

ARBEIDS- OG INKLUDERINGSDEPARTEMENTET  
Att: Rune Ytre-Arna  
Postboks 8019 dep.  
0030 Oslo

Deres ref: 200804809-/RYA

Oslo, 14. oktober 2009  
Vår ref: Dagny Raa /DOK-2009-02376

## HØRING OM ENDRINGER I ARBEIDSMILJØLOVENS BESTEMMELSE OM MIDLERTIDIG ANSETTELSE - TILKALLINGSAVTALER MV.

### 1. Innledning

Det vises til høringsbrev av 17. juni 2009 fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet vedrørende forslag til endringer i arbeidsmiljøloven. Høringsfristen er satt til 17. oktober 2009. HSH gir med dette sitt høringssvar.

HSH representerer over 13.600 virksomheter innenfor bredden av handel og private tjenesteytende næringer.

HSH understreker viktigheten og nødvendigheten av tilstrekkelig sysselsettingsvekst. Som påpekt i Ot.prp. nr 49 (2004-2005) side 209 bekrefter flere internasjonale undersøkelser midlertidige stillingers betydning som en viktig inngangsport til arbeidsmarkedet. Innstramming i regelverket om midlertidig ansettelse vil kunne vanskeliggjøre flere gruppers adgang til arbeidsmarkedet, herunder både ungdommer og nyutdannede. Det er videre på det rene at Norge i forhold til andre land allerede har en svært streng regulering av midlertidig ansettelse. HSH mener derfor at det ikke bør innføres ytterligere innstramminger i arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse.

HSH har nylig gjennomført en quest back vedrørende midlertidig ansettelse blant våre medlemmer og konklusjonen er at to av tre medlemmer tror at økt adgang til midlertidig ansettelse vil gjøre det lettere for virksomheten å utvide arbeidsstokken raskt etter krisen. Av disse tror tre av fire at økt adgang til midlertidig ansettelse vil føre til at virksomheten på sikt vil øke arbeidsstokken mer enn hva de ellers ville gjort.

HSH mener videre at det er svært uheldig at det i det private er trangere rammer for midlertidig ansettelse enn det er for staten som arbeidsgiver. Det er på det rene at det er tilsvarende behov for midlertidige ansettelse i det private næringsliv som i det offentlige, og vi understreker viktigheten av å unngå slik forskjellsbehandling.

## 2. Forslag om plikt til å drøfte bruken av midlertidig ansatte med de tillitsvalgte

HSH vil innledningsvis understreke at opprettelse av stillinger i den enkelte virksomhet og beslutning om ansettelse og oppsigelser innen de rammer som følger av de arbeidsrettslige regler, ligger i kjerneområdet av arbeidsgivers styringsrett. Vi mener derfor det må kreves særlig begrunnelse og dokumentasjon for lovfesting av en spesifikk medbestemmelsesrett for arbeidstakere og deres tillitsvalgte hva gjelder virksomhetens bruk av midlertidig ansettelse.

Når det gjelder behovet for endrede lovregler viser vi til departementets uttalelse om at "lovreglene om adgangen til midlertidige ansettelser er tydelige nok, og definerer på en klar nok måte når det er anledning til å bruke midlertidig ansettelse for å dekke behov for ekstrahjelp". Som departementet skriver i høringsbrevet har videre andelen av midlertidig ansettelse vært stabil det siste tiåret. Departementet legger etter dette til grunn at gjeldende regler fullt ut er tilfredsstillende.

HSH mener departementet ikke på noen måte har begrunnet eller dokumentert et reelt behov for endringer eller innstramning i lovens regler om midlertidig ansettelse. HSH mener tvert imot det er et reelt behov i arbeidsmarkedet for en utvidet adgang til midlertidig ansettelser i forhold til det som er gjeldende rett.

Det fremgår av departementets høringsbrev at forslaget om en plikt for arbeidsgiver til jevnlig å drøfte bruken av midlertidige ansatte med de tillitsvalgte, skal bidra til å redusere ulovlige og unødige midlertidige ansettelser ved at bruken av slike ansettelser regelmessig sette på dagsordenen. Bakgrunnen skal være at bruken av ringevikarer har fått økt utbredelse i de siste årene og at departementet derfor ikke er i tvil om at loven brytes i en god del tilfeller. Departementet påpeker at bruk av "ringevikarer" eller "tilkallingshjelp" er omfattende i flere bransjer og sektorer i arbeidslivet, særlig i hotell- og restaurantbransjen og i helse- og omsorgssektoren.

Som departementet selv viser til ble det ved siste tariffoppgjør inntatt i Riksavtalen for hotell- og restaurantbransjen en bestemmelse om at spørsmålet om bruk av ekstrahjelp skal drøftes med de tillitsvalgte én gang i året. HSH mener det fullt ut er tilstrekkelig at drøftingsplikt reguleres mellom partene i arbeidslivet innefor de bransjer bruken av tilkallingsvikarer er mest omfattende.

Departementet påpeker at ulovlig midlertidig ansettelse ikke nødvendigvis skyldes et ønske om å bryte reglene, men like gjerne mangel på kunnskap om regelverket og manglende bevissthet. HSH mener at økt kunnskap og bevisstgjøring om regelverket fullt ut kan oppnås på en rekke andre og bedre måter enn ved en drøftingsplikt med de tillitsvalgte med de konsekvenser og virkninger det i dette lovforslaget legges opp til.

HSH er negative til innføring av - som departementet selv uttaler - en plikt som i praksis vil innebære at arbeidsgiver må dokumentere overfor de tillitsvalgte at virksomhetens bruk av midlertidige ansettelser fortløpende er i samsvar med arbeidsmiljøloven. Departementet uttaler at det ikke skal ha direkte betydning for lovligheten av en midlertidig ansettelse hvorvidt drøftingsplikten er etterlevd eller ikke. Imidlertid legges det til grunn at domstolen i en konkret vurdering av om vilkåret for midlertidig ansettelse er til stede, vil kunne legge vekt på hvorvidt en slik bestemmelse er etterlevd eller ikke.

HSH går sterkt imot å innføre nye regler som i realiteten innebærer at arbeidstakerne ved de tillitsvalgte skal fungere som et kontrollorgan overfor arbeidsgiver, og i tillegg at dette skal utgjøre et selvstendig tilleggsmoment i forhold til domstolenes vurdering av ansettelsens lovlighet.

Slik HSH forstår det, foreslår LO at det ikke bare skal innføres en plikt til å drøfte med de tillitsvalgte, men også en plikt til jevnlig å inngå avtaler med de tillitsvalgte om bruk av midlertidige ansettelser i virksomheten og at de tillitsvalgte således skal tillegges en "vetorett" mot arbeidsgivers beslutning om midlertidig ansettelser. HSH går sterkt imot et slikt forslag og mener det ville være svært uheldig om arbeidstakerne ble tillagt beslutningsmyndighet i vurderinger som fullt ut ligger, og bør ligge, innenfor arbeidsgivers styringsrett.

Departementet uttaler at det bør vurderes om Arbeidstilsynet skal gis myndighet til å føre tilsyn med at slike jevnlige vurderinger gjennomføres på arbeidsplassene, på samme måte som Arbeidstilsynet i dag fører tilsyn med at de formelle krav til en skriftlig arbeidsavtale i arbeidsmiljøloven §§ 14-5 og 14-6 er oppfylt. HSH er negativ til et slikt forslag, og vi mener det ligger utenfor Arbeidstilsynets oppgaver og ansvar å føre tilsyn med virksomhetens bruk av midlertidige ansatte. Tvist om det foreligger lovlig midlertidig ansettelse vil ofte bero på sammensatte vurderinger som det, slik som etter gjeldende rett, må ligge under domstolenes kompetanse å ta stiling til.

### 3. Forslag vedrørende fratrekk for fravær ved beregning av fire års perioden

Departementet foreslår at arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd endres slik at det gjøres klart at arbeidstakers fravær ikke skal komme til fradrag ved beregning av fireårsregelen i samme bestemmelse. Som kjent var det ikke tidligere noen lovfestet grense for hvor lenge en arbeidstaker kunne være midlertidig ansatt, før fireårsregelen kom inn i ny arbeidsmiljølov i 2005. Ordlyden ble nylig endret på bakgrunn av forslag i Ot.prp. nr 54 (2008-2009) og det er nå presisert at fireårsregelen kun gjelder midlertidig ansettelse med hjemmel i arbeidsmiljøloven i § 14-9 første ledd bokstav a og b.

Bakgrunnen for at departementet nå mener det er nødvendig med en endring i loven, er at Høyesterett i dom av 7. mai i år (HR-2009-975) har lagt til grunn at sykefravær "av en viss lengde" skal gå til fradrag ved beregning av fireårsregelen i § 14-9. Departementet mener at Høyesteretts tolking ikke er forankret i lovens ordlyd, og viser til at det ikke skal gjøres fradrag for fravær ved beregning av oppsigelsestidens lengde etter arbeidsmiljøloven § 15-3.

I den nevnte dommen viste Høyesterett til og vektla i sin vurdering bl.a. følgende uttalelse i Ot.prp. nr 12 (2003-2004) side 21:

"Fravær i form av sykdom, permisjoner, militærtjenester mv. hvor ansettelsesforholdet består avbryter ikke ansettelsesforholdet, men skal normalt gå til fradrag ved beregningen av ansettelsesforholdets lengde. Kortere sykdomsfravær og ferie vil imidlertid ikke gå til fradrag ved beregningen av ansettelsesforholdets lengde"

Som kjent ble denne proposisjonen trukket i påvente av Arbeidslivslovutvalgets utredning, men formuleringen er gjentatt ordrett i Ot.prp. nr 49 (2004-2005) side 333. Som Høyesterett presiserer i dom av 7. mai i år, vil klare uttalelser i forarbeidene normalt måtte tillegges stor vekt når lovens ordlyd gir rom for flere tolkningsalternativer. Det gjelder ikke minst i et tilfelle som dette hvor uttalelsene er gjentatt flere ganger i ulike forarbeider over tid.

HSH mener det ikke er riktig som departementet fremhever at uttalelsene i forarbeidene skal tillegges mindre rettskildemessig verdi fordi harmoniseringen av arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven ble reversert av Stoltenberg II-regjeringen. Vi viser i denne forbindelse til at Høyesterett uttaler i premiss (93) nettopp at dette ikke svekker rettskildevekten av de nevnte uttalelsene i forarbeidene ettersom uttalelsene "ikke er knyttet opp mot forståelsen av de tilsvarende regler i tjenestemannsloven". Videre uttales i samme avsnitt at det heller ikke på noen annen måte kan utledes at den planlagte harmoniseringen var en forutsetning for at begrepet "sammenhengende midlertidig ansatt" skal forstås slik forarbeidene gir anvisning på.

HSH mener videre det ikke er riktig som departementet uttaler at det ikke foreligger sterke reelle hensyn for den løsning som Høyesteretts flertall gir anvisning på. Vi viser i denne forbindelse til at bakgrunnen for innføringen av fireårsregelen er at dersom en person har vært tilknyttet en virksomhet over en lengre periode, tilsier hensynet bak stillingsvernreglene at arbeidsgiver ikke kan bringe arbeidsforholdet til opphør uten å gå veien om oppsigelse. Dersom personen har vært fraværende i løpet av denne fireårsperioden så foreligger ikke en slik tilstrekkelig tilknytning som begrunner fireårsregelen, uavhengig av hva som er årsaken til fraværet, jf også uttalelser av Høyesteretts flertall i den ovenfor nevnte dom.

Videre viser departementet til uttalelser i Ot.prp. nr 49 (2004-2005) om at dersom en arbeidstaker har vært ansatt i mer enn fire år så indikerer dette normalt et stabilt behov for arbeidskraft og arbeidstaker bør derfor omfattes av lovens stillingsvernregler. HSH mener det er sentralt i denne sammenheng at dersom arbeidstaker er fraværende i en situasjon med behov for arbeidskraft, så vil arbeidsgiver normalt måtte tilsette en vikar for vedkommende som selv vil ha rettigheter etter fireårsregelen. Vi mener derfor beregning av fireårsregelen ved arbeidstakers fravær må knyttes til arbeidstakers tilstedeværelse og ikke til hvorvidt behovet for arbeidskraft i seg selv varer lengre enn fire år.

Departementet mener at det er uheldig med ulike fortolkninger, og at de beste grunner taler for at § 14-9 femte ledd endres slik at det gjøres klart at arbeidstakers fravær ikke skal komme til fradrag ved beregning av fireårsregelen. HSH er ikke enig i dette og mener det gir god forutsigbarhet at fireårsregelen i utgangspunktet knyttes til arbeidstakers tilstedeværelse på arbeidssedet.

HSH mener at dersom det likevel besluttes at arbeidstakers fravær ikke skal gå til fradrag i fireårsregelen, så må det uansett foretas en nyansering i forhold årsaken til arbeidstakers fravær og også lengden av fraværet. Vi mener det er selvsagt at det ikke kan gjøres fratrukk for fravær som f eks skyldes ulønnet permisjon i forbindelse med feriereiser eller lignende. Vi forutsetter at det i så fall gjøres klart i forarbeidene at fravær av en viss lengde skal gå til fradrag, og vi mener dette i så fall bør bero på en konkret vurdering ut fra årsaken til fraværet.

Vennlig hilsen  
**HSH**

Kim Nordlie /s/  
Direktør

Dagny Raa /s/  
Advokat