftersom kommunen inte givit löfte om fortsatt anställning som accepterats, saknas grund för yrkat skadestånd.

Den 2 maj 2005 diskuterade R.H-M. och F.H. övertidsersättning. Vid detta tillfälle uppträdde R.H-M. hotfullt på ett sådant sätt att F.H. kände sig starkt hotad och mycket rädd. R.H-M. hotade även indirekt S.K.

Brott mot lagen om anställningsskydd.

Det är riktigt att kommunen inte har lämnat sådant besked som anges i 15 § lagen om anställningsskydd. Skyldighet för kommunen att lämna besked

hade inte inträtt. Sådan skyldighet skulle ha förelegat om R.H-M. under de senaste tre åren varit anställd 361 dagar eller mer. R.H-M. hade fr o m den 1 juli 2002 varit anställd endast 312 dagar, s k LAS-dagar. Kommunens sätt att beräkna anställningstiden för intermittert anställda har tillämpats under många år utan erinringar. R.H-M. har inte visat på några felaktigheter i kommunens beräkning och det är inte sannolikt att beräkningen är behäftad med fel av betydelse. R.H-M. hade sålunda inte heller företrädesrätt till återanställning. Skulle hon befinnas ha haft företrädesrätt, hävdar kommunen att hon förverkat den genom att, såsom ovan angetts, uttala hot. Besked enligt 15 § lagen om anställningsskydd skulle ha lämnats senast vid månadsskiftet maj/juni 2005. Vid den tidpunkten var alla semestervikariat tillsatta sedan länge och I.Å:s tjänst behövdes från den 1 september 2005 för omplacering av en övertalig tillsvidareanställd. Omplacering går före företrädesrätt.

Enligt kommunens uppfattning förutsätter ob-tillägg att arbete faktiskt har utförts. Ett ekonomiskt skadestånd skall därför inte innefatta ob-tillägg. Om R.H-M. fått fortsatt vikariat på I.Å:s tjänst, skulle semester ha lagts ut för henne.

Rätt till övertidsersättning.

Vid nattjänstgöring hänförs natten till det dygn på vilket flest antal tjänstgöringstimmar faller. Detta sätt att räkna följer av en långvarig praxis inom kommunen. I den vikariatsanställning som R.H-M. började den 1 mars 2005 var nätterna den 28 februari-1 mars och den 1-2 mars schemalagda. Hon var alltså skyldig att gå på ett arbetspass kvällen den 28 februari. Hon arbetade inte dessa nätter men arbetade i stället tre icke schemalagda nätter. Kommunen kvittade två av dessa mot de två schemalagda som hon inte arbetat. Kommunen är därför inte skyldig att utge ersättning utöver vad som redan betalats. Enligt kommunens uppfattning ger en vägran att utge övertidsersättning inte rätt till allmänt skadestånd.

Kränkning av R.H-M:s rättigheter enligt anställningsavtalet.

Gällande kollektivavtal innehåller inte någon skyldighet för arbetsgivaren att i sådant fall som påståtts av R.H-M. företa en utredning. Skadeståndsskyldighet förutsätter ett klart uttalat stöd i kollektivavtalet. Kommunen har inte vidare verkställt utredning, sedan R.H-M. fått möjlighet att ge sin syn på saken.

Parterna har fordrat ersättning för rättegångskostnader. R.H-M. har hemställt att, om hon förlorar målet, vardera parten skall bära sin kostnad i enlighet med 5 kap 2 § lagen om rättegången i arbetstvister.

DOMSKÄL

R.H-M. har hörts under sanningsförsäkran. Som vittnen har hörts, på R.H-M:s begäran B.O., G-B.S. och vikarierande undersköterskan J.R. samt på kommunens begäran samordnaren M.Z., förhandlingschefen M.Å. samt A.L. och F.H.

Kommunen har åberopat skriftlig bevisning.

Beträffande frågorna i målet gör tingsrätten följande överväganden.

Angående löfte om anställning.

R.H-M. har i denna del uppgett i huvudsak följande: Hon blev uppringd flera gånger och tillfrågad om hon kunde arbeta på I.Å:s tjänst. Redan i februari 2005 fick hon första gången löftet om fortsatt anställning. Hon blev då kontaktad av M.E., verksam inom hemtjänsten, som förklarade att A.L. bett henne fråga om R.H-M. ville tjänstgöra för I.Å. så länge denna var sjukskriven. På R.H-M:s fråga hur länge denna tjänstgöring kunde vara svarade M.E. att hon inte visste men att I.Å. varit sjukskriven från och till under de senaste två åren. R.H-M. uppfattade M.E:s fråga som en fråga om hon var intresserad och beroende på hennes svar blev det väl i vart fall en överenskommelse om fortsatt anställning. Samma månad meddelade F.H. att hon fått besked om att R.H-M. skulle arbeta på tjänsten och frågade om det skulle skrivas nytt avtal. En tid senare upplyste F.H. att A.L. ändrat sig och hon lovade att ge R.H-M. arbete andra nätter. Efter ytterligare någon tid hade A.L. enligt F.H. ändrat sig igen och sagt att R.H-M. skulle tjänstgöra på I.Å:s tjänst i fyramånadersperioder så länge I.Å. var sjukskriven. R.H-M. fick därpå avtalet som gällde från och med den 1 mars 2005. Efter den 1 mars talade hon vid två tillfällen med F.H. om fortsatt anställning efter den 30 juni 2005, ena gången i mars och den andra gången i slutet av mars eller början av april. Vid det senare tillfället befann hon sig tillsammans med F.H. samt B.O. och G-B.S. och ytterligare en person då F.H. undrade om hon ville tjänstgöra för B.O. och G-B.S. under deras semestrar. När R.H-M. påpekade att hon skulle tjänstgöra för I.Å., förklarade F.H. att förslaget som semestervikarie gällde endast för det fall I.Å. återkom i tjänst. R.H-M. bad att få tänka på saken och meddelade sedan skriftligen att hon godtog förslaget genom att samma natt lägga meddelandet i F.H:s låda.

B.O. och G-B.S. har om samtalet i slutet av mars eller början av april lämnat uppgifter som överensstämmer med R.H-M:s. De har dock förklarat att de inte sett det skriftliga meddelandet eller att R.H-M. lagt något meddelande i F.H:s låda.

A.L. har förnekat att hon lovat R.H-M. fortsatt anställning efter den 30 juni 2005 eller att hon givit någon i uppdrag att utlova sådan anställning.

F.H. har uppgivit att hon inte haft rätt att träffa anställningsavtal på annat sätt än att hon hade befogenhet att ”ringa in” tillfälliga vikarier. Hon har förnekat att hon lovat eller fått uppdrag av A.L. att lova R.H-M. fortsatt anställning. Vidare har hon uppgivit att hon frågat många timvikarier om de var intresserade av semestervikariat. Hon har sagt sig inte känna till att hon i sin låda fått något skriftligt meddelande av det slag R.H-M. påstått.

Enligt kommunen hade F.H. inte behörighet att träffa andra anställningsavtal än sådana som gällde att vid tillfälligt förfall för en anställd skaffa en vikarie utifrån en lista över personer som förklarat sig beredda att stå till förfogande. F.H. har inte lämnat andra uppgifter. Av det förhållandet att F.H. varit arbetsledare/coach och den som främst hade kontakt med R.H-M. och dennas

arbetskamrater kan inte dragas slutsatsen att hon hade behörighet att ge fortsatt anställning som vikarie. I stället har F.H., enligt R.H-M., i deras samtal om vikariatet alltid hänvisat till enhetschefen. När det gäller semestervikarier har inte framkommit mer än att F.H. skaffade uppgifter om personer som var villiga att gå in på semestervikariat. Det är sålunda inte visat att F.H. hade den av R.H-M. påstådda behörigheten.

Parterna har i februari 2005 diskuterat ett vikariat för R.H-M. på I.Å:s tjänst. Diskussionerna ledde till att R.H-M. den 1 mars började ett vikariat om fyra månader. R.H-M. har emellertid uppgivit att hon redan dessförinnan blivit lovad vikariat om fyramånadersperioder så länge I.Å. var ledig och att semestervikariatet som erbjudits i mars eller april skulle bli aktuella endast för det fall I.Å. kom att återgå i tjänst.

R.H-M:s redogörelse för samtalet i mars eller april tyder närmast på att F.H. ställde frågan om semestervikarie utifrån sin uppfattning att R.H-M. inte var bunden av annat arbete och att hon, efter R.H-M:s påpekande, gjorde förbehållet om I.Å:s återgång i tjänst för den händelse det var riktigt att R.H-M. skulle fortsätta vikariatet efter den 30 juni. Tingsrätten finner alltså att F.H:s uttalande inte visar att det fanns ett löfte om fortsatt vikariat. På grund härav och mot bakgrund av vad A.L. och F.H. uppgivit i fråga om fortsatt anställning efter den 30 juni finner tingsrätten att R.H-M. inte styrkt att hon fått löfte om vikariat för längre tid än fyra månader från den 1 mars.

Mot bakgrund av vad som förekommit i denna del finner tingsrätten inte heller utrett att parterna träffat en bindande överenskommelse om semestervikariat.

Angående brott mot lagen om anställningsskydd.

En förutsättning för tillämpning av 15 § lagen om anställningsskydd är att R.H-M. varit anställd hos kommunen sammanlagt mer än tolv månader de senaste tre åren före den 30 juni 2005.

R.H-M. har beräknat sin anställningstid utifrån de perioder som angivits i upprättade handlingar betecknade Anställningsavtal och anställningsvillkor. Kommunen å sin sida har beräknat tiden utifrån antalet LAS-dagar, d v s med hänsyn till att ett anställningsavtal ingåtts för varje gång en överenskommelse träffats om arbete. R.H-M. har uppgivit sig aldrig ha hört talas om att anställningstiden beräknas på sätt kommunen hävdar. M.Z. har förklarat att det av kommunen tillämpade systemet används sedan 18 år tillbaka. M.Å. har uppgivit att systemet tillämpats de senaste 20 åren utan invändning från de fackliga organisationerna. De har också uppgivit att handlingarna betecknade Anställningsavtal och anställningsvillkor inte är anställningsavtal utan ett avtal om den lön som skall gälla under i handlingen angiven period i det fall vederbörande går in och arbetar.

Kommunen har tillämpat en ordning med intermittert anställda. Detta innebär att kommunen vid tillfälliga behov av arbetskraft har kunnat välja bland personer som fanns till förfogande. Dessa personer å sin sida har fritt kunnat välja mellan att acceptera och att avböja erbjudanden. Någon

arbetsplikt har inte funnits. Mot denna bakgrund finner tingsrätten det vara orimligt att beräkna anställningstiden så som R.H-M. hävdar. Kommunens beräkningssätt framstår däremot som rimligt. Såvitt framkommit har i de handlingar som upprättats mellan kommunen och anställda i förekommande fall angetts att fråga varit om en intermitterant anställning. Den omständigheten att dessa handlingar – med en, som det får anses, missvisande rubricering – benämns Anställningsavtal och anställningsvillkor föranleder inte annan bedömning i frågan om anställningstiden. R.H-M. har under många år innehaft detta slags anställningar. Hon bör därför inte ha kunnat undgå att få kännedom om den av kommunen tillämpade metoden att beräkna anställningstiden.

Anledning saknas att ifrågasätta kommunens beräkning av R.H-M:s anställningstid. Vid sådant förhållande har hon inte varit anställd mer än tolv månader under ifrågavarande treårsperiod. Grund för skadestånd på grund av påstått brott mot lagen om anställningsskydd finns inte.

Angående övertidsersättning.

Kommunen har påstått att natten den 28 februari-den 1 mars 2005 ingick i R.H-M:s vikariatsanställning som började den 1 mars. R.H-M. har däremot gjort gällande att eftersom anställningen började den 1 mars kan det inte ha funnits någon skyldighet att arbeta nämnda natt.

Enligt vad M.Å. uppgivit gäller för anställningar av ifrågavarande slag att i det fall ett arbetspass sträcker sig över dygnsgränsen arbetspasset skall hänföras till det dygn under vilket flest antal timmar av passet infaller. Han har också uppgivit att denna metod strider mot vad som anges i arbetstidslagen. Kommunen har inte pekat på någon omständighet som visar att R.H-M. uppmärksammats på att ifrågavarande natt ingick i hennes arbetsschema eller att hon av annan anledning förstått eller borde ha förstått att hon enligt kommunens praxis var skyldig att arbeta den natten. Kommunen bör därför få kvitta med endast en schemalagd natt. Detta innebär att det för kommunen återstår att utge ersättning för övertid för ytterligare en av de icke schemalagda nätter under vilka R.H-M. arbetat. Om övertidsersättningens storlek råder inte tvist. Enligt tingsrättens mening bör allmänt skadestånd inte utdömas i förevarande fall.

Angående kränkning.

R.H-M. har hävdat att kommunens vägran att utreda en anklagelse mot henne om brottslig gärning innebär – mot bakgrund av innehållet i kollektivavtalet som utgör en del av anställningsavtalet – en kränkning av hennes rättigheter enligt anställningsavtalet.

I denna del har R.H-M. i förhöret med henne uppgivit att hon blev kallad till ett möte den 17 maj 2005 med H.C. och S.K. Under mötet påstods enligt vad hon uppgivit att hon i förhållande till F.H. gjort sig skyldig till hot och våld mot tjänsteman. När hon frågade vad händelsen skulle föranleda, svarade S.K. endast med en fnysning medan H.C. resonerade mera sakligt och frågade henne om hon ville att kommunen skulle göra en polisanmälan. Enligt R.H-M. klargjordes att kommunen inte ämnade föranstalta om en

polisanmälan eller om en utredning. Hon har också uppgivit att H.C. viftade med ett papper som skulle innehålla F.H:s skriftliga redogörelse för gärningen och att hon nekades läsa den.

Tingsrätten finner av utredningen framgå att R.H-M. blivit upplyst om att F.H. hos arbetsgivaren anmält henne för brott och att, sedan R.H-M., såsom kommunen påstått, fått ge sin syn på saken någon vidare utredning om det påstådda brottet inte företagits. Det är inte visat att kollektivavtalet innehåller regler enligt vilka kommunens underlåtenhet att utreda vidare skall medföra skadeståndsskyldighet för kränkning.

Tingsrätten har sålunda kommit fram till att det inte blivit utrett att kommunen ådragit sig betalningsskyldighet i annat fall än beträffande rätt till övertidsersättning. Käromålet i övrigt skall därför ogillas.

Tingsrätten finner att det saknas förutsättningar att tillämpa 5 kap 2 § lagen om rättegången i arbetstvister. På grund härav och då R.H-M. vunnit endast i ringa mån skall hon ersätta kommunen för rättegångskostnader. Kommunen har fordrat ersättning, förutom för vittneslöner, för ombudsarvode med 92 000 kr exklusive mervärdesskatt. Den ombudskostnad som skäligen varit påkallad för tillvaratagande av kommunens rätt och som skall ersättas av R.H-M. överstiger enligt tingsrättens bedömning inte 60 000 kr exklusive mervärdesskatt.

DOMSLUT

1. Malmö kommun skall till R.H-M. utge 1 500 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från den 30 mars 2006 tills betalning sker.

2. Käromålet i övrigt lämnas utan bifall.

3. R-H-M. skall ersätta Malmö kommun för rättegångskostnader med 79 600 kr, varav 75 000 kr utgör ombudsarvode inklusive mervärdesskatt, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från denna dag tills betalning sker.

4. Tingsrätten fastställer ersättning enligt rättshjälpslagen åt Claes Sandberg till 33 750 kr, varav 27 000 kr för arbete och 6 750 kr för mervärdesskatt.