

Janine Schaller-Bøyum
Hamang terrasse 93
1336 Sandvika
jsboeyum@t-online.de

Ulrike Töpfer
Ullern allé 24
0381 Oslo
Ulrike2912@gmail.com

Arbeids- og sosialdepartementet

postboks 8019 Dep

0030 Oslo

postmottak@asd.dep.no

25. september 2014

Høring om endringer i arbeidsmiljøloven: Midlertidig ansettelse

Midlertidig ansettelse er etter vår egen erfaring en stor usikkerhetsfaktor i ens liv. Derfor har vi sett nærmere på de sentrale bestemmelsene i arbeidsmiljøloven for å utrede om det er nødvendig å myke disse opp. Utredningen med tittel "Midlertidig ansettelse: Sentrale juridiske problemstillinger" ble forfattet i forbindelse med et 15-studiepoengskurs i arbeidsrett på Høgskolen i Oslo og Akershus.

Vi kom frem til at dagens unntaksbestemmelser gir arbeidsgiverne nok rom for midlertidig ansettelse (utredning side 10). Lovgiveren tar allerede hensyn til typiske situasjoner hvor det ikke er hensiktsmessig eller mulig for arbeidsgiveren til å ansette fast.

Vi mener at det vesentlige problemet er uklarhet i dagens lovtekst og ikke arbeidsgivernes manglende frihet til å ansette midlertidig. I stedet for å myke opp reglene, er det etter vårt syn heller ønskelig at lovgiveren revurderer de eksisterende reglene for å konkretisere forståelsen av disse.

Utover vårt arbeid med temaet følger vi med stor interesse diskusjonen i media. Vi har lagt merke til at muligheten for saklig oppsigelse av fast ansatte arbeidstakere på grunn av driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak (jf. Arbeidsmiljøloven § 15-7) blir underkommunisert. Derimot blir det tydelig i flere diskusjoner at midlertidig tilsetning blir misbrukt for å teste arbeidstakere.

Med vennlig hilsen

Janine Schaller-Bøyum & Ulrike Töpfer

Høgskolen i Oslo og Akershus
Administrasjon og ledelse

Arbeidsrett ved Gerd Engelsrud
Våren 2014

Utredning

Midlertidig ansettelse: Sentrale juridiske problemstillinger

Janine Schaller-Bøyum & Ulrike Töpfer

Janine Schaller-Bøyum
Hamang terrasse 93
1336 Sandvika
Tlf: 93 65 02 28
jsboeyum@t-online.de

Ulrike Töpfer
Ullern allé 24
0381 Oslo
Tlf: 90 78 52 54
Ulrike2912@gmail.com

INNHOLDSFORTEGNELSE

Midlertidig ansettelse: Sentrale juridiske problemstillinger

I INNLEDNING.....	1
1 Tema og disposisjon.....	1
1.1 Fast og midlertidig ansettelse: Forskjellene og følgene.....	1
II MIDLERTIDIG ANSETTELSE	2
1 Aml. § 14-9 første ledd bokstav a).....	2
1.1 Hvordan forstås kumulativformuleringen?	3
1.2 Hva er ”arbeidets karakter”?	4
2 Aml. § 14-9 første ledd bokstav b).....	5
2.1 Hva betyr ”i stedet for en annen eller andre”?	5
2.2 Ytterlige bruk av vikariatsbegrepet	6
2.3 Grunnbemanningslæren - ulovlig bruk av vikariater	6
3 Aml. § 14-9 femte ledd andre setning	8
3.1 Hva menes med ”sammenhengende midlertidig ansatt”?	8
3.2 ”Lufting” som følge av fireårsregelen.....	9
III AVSLUTTENDE KOMMENTAR.....	10
IV KILDELISTE.....	11

I INNLEDNING

1 Tema og disposisjon

Denne utredningen vil gi en oversikt over sentrale juridiske problemstillinger knyttet til midlertidig ansettelse. Det er en stor utfordring for lovgiveren å finne en bærekraftig balanse mellom å tilfredsstillе arbeidsgiveres behov for fleksibilitet og arbeidstakeres krav på trygghet. Disse motpolene er årsaken til at ”vilkårene for å benytte midlertidig tilsetting er et omstridt tema”¹. Vi mener at temaet er interessant på grunn av dens håndtering både fra lovgiveren og domstolene. Samtidig er det veldig aktuelt på grunn av regjeringens ønske om å myke opp regelverket – noe som ble tydelig i LOs hovedparole for 1. mai-arrangementet i Oslo: ”Ja til faste ansettelser og handlefri søndag - stans regjeringas forslag”².

Som kilder bruker vi først og fremst arbeidsmiljøloven (heretter aml.), dens forarbeider samt både sentrale og aktuelle domstolsavgjørelser og rettsteori som baserer seg på sentrale dommer. Den viktigste rettskilden om midlertidig ansettelse er aml. § 14-9. Den begynner i første ledd med hovedregelen i norsk arbeidsliv som omfatter fast ansettelse. Det åpnes for midlertidig tilsetting i samme paragrafen under bokstavene a) til e). Innenfor norsk arbeidsliv brukes oftest bokstavene a) og b) som hjemmel for midlertidig ansettelse og det er her man finner mest uklarheter rundt formuleringene og dermed tolkningen av disse. Vi skal derfor begrense utredningen til disse to unntaksparagrafene og problemstillinger disse åpner videre for. Vi drøfter de to unntaksbestemmelsene i aml. § 14-9 første ledd bokstaver a) og b) videre i forhold til aml. § 14-9 femte ledd som er tett knyttet til disse paragrafene og som inneholder den såkalte fireårsregelen.

Vi fokuserer i denne utredningen hovedsakelig på den svakere part i arbeidsforholdet, arbeidstakeren. Vi er likevel bevisst på arbeidsgiverens utfordringer i midlertidighetsproblematikken. Eksempler på disse vises i retts sakene som vi har valgt å gjennomgå i teksten hvor denne problematikken skaper konflikt mellom partene. Vi mener at det fokuset vi har valgt, reflekteres også i retts praksis ettersom det er arbeidstakeren som vanligvis angriper en mulig ulovlig midlertidighet.

1.1 Fast og midlertidig ansettelse: Forskjellene og følgene

Et fast ansettelsesforhold gjelder frem til en av partene i arbeidsforholdet sier opp. Med en fast ansettelse følger et stillingsvern for arbeidstakeren. Dette vernet har stor betydning siden

¹ Engelsrud (2013), s. 99

² LO i Oslo (nettside)

arbeidstakeren vet at arbeidet og dermed inntekt er sikret så lenge arbeidet utføres tilfredsstillende og virksomheten ikke må nedbemanne. Og til og med ved nedbemanning sikrer stillingsvernet den fast ansatte, blant annet med aml. § 15-7 andre ledd som sikrer at arbeidsgiver finner annet passende arbeid hvis mulig, og aml. § 14-2 første ledd som gir mulighet til fortrinnsrett til nye ledige stillinger inntil et år etter oppsigelse. Et viktig vern er knyttet til oppsigelsesfristen som ikke er nødvendig hos et midlertidig og dermed tidsavgrenset arbeidsforhold. Sistnevnte har en ekvivalent i varslingsfristen jf. aml. § 14-9 fjerde ledd men er begrenset til midlertidige arbeidsforhold som varer lengre enn tolv måneder. Rettighetene som følger av fast ansettelse, er begrenset eller ikke til stede for en midlertidig ansatt. Det argumenteres utover dette at midlertidig ansettelse ofte er til ugunst for arbeidstakeren, spesielt når den vedvarer over lang tid. Forarbeidene³ til arbeidsmiljøloven og arbeidstilsynet⁴ har pekt på uheldige konsekvenser som blant annet mindre muligheter til å påvirke sine arbeidsoppgaver, HMS-rutiner og evaluering av arbeidsplass. Slik medvirkning er del av arbeidsmiljølovens formålsparagraf § 1-1 første ledd bokstav d) og skal sikre både den fysiske og den mentale helsen til arbeidstakerne. Videre kan midlertidige jobber være lite utfordrende som dermed fører til at midlertidige ansatte er mer misfornøyde med sitt arbeid enn fast ansatte. I tillegg gis midlertidige ansatte lite mulighet for faglig utvikling eller opplæring.

Det er viktig å være seg bevisst på hensynet bak reglene i loven som skal verne arbeidstakeren. Hovedregelen er derfor fast ansettelse og det gjøres tydelig av lovgiveren at midlertidig ansettelse skal begrenses til det nødvendige. Det er derfor avgjørende at bestemmelsene i aml. § 14-9 forstås og anvendes riktig.

II MIDLERTIDIG ANSETTELSE

1 Aml. § 14-9 første ledd bokstav a)

”Avtale om midlertidig ansettelse kan inngås når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten”. Formuleringen i aml. § 14-9 første ledd bokstav a) fremstår som to kumulative betingelser som må være oppfylt for en midlertidig stilling.

³ Ot.prp. nr. 49, s. 47

⁴ Arbeidstilsynets nettside ”Midlertidig arbeid og helse”

For det første må selveste arbeidet ha en midlertidig karakter. Dette kan for eksempel være sesongarbeid som snømåking eller hjelp med innhøsting hos bøndene. Det sier seg selv at betingelser knyttet til været og årstider ligger utenfor arbeidsgivers kontroll og dermed er sesongavhengig. Slike oppgaver er dermed klart midlertidig i sin karakter. For det andre må arbeidet bestå av oppgaver som ellers ikke utføres i virksomheten. Et eksempel er en kommune som bestemmer seg for en stor jubileumsfeiring som må organiseres. Slik arbeid utføres ikke ellers i kommunen til daglig og kalles dermed for prosjektarbeid. Begrepet ”prosjekt” fører med seg en tidsbegrensning og at arbeidet atskiller seg.

Selv om formuleringene i bokstav a) er tilsynelatende enkle å forstå på en bokstavelig måte, fører de med seg en del uklarheter. Den kumulative karakter og selve ordlyden i bokstav a), kombinert med lite utdypende informasjon i forarbeidene har ført til at domstolene må definere tolkningen.

1.1 Hvordan forstås kumulativformuleringen?

Den sentrale rettskilden for tolkningen av det tilsynelatende kumulative preget av formuleringen i aml. § 14-9 første ledd bokstav a) er Rt-2001-1413 (heretter Mineryddedommen). Dommen skaper presedens i dette tolkningsspørsmål.

Saken gjelder en midlertidig ansatt (A) ved Norsk Folkehjelp som utførte minerydding i Bosnia. A mente ansettelsen ikke var midlertidig på grunn av formuleringen ”arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften” som ble tilføyd i lovrevisjon i 1995. A mente denne tilføyelsen blir rettesnor for å forstå vilkåret i daværende aml. § 58A og selv om det ikke skulle tolkes kumulativt, så var virkningen i praksis nettopp det. Dommeren la med bakgrunn i lovforarbeidene størst vekt på at formuleringen avhenger av en helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Dessuten ble det uttalt i Odelstingsdebatten at arbeidskraftbehovet knyttet til sesongsvingninger må betraktes som ekstraordinært sammenlignet med det bedriften vanligvis utfører. Forarbeidene forklarer at det riktignok er viktig å vurdere om en oppgave ”ordinært og løpende” utføres i bedriften for å kunne avgjøre om arbeidets karakter er midlertidig. Likevel kan sesongsvingninger og uvanlige arbeidstopper betraktes som atskilt og ekstraordinært.

Konklusjonen i Mineryddedommen ble dermed at bestemmelsen i daværende aml. § 58A ikke kan tolkes bokstavelig. Det legges samtidig vekt på at kommunalkomiteen selv, med begrunnelsen nevnt ovenfor, ikke anser tilføyelsen med at arbeidet må atskille seg som et absolutt vilkår.

1.2 Hva er "arbeidets karakter"?

Formuleringen "arbeidets karakter" er noe utydelig og skjønnsmessig. Flere domsavsigelser har poengtert at formuleringen derfor krever en helhetsvurdering i hvert enkelttilfelle.

Arbeidets omfang, dens stabilitet og dens regelmessighet er viktige momenter i en slik vurdering. Som Jakhelln⁵ vektlegger, må en midlertidig ansettelse bære preg av en tidsbegrensning i forhold til oppgaven som skal utføres og at arbeidets varighet derfor er utslagsgivende. Dette kan knyttes til lovforarbeidenes formulering om at den midlertidige ansatte "bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag" som ble foreslått for å konkretisere den nåværende formulering "når arbeidets karakter tilsier det"⁶.

Varigheten av arbeidet er altså tett knyttet til spørsmålet om arbeidets karakter er midlertidig eller ikke. Det sier seg selv at arbeid som av sin karakter er midlertidig, ikke kan være langvarig. Blir en midlertidig ansatt tilbudt forlengelse av kontrakt flere ganger, kan dette være et tegn på at arbeidet som utføres ikke er av midlertidig karakter. Arbeidsmiljøloven setter også en maksimumsgrense for lovlig midlertidige arbeidsforhold i aml. § 14-9 femte ledd andre setning. Her heter det at arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år, skal anses som fast ansatt. Dette støtter tanken at arbeid som foregår over lengre tid, i seg selv ikke kan være av midlertidig karakter. Den såkalte fireårsregelen skal vi se nærmere på senere i utredningen.

Forarbeidene gjør det klart at usikkerheter i forbindelse med budsjett eller mengde oppdrag ikke er lovlige begrunnelser for å benytte seg av midlertidige kontrakter begrunnet med bokstav a). Det presiseres også i faglitteraturen at heller ikke omorganiseringer, noe som kommuner ofte har gjennomgått i de siste årene, berettiger midlertidige stillinger for å kunne "teste" om de ansatte trengs i virksomheten⁷, og dermed ikke kan forstås som arbeid av midlertidig karakter.

Et viktig moment i den videre diskusjonen blir å se midlertidig arbeid på grunn av dets karakter mot midlertidige ansettelse i vikariater. I de sistnevnte tilfeller er det ikke av betydning at arbeidet er av midlertidig karakter og arbeidets varighet må settes i en noe annen kontekst. Det er derfor mulig med flere forlengelser av et vikariat uten at unntaksbestemmelsen mister sitt preg. Videre følger andre rettigheter fra en midlertidig

⁵ Jakhelln (2006), s. 246

⁶ Ot.prp. nr 49, s. 214

⁷ Jakhelln (2006), s. 246

ansettelse hjemlet i aml. § 14-9 første ledd bokstav a) enn det følger av bokstav b). Vi skal derfor i neste avsnitt tydeliggjøre vikariatsbegrepet og dens innhold.

2 Aml. § 14-9 første ledd bokstav b)

Vikariatsbegrepet blir ofte brukt i sammenheng med midlertidig ansettelse – både fra arbeidsgivere og fra arbeidstakere. Om det dreier seg om vikariater i lovens forstand jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav b) er derimot et juridisk spørsmål som må undersøkes nærmere. Det er viktig å skille mellom et ”ekte” vikariat og en midlertidig tilsetning etter samme paragraf bokstav a), fordi det fører til forskjellige rettigheter. Fortrinnsrett jf. aml. § 14-2 andre ledd gjelder bare midlertidige ansettelser hjemlet med begrunnelse i arbeidets karakter. Den gir rettigheten til nytt arbeid etter oppsigelse som er begrunnet med virksomhetens forhold uten å konkurrere mot andre søkere.

Forståelsen for vikariatsbegrepet er derfor viktig og formuleringen i aml. § 14-9 første ledd bokstav b) gir en slags definisjon. Deretter kalles ”arbeid i stedet for en annen eller andre” for vikariat. I det følgende skal vi se nærmere på hva lovgiveren mener med denne definisjonen.

2.1 Hva betyr ”i stedet for en annen eller andre”?

En enkel måte å forklare et vikariat er en person som arbeider isteden for en annen grunnet permisjon eller sykdom. Personen som vikaren arbeider i stedet for kan identifiseres med navn og slutten av vikariatet er dermed avhengig av når den fraværende ansatte returnerer til sin jobb. Disse informasjonene – navn for den vikaren arbeider i stedet for og tidsbegrensing - bør fremgå i vikarens arbeidskontrakt. Uttrykket ”eller andre” betyr dessuten at vikariater ikke bare er lovlig i de tilfellene når en vikar arbeider i stedet for én bestemt person men for flere personer. Et typisk eksempel som forarbeidene nevner er ferieavvikling⁸. I fellesferie er flere ansatte fraværende til samme tid og det ansettes en eller flere personer som vikarierer i dette tidsrommet. Også i disse tilfellene er det teoretisk mulig til å navngi de personene som vikaren arbeider i stedet for. Og selv om de fraværende ansatte ikke navngis i kontrakten er vikariatet begrenset tidsmessig, nemlig for ferietiden. I forarbeidene⁹ påpekes det at et vikariat ”må være konkret begrenset i en eller annen form”. Det må dreie seg uansett om noens tidsbegrensede fravær.

Et kjennetegn for ekte vikariater er også at vikaren utfører samme jobben som den fast ansatte vanligvis utfører. Men lovgiveren åpner for at vikaren ikke nødvendigvis må utføre akkurat de

⁸ Ot.prp. nr. 49, s. 213

⁹ Ot.prp. nr. 50, s. 165

samme oppgavene. Som det beskrives i kommentaren til arbeidsmiljøloven er det mulig at oppgavene blir omfordelt. Dette ansees som en vanlig fremgangsmåte. For eksempel kan det tenkes at en kommune bruker ufaglærte vikarer for ferieavviklingen i hjemmepleietjenesten. De fast ansatte tar i denne perioden over de mer krevende brukere mens de ufaglærte vikarer besøker de brukere som enklere kan støttes av ufaglærte. Det samme kan gjelde for private bedrifter hvor de fast ansatte overfører sine rutineoppgaver til vikarer og selv tar over de mer ansvarsfulle oppgavene av kollegaene som er på ferie eller har permisjon.

2.2 Ytterlige bruk av vikariatsbegrepet

Som det ble henvist i kommentert utgave av arbeidsmiljøloven¹⁰ kan et vikariat i tillegg til den vanlige ordforståelsen også brukes når noen jobber midlertidig i påvente av en nyansatt. Dette kan også bety at den nye arbeidstakeren ikke er funnet enda og dermed ikke kan navngis. Vi skal ikke drøfte denne tematikken nærmere, men vil påpeke at det kan oppstå nye juridiske problemstillinger, blant annet på hvilke tidspunkter av en ansettelsesprosess en arbeidsgiver kan bruke vikarer og hvor langt en arbeidsgiver kan strekke denne ordningen. Det kan for eksempel tenkes at en vikar jobber for flere uker i påvente på den nyansatte. Nærmer man seg derimot et år, er det tvilsomt at dette kan kalles for et vikariat. Et annet spørsmål knyttes til dette er også i hvor stor grad og for hvor lang tid vikarer kan brukes fordi arbeidsgiveren ikke får tak i jobbsøkere med en ønsket kvalifikasjon. Momenter som spiller inn i denne vurderingen er blant annet hvor i landet arbeidsgiver befinner seg, hvor høye krav stilles til utdanning og hvor mange ferdig utdannede personer som finnes for disse kvalifikasjoner.

2.3 Grunnbemanningslæren - ulovlig bruk av vikariater

Selv om et vikariat er i utgangspunktet lovlig – nemlig at vikaren arbeider i stedet for en annen eller andre som det ble fremstilt før – kan det likevel dreie seg om en ulovlig midlertidig tilsetning. Rt-2006-1158 (Ambulansedommen) er særlig sentral for denne problemstillingen og har skapt presedens for ulovlig bruk av tilkallingsvikarer. I den enstemmige dommen fastslo Høyesterett at en tilkallingsvikar måtte anses som fast ansatt ved ambulansetjenesten i Akershus. Ved oppsigelsen hadde han jobbet i 14 måneder i en ca. 44%-stilling. I samme tida ble inntil 27 % av hele arbeidskraftbehovet hos arbeidsgiveren dekket med midlertidig ansatte.

¹⁰ Egeland, note 4

Ambulansedommen påberoper seg blant annet på Rt-1989-1116 (Statfjorddommen). Denne rettssaken dreiet seg om en servicemedarbeider som arbeidet på Statfjordfeltet. Hun hadde 20 vikariatskontrakter i løpet av to og et halvt år og det heter i dommen at hennes "tjenesteforhold slik det er fremstilt, bærer preg av at hun fast, over lang tid, har fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften"¹¹. Ut fra disse dommene utledes læren om at et fast behov for arbeidskraft ikke bør dekkes med vikarer men at grunnbemanningen bør økes. Rt-2009-578 (Sykehus Innlandetdommen) anvender samme læren, men her sa Høyesterett at kravet om en stor nok grunnbemanning var oppfylt.

Advokat Kjetil Edvardsen innfører i denne sammenheng begrepet "grunnbemanningslæren"¹² som ble foreslått av advokat i Fagforbundet Hans Christian Monsen. Begrepets aktualitet vises i en nylig avsagt dom fra Oslo tingrett. Dommen fra 24. mars 2014 gjelder ulovlig vikarbruk i NRK. Det henvises til rettsteori "som oppsummerer grunnbemanningslæren i tre punkter som er basert på Høyesteretts praksis"¹³:

- Det må foreligge et fast, stabilt behov for vikarer. Her er antall ansatte og størrelsen på fraværet sentralt.
- Hvis arbeidskraftbehovet uten vesentlig ulempe kan dekkes ved å øke grunnbemanningen, skal dette gjøres.
- Det må være tilstrekkelig tilknytning mellom vikaren som krever fast ansettelse og virksomheten.

Ved videre drøfting av det første momentet understreket dommeren at det ikke er bedriftens størrelse i seg selv som er avgjørende for vurderingen om det er mulig å bruke vikarer for å utføre arbeidet. Det henvises til en uttalelse av advokat Tron Dalheim som prosederte på vegne av tilkallingsvikaren i Ambulansesaken. I en fagartikkel skriver han at "det er disse bedrifter som statistisk sett vil kunne ha et stabilt fravær over tid [...] som blir avgjørende, og ikke bedriftens størrelse i seg selv."¹⁴

Den ulovfestede grunnbemanningslæren tar seg altså av ulovlig bruk av midlertidig ansettelse. En arbeidstaker som ble ulovlig ansatt midlertidig anses deretter som fast ansatt. Men lovgiveren setter også en grense for lovlig midlertidig ansettelse som vi skal gjør rede for i neste avsnitt.

¹¹ Rt-1989-1116, s. 1121

¹² Edvardsen (2012), s. 103

¹³ TOSLO-2013-144378

¹⁴ Dalheim (2006), s. 254

3 Aml. § 14-9 femte ledd andre setning

”Arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter første ledd bokstav a og b, skal anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse.” Den såkalte fireårsregelen jf. aml. § 14-9 femte ledd andre setning, som tidsbegrenser lovlig bruk av midlertidig ansettelse, ble innført med den nye arbeidsmiljøloven i 2005. Den gjelder for de unntaksbestemmelsene som vi har utredet så langt. Vi vil påpeke i denne sammenheng at begrepene "vikariat" og "arbeidets karakter" brukes om hverandre i arbeidskontrakter og domstolsavgjørelser.

Aml. § 14-9 første ledd bokstav a) og b) hjemler forskjellige typer arbeidsforhold men begge knyttes til tidsaspektet for å kunne begrunne hvorfor en midlertidig ansettelse er nødvendig. Lovgiveren klargjør at enhver type arbeidsforhold ikke er midlertidig når den varer mer enn fire år. Fire år skal forstås som en maksimumsgrense¹⁵.

3.1 Hva menes med ”sammenhengende midlertidig ansatt”?

Et sentralt spørsmål knyttes til tolkning av ordet ”sammenhengende”. I forarbeidene¹⁶ heter det at begrepet ”sammenhengende” skal forstås som ”uavbrutt”, men at mindre brudd må likevel kunne tolereres. Forarbeidene angir her ingen konkret tidsrom men henviser til at det kreves en totalvurdering av situasjonen. Virkningen av avbrudd ble drøftet av Agder Lagmannsrett i dommen LA-2009-57115. Retten kjenner oppsigelse ugyldig i saken om en kvinne som hadde jobbet i syv år i Holmestrand kommune med et avbrudd på omtrent fire måneder varighet etter hennes egen oppsigelse. Retten slo fast at dette ikke er av betydning for å beregne hennes sammenhengende ansettelsestid og påpekte viktigheten av hensyn bak oppsigelsesvernet. Kvinnens arbeid bar ikke preg av midlertidig karakter og til tross for at hun var ansatt som vikar, utførte hun et varig arbeid. Avbruddet var ikke begrunnet i opphold av arbeidet eller at en fraværende ansatt var tilbake i jobben.

Ved tolkningen av ”sammenhengende” må en skille mellom avbrudd som oppstår mellom midlertidige arbeidskontrakter og arbeidstakerens fravær i løpet av en kontraktsperiode som skyldes for eksempel sykdom eller permisjon. Fravær og spørsmålet om sammenhengende midlertidig ansettelse er et av de sentrale spørsmålene i Sykehus Innlandetdommen. Her påpekes det at arbeidsmiljøloven er lite tydelig når det gjelder beregningen av fire år ansettelse. Arbeidstakeren hadde jobbet tre år og sju måneder i en midlertidig stilling i

¹⁵ Ot.prp. nr. 49, s. 218

¹⁶ Ot.prp. nr. 49, s. 219

Sykehuset Innlandet HF. Da han ble sykmeldt skulle stillingen vare i 14 måneder til. Tre av fem høyesterettsdommer mente at han på grunn av den lengre sykdommen ikke faller under fireårsregelen. To av fem mente derimot at tiden av selve kontrakten burde gi utslag – og ikke tiden han har vært på jobben. Denne domstolsavgjørelse har ført til en lovendring som trådte i kraft 1. juli 2010. Det ble tilføyd siste setningen i aml. § 14-9 femte ledd ”Ved beregning av ansettelsestid etter andre punktum skal det ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær”.

3.2 ”Lufting” som følge av fireårsregelen

Det såkalte ”lufting” kan ses som en følge av fireårsregelen. Arbeidsgiver som ikke ønsker å ansette en medarbeider fast, sørger for at midlertidige kontrakter ikke forlenges når arbeidstiden nærmer seg fire år¹⁷. Lovforarbeidene gjør det klar at dette må anses som en unngåelse av lovverket. En ytterligere problemstilling blir at arbeidsgiveren selv, ifølge loven, må sørge for at midlertidige arbeidstakere blir ansatt fast når arbeidet får mer permanent karakter. Samtidig er det ofte arbeidsgiveren som ønsker at midlertidigheten fortsetter.

En dom fra Borgarting lagmannsrett (LB-1999-1997) viser et tydelig eksempel på et tilfelle hvor midlertidig ansettelse ble brukt for å dekke et permanent arbeidskraftbehov, og hvor arbeidsgiver tilsynelatende lufter en midlertidig ansatt. Vi presiserer at denne dommen gjør bruk av tjenestemannsloven siden saken gjelder ansettelse hos fylkesmannen.

Tjenestemannsloven (tjml.) har en tilnærmet lik unntaksbestemmelse som arbeidsmiljøloven for midlertidig ansettelse i tjml. § 3 andre ledd bokstav a) hvor tjenestemannen ”bare trengs for et begrenset tidsrom eller for å utføre et bestemt oppdrag”. Selv om denne saken viser tydelig at arbeidet i seg selv ikke var av midlertidig art, vil vi fremheve arbeidsgiverens forsøk å unngå fast ansettelse.

Saken handler om en midlertidig ansatt konsulent ved miljøvernavdelingen hos Buskerud fylkesmann med forvaltning av verneområder og saksbehandling etter plan- og bygningsloven som arbeidsoppgaver. Engasjementet ble forlenget i flere omganger slik at sammenhengende ansettelse ble i alt 3 år, 11 måneder og 12 dager. Fylkesmannen utlyste deretter en ny midlertidig stilling etter den siste kontrakten til konsulenten hadde løpt ut. Konsulenten anså seg selv som fast ansatt med den begrunnelsen at arbeidet han utførte ikke var av midlertidig karakter. Konsulenten fikk medhold i saken. Dommen bekreftet at her tyder det på at ”andre forhold enn arbeidsoppgavens art” som gjør at konsulenten ikke får forlenget sitt engasjement. Tydeligst blir dette når konsulenten ikke får engasjementet sitt forlenget men arbeidsgiveren

¹⁷ Utstumo (2010), s. 14-15

vil ansette en annen person i samme stilling, også her i et engasjement. Arbeidsgiveren sørger med denne luftingen for at konsulentene ikke oppnår fire år sammenhengende arbeid.

III AVSLUTTENDE KOMMENTAR

Konflikter er nødvendig for å klargjøre om et arbeidsforhold lovlig kan kalles for midlertidig. Det ble tydelig i fremstillingen av unntaksreglene for fast ansettelse, lovens forarbeider og de sentrale dommene som alle har skapt presedens for tolkningen av de skjønnsmessige lovformuleringene. En mulig forklaring er den i innledningen nevnte problematiske balansegangen mellom arbeidsgiverens ønske om fleksibilitet og arbeidstakerens behov for trygghet. En viss rolle spiller i tillegg at lovgiverens frykter arbeidsgiverens tilbakeholdenhet innenfor ansettelse på grunn av et for sterkt stillingsvern. Ved å gjøre formuleringene relativt åpne, gis domstolene makten til å avgjøre konflikter etter en helhetsvurdering. Dermed fører forskjellige sammenheng til ulike resultater.

Regjeringens ønske om å myke opp midlertidighetsregler, er bekymringsverdig etter vårt syn. Vi mener at unntaksbestemmelsene allerede gir arbeidsgiverne nok rom for midlertidig ansettelse. Lovgiveren tar hensyn til typiske situasjoner hvor det ikke er hensiktsmessig eller mulig for arbeidsgiveren til å ansette fast. I tillegg til det vi har drøftet finnes det ytterligere åpning for midlertidig ansettelse, jf. aml. §§ 14-9, 14-12 og tjml. § 3. Vi vil påpeke her at norske kommuner under den nylig utløpte Hovedtariffavtalen (Hta.) ikke gjorde bruk av innleiereglene jf. aml. § 14-12 andre ledd (jf. Hta. KS § 2.3.2.) som åpner for å ansette midlertidig uten å ta hensyn til aml. § 14-9 første ledd. Når en så stor arbeidsgiver som norske kommuner velger dette, tyder det på at aml. § 14-9 første ledd allerede er omfattende nok.

Lovverket rundt midlertidig ansettelse er ikke enkelt å tolke. Det kan stilles spørsmål om i hvilken grad midlertidig ansatte kan finne frem til sine rettigheter, særlig dersom de ikke er fagorganisert. På lik linje kan det være vanskelig for arbeidsgivere å anvende lovverket riktig. Istedenfor å myke opp reglene, er det etter vårt syn heller ønskelig at lovgiveren revurderer de eksisterende reglene for å konkretisere forståelsen av disse. Det er viktig at unntaksreglene forstås av både arbeidsgiver, fagforeninger og arbeidstakere. Slik kan også konflikter som ikke havner foran domstolene avgjøres rettferdig.

IV KILDELISTE

Litteratur

Dahlheim, Tron: *Midlertidig ansettelse – tilkallingsvikarer, ekstrahjelper m.v.* Tidsskrift Arbeidsrett, Oslo, Vol. 3 nr. 4 2006.

Edwardsen, Kjetil: *Retten til fast ansettelse. Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren.* Tidsskrift Arbeidsrett, Oslo. Vol 9 nr. 2 2012.

Engelsrud, Gerd: *Styring og vern. Arbeidsrett i offentlig sektor.* Cappelen Damm Akademisk, Oslo. 5. utgave, 1. opplag 2013.

Jakhelln, Henning: *Oversikt over arbeidsretten.* N.W. Damm & Søn forlag, 4.utgave 2006.

Utstumo, Eirik: *Fireårsregelen.* Ergoterapeuten Nr. 4 2010.

Lover

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven). Kunngjort 17.6.2005. Sist endret 1.1.2014.

Lov om statens tjenestemenn m.m. [tjenestemannsloven]. Ikrafttrådt 1.12.1983. Siste endret 1.7.2013.

Forarbeider

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*

Ot.prp. nr. 50 (1993–94), *Om lov om endringer i lov 4.februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.*

Dommer

Rt-1989-1116 (394-89), Høyesterett (Statfjorddommen)

Rt-2001-1413 (260-2001), Høyesterett (Mineryddedommen)

Rt-2006-1158, Høyesterett (Ambulansedommen)

Rt-2009-578, Høyesterett (Sykehus Innlandetdommen)

LB-1999-1997, Borgarting lagmannsrett

LA-2009-57115, Agder lagmannsrett

TOSLO-2013-144378, Oslo tingrett

Nettsider

Arbeidstilsynet, *Midlertidig arbeid og helse*, oppsøkt 18.4.2014,

<http://www.arbeidstilsynet.no /arbeidervernartikkel.html?tid=89661>

Egeland, Lill Christin, § 14-9 *Midlertidig ansettelse*, i Henning Jakhelln mfl. (red.):

arbeidsrett.no, oppsøkt 19.4.2014,

<http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/14/13/>

LO i Oslo, *1.mai på Youngstorget*, oppsøkt 2.5.2014,

http://www.lo-oslo.no/2014_05_01_plakat.pdf