

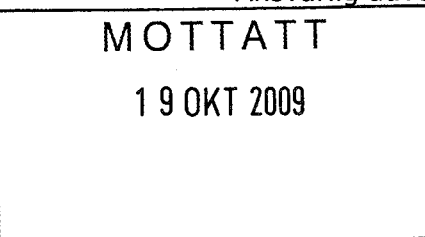
Wiersholm

Arbeids- og inkluderingsdepartementet
Postboks 8019 Dep.
0030 Oslo

Oslo, 16. oktober 2009

Ref: 1227734/1//CSO

ANSVARTILGJØRSEL: Advokat: Jan Fougner



Deres ref: 200804809-/RYA

Høringsuttalelse om forslag til endringer i arbeidsmiljølovens bestemmelse om midlertidig ansettelse

1. INNLEDNING

Det vises til departementets høringsbrev av 17. juni 2009 med forslag til endringer i arbeidsmiljølovens bestemmelse om midlertidig ansettelse – tilkallingsavtaler mv., og med høringsfrist 17. oktober 2009.

Departementet foreslår lovfesting av at arbeidstakers fravær ikke skal gå til fradrag ved beregning av ansettelsestidens lengde i relasjon til fireårsregelen. Forslaget har praktiske implikasjoner som det ikke fremgår klart av høringsbrevet om departementet har vurdert. Wiersholm, Mellbye & Bech advokatfirma AS vil nedenfor først presisere sitt syn på gjeldende rett vedrørende adgangen fradrag for fravær (punkt 2). Deretter kommenteres visse sider ved departementets endringsforslag til fireårsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd, herunder med forslag til annen formulering av et slikt tillegg til § 14-9 femte ledd vedrørende fradrag for fravær (punkt 3).

2. GJELDENDE RETT

Departementet synes å legge til grunn at det kun er sykefravær som etter gjeldende rett skal gå til fradrag i beregning av opptjeningstiden etter fireårsregelen. Det er riktig at Høyesterett i Rt. 2009 s 578 rent konkret kun tok stilling til fradrag for sykefravær, imidlertid medfører flertallets begrunnelse for resultatet, hvor det vises til vekten av forarbeidernes klare uttalelser om fradrag for fravær (se premiss 91-93 og 100), at det etter gjeldende rett kan gjøres fradrag ikke bare ved lengre sykefravær, men også ved permitteringer, permisjoner og militærtjeneste m.v.

3. PRAKTISKE KONSEKVENSER AV DEPARTEMENTETS FORSLAG

Departementet peker i høringsbrevet blant annet på det uheldige i at adgang til fradrag for fravær ved beregning av opptjeningstid etter fireårsregelen ikke fremgår av bestemmelsens ordlyd. Vi er enige i at hensynet til forutsigbarhet for arbeidslivets parter og enhetlig praktisering av fireårsregelen tilsier at adgangen til fradrag forankres direkte i lovens ordlyd. Vi er imidlertid ikke enige i at disse hensyn nødvendigvis tilsier en regel i tråd med departementets forslag.

Departementet har i høringsuttalelsen kun vist til at "Lovgrunnen for fireårsregelen er at det normalt indikerer et stabilt behov for arbeidskraft dersom en arbeidstaker har vært ansatt i en og samme virksomhet i fire år". Rett til fast stilling har imidlertid ikke bare en side til arbeidsgivers arbeidskraftsbehov. Rett til fast stilling forutsetter også at vedkommende midlertidige ansatte arbeidstaker opparbeider seg et tilstrekkelig stabilt og langvarig tilknytningsforhold til virksomheten. Kravet om tilstrekkelig tilknytning til virksomheten ligger implisitt i vilkåret om "sammenhengende" ansettelsestid. Selv om

arbeidsgiver har et midlertidig arbeidskraftsbehov på fire år, vil det ikke oppstå rett til fast stilling dersom en midlertidig ansatt velger å slutte etter to år, og blir erstattet av en annen midlertidig ansatt, slik at ansettelsestiden etter fireårsregelen – til tross for arbeidsgivers stabile behov for arbeidskraft knyttet til den konkrete stillingen – blir delt i to. Årsaken til dette er at fireårsregelens tilknytningskrav ikke vil være oppfylt for vedkommende midlertidige ansatt.

Ved en regel slik departementet foreslår, vil en vesentlig del av begrunnelsen for at rett til fast stilling inntreffer etter fire års sammenhengende ansettelse svikte. Opptjening til tross for lengre tids fravær strider mot bestemmelsens tilknytningskrav. Dersom ethvert fravær av enhver lengde skulle gi opptjening til fireårsregelen, kan man risikere at midlertidige ansatte som er mer fraværende enn tilstede på jobb oppnår rett til fast stilling etter fire år som formelt ansatt. En rekke typer fravær vil kunne aktualisere en slik situasjon, herunder ulønnet studiepermisjon/omsorgspermisjon og permittering.

Eksempelvis vil en midlertidig ansatt som etter kort tids ansettelse blir sykmeldt grunnet graviditet, og går direkte fra sykemelding til foreldrepermisjon i ett år, for deretter å benytte retten til ulønnet permisjon i to år direkte etter foreldrepermisjonen, få rett til fast stilling til tross for å ha vært fraværende det meste av fireårsperioden. Dersom vedkommende har vært erstattet av en vikar, vil man få en situasjon med dobbelt opptjening, hvor to midlertidige ansatte kan opptjene rett til samme faste stilling.

I høringsbrevet har departementet særlig vist til at vernehensyn gjør seg gjeldende i forhold til sykemeldte midlertidige ansatte. Verken Høyesterett eller departementet har imidlertid vurdert eller kommentert vernebehovet for midlertidige ansatte ved fravær grunnet lønnede eller ulønnede permisjoner, permittering, militærtjeneste m.v. Vi kan ikke se at tilsvarende vernehensyn som for sykefravær gjør seg gjeldende ved slikt annet fravær. Vi er imidlertid enige med departementet i at likestillingshensyn kan gjøre fradrag for lønnet foreldrepermisjon problematisk.

Etter vår oppfatning tilsier en avveining av hensynene bak fireårsregelen og ovennevnte verne- og likestillingshensyn at opptjening ved fravær bør begrenses til kortere fravær, sykefravær og lønnet foreldrepermisjon.

Vi foreslår derfor et tillegg til § 14-9 (5) som følger: *Fravær utover 14 dager, med unntak av sykefravær og lønnet permisjon, skal gå til fradrag ved beregning av ansettelsestidens lengde.*

For øvrig vedlegges artikkelen "Midlertidig ansattes rett til fast stilling etter fireårsregelen" av advokatfullmektig Christel Søreide, hvor fireårsregelen behandles i større bredde i lys av Rt. 2009 s 578. Artikkelen er under trykking, og vil utkomme i tidsskriftet Arbeidsrett, nr. 3/2009.

Med vennlig hilsen
for Wiersholm, Mellbye & Bech, advokatfirma AS

Christel Søreide

for Jan Fougner og Christel Søreide

MIDLERTIDIG ANSATTES RETT TIL FAST STILLING ETTER FIREÅRSREGELEN

1. INNLEDNING

Det er i norsk rett grenser for hvor lenge et midlertidig ansettelsesforhold kan vare før arbeidstakeren får oppsigelsesvern som fast ansatt. Ett av rettsgrunnlagene som kan gi midlertidig ansatte krav på fast stilling, er Arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd annen setning ("fireårsregelen").¹ Bestemmelsen lyder slik:

"For arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år kommer reglene om oppsigelse av arbeidsforhold til anvendelse. Dette gjelder likevel ikke for arbeidstaker som er midlertidig ansatt etter første ledd bokstav c, d og e."

Fireårsregelen var ment som en enkel og klar regel. Vanskeligheter har imidlertid vist seg når regelen skal anvendes i praksis. I mai 2009 ble den første Høyesterettsdommen vedrørende anvendelsen av fireårsregelen avsagt, Rt. 2009 s 578 ("Sykehuset Innlandet-dommen"), jf. pkt. 4 nedenfor. Like før Høyesteretts behandling av saken fremmet departementet forslag om visse endringer i § 14-9 femte ledd, og forslagene ble vedtatt uendret 19. juni 2009.² I kjølvannet av dommen er det kommet ytterligere forslag om endringer av bestemmelsen. Nedenfor behandles problemstillinger knyttet til anvendelsen av fireårsregelen både slik bestemmelsen lyder i dag, og med vedtatte og foreslåtte endringer.

2. AKTUELLE PROBLEMSTILLINGER VED ANVENDELSE AV FIREÅRSREGELEN

Frem til nå har det vært uklart om alle typer midlertidige ansettelsesforhold kan gi opptjening til fireårsregelen, eller om visse ansettelsesforhold i sin helhet er unntatt fra fireårsregelens anvendelsesområde. Videre har det vært omstridt og uavklart om fravær i løpet av det midlertidige ansettelsesforholdet, eksempelvis sykefravær og permisjoner, skal gå til fradrag i beregningen av ansettelsesforholdets lengde. Sykehuset Innlandet-dommen gir langt på vei avklaring på disse spørsmålene. Departementet har imidlertid tatt initiativ til lovendring for å forhindre at resultatet av Høyesteretts dom når det gjelder betydningen av fravær blir stående, se nedenfor pkt. 5.3.2.

Praktisk viktige spørsmål er imidlertid fortsatt uavklarte. Må den midlertidige stillingen ha en viss intensitet før opptjening til fireårsregelen begynner, eller løper fireårsfristen fra første ekstravakttime? Hvor lange opphold i ansettelsesforholdet må til før kravet til sammenheng anses brutt? Er ansettelsesforholdets innhold og stillingsbrøk ved passering av fireårsmerket avgjørende for hva slags fast stilling som oppnås, eller skal det skje en gjennomsnittsberegning av stillingsbrøker og konkret vurdering i forhold til stillingens innhold og tjenestested? Og kan en arbeidsgiver forhindre at en midlertidig ansatt oppnår fast stilling etter fireårsregelen ved å avslutte arbeidsforholdet rett før fireårsmerket nås? Som for andre typer fristregler, er klare holdepunkter for når fireårsfristen begynner sitt løp, hvilke perioder fristen eventuelt ikke løper, og når innslagspunktet nås av avgjørende betydning. Spørsmål om hva som gir opptjening, fradrag og avbrudd står derfor sentralt i det videre. Først presenteres imidlertid fireårsregelens forhistorie og kilder.

¹ Et arbeidsforhold kan for øvrig gå over fra å være tidsbegrenset til å bli tidsubegrenset før fire år på grunnlag av den ulovfestede læren om krav på fast ansettelse ved dekning av varige arbeidskraftsbehov. Læren er primært utviklet i rettspraksis gjennom Statfjordsaken i Rt. 1989 side 1116, ambulansesaken i Rt. 2006 side 1158, og nå stadfestet i Rt. 2009 s 578 (Sykehuset Innlandet). For det nærmere innhold i den ulovfestede læren om varige behov og forholdet til fireårsregelen vises til Jan Fougner's artikkel i Arbeidsrett 2009/2. I tillegg utgjør fire års sammenhengende tjenestetid grensen mellom det sterke og svake oppsigelsesvernet i tjenestemannsloven §§ 9 og 10 for midlertidig tilsatte tjenestemenn.

² Lov av 19. juni 2009. Lovendringen forutsettes å tre i kraft 1. januar 2010. Aml. § 14-9 femte ledd vil da lyde: "Midlertidige arbeidsavtaler opphører ved det avtalte tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeidet er avsluttet, med mindre noe annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale. 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."

3. BAKGRUNNEN FOR INNFØRINGEN AV FIREÅRSREGELEN

Fireårsregelen i arbeidsmiljøloven trådte i kraft 1. januar 2006, sammen med arbeidsmiljøloven av 2005 forøvrig.³ Begrunnelsen for innføringen av en fire års grense for varigheten av et sammenhengende midlertidig ansettelsesforhold var tredelt. For det første var intensjonen å hindre at arbeidstakere blir gående på midlertidige ansettelseskontrakter over et for langt tidsrom. Dette er uheldig i seg selv, og kan også bidra til å undergrave fast ansettelse som den klare hovedregel i norsk arbeidsliv. I forarbeidene vises for det andre til at midlertidighet i en og samme virksomhet i over fire år, indikerer at virksomheten har et stabilt behov for arbeidskraften. I slike situasjoner svikter begrunnelsen for å løse arbeidskraftsbehovet gjennom midlertidig ansettelse i de fleste tilfeller. Dersom grunnlaget for en stilling bortfaller eksempelvis etter fem eller seks år, vil de alminnelige regler om oppsigelse grunnet virksomhetens forhold om nødvendig måtte anvendes. En tredje begrunnelse for innføring av fireårsregelen var hensynet til harmonisering av arbeidsmiljøloven og tjenestemannslovens regler.⁴

Selv om fireårsregelen var ny i arbeidsmiljøloven av 2005, har en slik regel lenge eksistert i tjenestemannslovens regler om oppsigelsesvern, §§ 9 og 10.⁵ Disse reglene var bakgrunnen for at en tilsvarende regel om maksimal lengde for midlertidig tilsetting første gang ble foreslått av arbeidsmiljølovutvalget i 1992. Forslaget kom i forbindelse med at begrensningene i adgangen til midlertidig ansettelse i den tidligere arbeidsmiljøloven § 57 ble flyttet til en egen § 58A, vedtatt i 1995.⁶ Departementet var den gang positive til innføring av en slik grense for varigheten av midlertidige ansettelsesforhold, men valgte å ikke fremme forslag om dette i påvente av tilpasning til eventuelt EØS-regelverk om atypiske arbeidsforhold.⁷ Ved stortingsbehandlingen ble det av komitémedlemmer fra Senterpartiet, SV og KrF likevel fremmet et lovforslag om tidsbegrensning på tre år "for å unngå de langvarige, midlertidige ansettelser". Lovforslaget lød slik: *"Arbeidstaker som har mer enn tre års sammenhengende tjenestetid i virksomheten, anses som fast tilsatte uavhengig av hva som var den opprinnelige årsaken til at det ble gitt tidsbegrenset arbeidsavtale"*.⁸ Forslaget ble imidlertid ikke vedtatt.

Departementets avventende holdning i 1993 skyldtes EUs arbeid med modernisering av arbeidsmarkedspolitikken og forbedring av arbeidstakernes arbeidsvilkår i forbindelse med etablering av det indre marked. Arbeidet resulterte blant annet i Rådsdirektiv 97/81/EF (deltidsdirektivet) og Rådsdirektiv 99/70/EF om midlertidig ansettelse, se også NOU 2004:5 s 177 og 278. Direktiv 1999/70/EF er basert på en rammeavtale inngått mellom de sentrale europeiske arbeidslivspartene. Rammeavtalen fastsetter generelle prinsipper og minstekrav for midlertidig ansettelse, og har som ett av to formål å forhindre misbruk som følge av flere påfølgende midlertidige ansettelsesforhold (*"use of successive fixed-term employment contracts or relationships"*, rammeavtalens artikkel 1 b). I rammeavtalens artikkel 5 er inntatt en bestemmelse som pålegger medlemslandene å treffe ett av tre nærmere angitte tiltak for å hindre misbruk som følge av gjentatte midlertidige ansettelser. Ett av disse alternativene er innføring av nasjonale regler som angir *"den maksimale samlede varighet af flere påhindanden følgende tidsbegrensede ansettelseskontrakter eller arbeidsforhold"*. I forbindelse med implementering av direktivet i norsk rett, Ot.prp.nr.64 (2001-2002), ble det imidlertid lagt til grunn at arbeidsmiljøloven § 58A, allerede før innføring av fireårsregelen, tilfredsstilte direktivets kjernedel, jf. artikkel 5 i rammeavtalen.

Forslag om innføring av fireårsregelen ble fremsatt på nytt parallelt med Arbeidslivslovutvalgets arbeid med forslag til ny arbeidsmiljølov, jf. Ot.prp.nr. 12 (2003-2004). Forslaget ble denne gang fremsatt av Bondevik II-regjeringen, som ikke ønsket å vente på Arbeidslivslovutvalgets arbeid. Fireårsregelen ble foreslått som en motvekt mot Bondevik II-regjeringens forslag om utvidet adgang til bruk av midlertidig ansettelse. Det fremgår av proposisjonen at fireårsregelen ble vurdert til å være i samsvar med EU-direktivets intensjoner.⁹ Departementet viste for øvrig til at fireårsregelen ville gi arbeidsgiver og arbeidstaker en klar og forutsigbar regel for hvor lang tid det

³ Grunnen til at det allerede foreligger en Høyesterettsdom om fireårsregelen, gjeldende fra 2006, er at det i foredraget til ikrafttredelsesresolusjonen uttales at regelen også vil komme til anvendelse på midlertidige arbeidsavtaler som forlenges etter 1. januar 2006, Kgl. res. 17.06.2005, se pkt. 5.2.

⁴ NOU 2004:5 s 303 og Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s 218

⁵ Lov 1983-03-04 nr. 3 om statens tjenestemenn

⁶ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s 176 og 180.

⁷ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s 180 og s 168.

⁸ Innst.O.nr. 2 (1994-1995) side 30

⁹ Ot.prp.nr.12 (2003-2004) s 17 og 18, og pkt. 3.2

kan avtales midlertidig ansettelse, og hindre at arbeidstakere blir gående på "evigvarende" midlertidige kontrakter.¹⁰ Under komitébehandlingen ble det likevel vedtatt å overlate vurdering av lovforslagene til Arbeidslivslovutvalget, og avvente Arbeidslivslovutvalgets videre arbeid, under henvisning til budsjettavtale mellom regjeringspartiene og Arbeiderpartiet.¹¹

Arbeidslivslovutvalgets foreslo i henhold til ovennevnte, jf. innstillingen i NOU 2004: 5, å gi midlertidig ansatte rett til fast ansettelse etter fire års sammenhengende midlertidig ansettelse.¹² I Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) fremmet departementet utvalgets forslag, og forslaget fikk tilslutning under komitébehandlingen.¹³ I forbindelse med Stoltenberg II-regjeringens endringer i den da allerede vedtatte arbeidsmiljøloven, ble fireårsregelen opprettholdt, og regelen var verken gjenstand for diskusjon eller endringer.¹⁴ Bestemmelsen lyder per i dag som angitt innledningsvis.

Forarbeidene til fireårsregelen er preget av at adgangen til midlertidig ansettelse, og således utformingen av de øvrige ledd § 14-9, var svært omstridt. § 14-9, hvor fireårsregelen inngår i siste ledd, ble endret en rekke ganger i lovgivningsprosessen. Fordi fireårsregelen som sådan ikke har vært omstridt, vil imidlertid samtlige av forarbeidene ha relevans for vurdering av regelens innhold i dag. Forarbeidene må likevel leses med det for øye at henvisninger til de øvrige deler av § 14-9 ikke nødvendigvis tilsvarer det innhold bestemmelsen til slutt fikk.¹⁵

Til tross for at klare regler knyttet til bruk og lengden av midlertidige ansettelsesforhold var en uttalt målsetning i forbindelse med endringene i arbeidsmiljøloven av 2005, synes man å lovgivningsarbeidet å ha oversett praktisk viktige situasjoner knyttet til anvendelsen av fireårsregelen. Sykehuset Innlandet-saken illustrerer noen av dem.

4. SYKEHUSET INNLANDET-SAKEN

Rt. 2009 s 578 (Sykehuset Innlandet) er den første dommen hvor Høyesterett tar stilling til anvendelsen av fireårsregelen. Saken gjaldt en hjelpepleier (A), som fra oktober 2001 til november 2007 hadde midlertidige ansettelsesforhold med ulike rettslige grunnlag ved fire psykiatriske poster ved sykehusets divisjon for psykisk helsevern. A gjorde i oktober 2006 gjeldende at han hadde fast stilling ved sykehuset, men arbeidsgiver aksepterte ikke As syn. Høyesterett kom til at A verken hadde krav på fast stilling etter fireårsregelen, eller den ulovfestede læren om ulovlig midlertidig ansettelse ved varige vikarbehov.

A var først tilknyttet sykehuset som hospitant på arbeidsmarkedstiltak, deretter var han ekstravakt og fast vikar, for så å gå over i det arbeidsgiver mente var praksisarbeid frem til sykemeldingstidspunktet i november 2006, hvorefter han ikke kom tilbake i arbeid før det avtalte utløpet av ansettelsesforholdet, ved utgangen av 2007.

I relasjon til fireårsregelen, var sykehusets syn at kun vikararbeidet/ekstravaktarbeidet inngikk i beregningen av fireårsperioden. I henhold til § 14-9 femte ledd kommer fireårsregelen ikke til anvendelse for "arbeidstaker som er midlertidig ansatt etter første ledd bokstav c, d og e." Bokstav c gjelder praksisarbeid, bokstav d gjelder deltaker i arbeidsmarkedstiltak, og bokstav e gjelder idrettsutøvere, idrettstrenere, dommere og andre ledere innen den organiserte idretten. A anførte imidlertid for Høyesterett at ansettelsestid etter bokstav c og d (alternativ e var ikke relevant i saken) skulle inngå i beregningen av samlet ansettelsestid. Dette fordi bestemmelsen etter sin ordlyd indikerer at kun arbeidstakere som på innslagstidspunktet for fireårsregelen er ansatt etter disse alternativene, faller utenfor, jf. uttrykker "er" i § 14-9 femte ledd siste setning, mot uttrykket "har vært" i bestemmelsens nest siste setning. Høyesterett måtte derfor ta stilling til om praksisarbeid og arbeidsmarkedstiltak likevel inngår i opptjeningsgrunnlaget til fireårsregelen, i en situasjon hvor vedkommende på innslagstidspunktet er midlertidig ansatt som vikar. Høyesterett tok avstand fra en slik fortolkning av bestemmelsens ordlyd, og kom, på bakgrunn av uttalelser i

¹⁰ Samme, side 21

¹¹ Innst.O.nr.34 (2003-2004) pkt. 2.2

¹² Se NOU 2004:5 s 176 og 562

¹³ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005 s 218 og 333, og Innst.O.nr. 100 (2004-2005) side 41

¹⁴ Innst.O.nr. 18 (2005-2006) side 5

¹⁵ I Sykehuset Innlandet-dommen, særlig premiss 100, kommenteres betydningen av fireårsregelens forarbeider, og det uttales at forarbeidene får særlig vekt der de samme uttalelser om fireårsregelen er gjentatt flere ganger over tid.

forarbeidene, til at bestemmelsen utelukkende kommer til anvendelse på midlertidige ansettelsesforhold etter § 14-9 første ledd bokstav a og b, se nærmere pkt. 5.1 nedenfor.¹⁶

I periodene A var midlertidig ansatt i arbeidsmarkedstiltak (hospitantstilling) og i praksisarbeid, tok han ekstravakter av varierende omfang ved siden av. I tillegg arbeidet han noe overtid utover stillingen som hospitant. Det var derfor avgjørende om ekstravaktarbeidet/overtidsarbeidet måtte anses som del av hospitantstillingen og praksisstillingen, eller om overtiden og ekstravaktarbeidet kunne gi selvstendig opptjening til fireårsregelen ved at A for dette arbeidet var å anse som vikar. Hvis så var tilfellet ville fireårsfristen begynne sitt løp i mens As hovedtilknytningsforhold til sykehuset var som hospitant på arbeidsmarkedstiltak, og fortsette sitt løp mens hans hovedtilknytning var praksisarbeid.

Det var for øvrig omtvistet om A faktisk hadde en praksisstilling i henhold til § 14-9 første ledd bokstav c, og sykehuset fikk ikke medhold på dette punktet. En vesentlig årsak til at Høyesterett tok saken til behandling var nettopp spørsmålet om hva som ligger i lovens begrep "praksisarbeid", og dommen inneholder prinsipielle uttalelser særlig når det gjelder hva som kan anses som praksisarbeid. Utover å ha betydning for anvendelsen av fireårsregelen, vil dommen derfor i fremtiden ha stor betydning når det gjelder rekkevidden av adgangen til midlertidig ansettelse i forbindelse med praksis, kvalifisering og videreutdanning.¹⁷

A var sykmeldt fra november 2006 og til november 2007, hvor ansettelsesforholdet opphørte. På sykemeldingstidspunktet hadde A i tre år og sju måneder vært i sammenhengende midlertidig arbeid ved sykehuset som etter Høyesteretts syn kvalifiserte til opptjening til fireårsregelen. Spørsmålet om sykefraværet skulle gå til fradrag i beregningen av ansettelsestiden, var derfor av avgjørende betydning for om A hadde rett til fast stilling. Fradrag er ikke regulert i bestemmelsens ordlyd. Høyesterett delte seg i et flertall og et mindretall for dette spørsmålet. Flertallet kom imidlertid til at sykefravær av en viss lengde skal gå til fradrag på grunnlag av uttalelser om dette i fireårsregelens forarbeider. Fradragsspørsmål behandles nedenfor i pkt. 5.3.

5. OPPTJENING TIL FIREÅRSREGELEN – HVA SKAL TELLES MED?

5.1 Hvilke midlertidige ansettelsesforhold omfattes av fireårsregelen?

Midlertidig ansettelse kan kun skje innenfor unntakene fra hovedregelen om fast ansettelse, angitt i arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstav a til e, i tredje ledd, samt etter § 14-10 (åremål). Fireårsregelen kommer imidlertid ikke til anvendelse på alle typer av lovlige midlertidige ansettelsesforhold. Det er kun midlertidige ansettelsesforhold etter bestemmelsens første ledd bokstav a og b om arbeidets karakter og vikariater, som gir opptjening til fireårsregelen.

Ordlyden i § 14-9, femte ledd kan, som nevnt foran under pkt 4, isolert sett tas til inntekt for at alle typer midlertidige ansettelsesforhold vil telle med i beregningen av ansettelsestid etter fireårsregelen, så lenge arbeidstakeren ved innslagstidspunktet er ansatt med hjemmel i andre alternativer enn bestemmelsens bokstav c, d og e om praksisarbeid, arbeidsmarkedstiltak eller særskilte stillinger innen den organiserte idretten. Høyesterett fastslår imidlertid i Sykehuset Innlandet-dommen, under henvisning til klare uttalelser i fireårsregelens forarbeider, samt i Ot.prp.nr. 54 (2008-2009), at det kun er midlertidig arbeid i medhold av § 14-9, første ledd bokstav a og b (arbeidets karakter og vikariater) som inngår i beregningen etter fireårsregelen. Annet midlertidig arbeid skal ikke regnes med verken når arbeidstakeren har slikt arbeid ved utløpet av fireårsperioden eller når arbeidstakeren tidligere har hatt slikt arbeid.

Lovteksten er nå vedtatt endret i samsvar med dette. Grunnet flere henvendelser til departementet vedrørende uklarhetene i arbeidsmiljølovens fireårsregel, fremmet departementet i Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s 41 flg. forslag om at ordlyden i § 14-9 femte ledd annen setning endres til at *"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."* Det fremgår imidlertid klart at dette etter departementets oppfatning er slik bestemmelsen skal forstås også uten lovendring. Lovendringsforslaget er imidlertid begrunnet i behovet for å unngå ytterligere fremtidig tolkningstvil. Forslaget ble vedtatt 19. juni 2009, og vil tre i kraft fra 1. januar 2010.

¹⁶ Dette er i tråd med departementets syn i Ot.prp.nr.54 (2008-2009) og § 14-9 femte ledd er nå vedtatt endret i tråd med dette, jf. lov av 19. juni 2009, se nedenfor pkt. 5.1

¹⁷ Dette behandles nærmere hos Jan Fougner i Arbeidsrett nr. 2009/3.

Midlertidig ansettelse grunnet praksisarbeid, arbeidsmarkedstiltak eller for så vidt også åremålsstillinger, inngår således ikke i noen relasjon i beregningen av opptjeningstid etter fireårsregelen. Fireårsregelen i arbeidsmiljøloven skal derfor ikke anvendes på samme måte som fireårsregelen i tjenestemannsloven. Ved overgang til midlertidig engasjement eller vikariat i etterkant av eksempelvis en utdanningsstilling, har staten som arbeidsgiver lagt til grunn at tiden i utdanningsstillingen også skal medregnes, det samme gjelder forutgående ansettelse i arbeidsmarkedstiltak eller i åremålsstillinger.¹⁸ Denne praksisen må imidlertid sies å ha mindre støtte i tjenestemannslovens formål og ordlyd enn i arbeidsmiljølovens ordlyd, og er ikke behandlet i tjenestemannslovens forarbeider. Det kan derfor, i lys av Høyesteretts dom, reises spørsmål ved det rettskildemessige grunnlaget for praksisen etter tjenestemannsloven. Denne lovforståelsen kan også ha uheldige konsekvenser, eksempelvis innen universitetssektoren. Blant annet vil stipendiater (som er ansatt for å utføre eget forskningsarbeid frem til doktorgrad) i henhold til praksis få sterkt oppsigelsesvern dersom de direkte etter en 4-årig stipendiatperiode ansettes midlertidig i et kortere vikariat eller prosjekt, eksempelvis i påvente av disputas. Universiteter og høyskoler risikerer derved å få fast ansatte utover det arbeidskraftsbehov som foreligger. Slik utilsiktet fast ansettelse vil kunne redusere arbeidsgivers handlingsrom i forhold til rekruttering av de best kvalifiserte til permanente undervisnings- og forskningsstillinger. Gjeldende lovforståelse kan også være uheldig for stipendiater, som kan oppleve at de er mindre attraktive for midlertidige oppdrag i forskningsprosjekter og undervisningsstillinger.

I forlengelsen av spørsmålet om når det faktisk opptjenes til fireårsregelen, oppstår også spørsmål om hvordan et ansettelsesforhold skal karakteriseres i relasjon til de ulike alternativene i § 14-9, første ledd. Dette er ikke en egen problemstilling for fireårsregelen, men gjelder bruken av alternativene i § 14-9 generelt, og vanskelighetene som oppstår når en i etterkant skal subsumere et faktisk arbeidsforhold under lovens ulike alternativer.¹⁹ Spørsmål om hvordan et ansettelsesforhold skal karakteriseres i henhold til alternativene i § 14-9 første ledd kom på spissen i Sykehuset Innlandet – dommen i to relasjoner; for det første hva som kan anses som praksisarbeid i henhold til § 14-9 første ledd bokstav c, og for det andre spørsmål om hvordan et ansettelsesforhold skal kategoriseres når elementer av arbeidsforholdet kan klassifiseres under flere av alternativene i § 14-9 første ledd:

A ble av Sykehuset Innlandet garantert minst 50% relevant stilling da han påbegynte videreutdanning med krav til praksis under utdanningen. A ble imidlertid ikke ansatt i en øremerket praksisstilling, men arbeidet videre som vikar for navngitte personer og med lønn fra vikarbudsjettet, selv om arbeidsgiver informerte A om at stillingen var knyttet til perioden han var i utdanning. Høyesterett kom derfor til at vikarelementet var mer fremtredende enn praksiselementet.²⁰ Høyesteretts avgjørelse viser derfor for det første at den faktiske organiseringen av en stilling, uavhengig av formelle rammer, kan ha avgjørende betydning for klassifiseringen og dermed for når det faktisk opptjenes til fireårsregelen. For det andre viser dommen at arbeidstakerens hovedtilknytning til virksomheten i utgangspunktet vil være avgjørende når elementer av arbeidsforholdet kan klassifiseres under flere av alternativene i § 14-9 første ledd. I Sykehuset Innlandet-saken kom dette på spissen fordi A i perioden han var hospitant i regi av Aetat (nå NAV), også utførte noe lønnet overtidarbeid og ekstravakter. Høyesterett kom likevel til at dette arbeidet ikke kunne vurderes løsrevet fra A's hovedstilling, her som hospitant/deltaker i arbeidsmarkedstiltak: *"Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om det aktuelle overtidarbeidet og ekstravaktene hadde tilstrekkelig omfang og hyppighet til å anses som sammenhengende arbeid på eget grunnlag. Avgjørende for meg er at arbeidet ikke kan vurderes løsrevet fra hospiteringen. Overtidsarbeidet – som skjedde 16 ganger i løpet av ett og et halvt år med inntil to og en halv time hver gang – ble utført direkte i forlengelsen av hospiteringsarbeidet, og jeg finner det klart at dette må anses som en del av hospiteringen. De 35 ekstravaktene kom tilfeldig og spredt, og jeg kan ikke se at det var et tilstrekkelig fast mønster i vaktene til at annet enn hospiteringen var grunnlaget for dette arbeidet."*²¹ Hovedtilknytningen til virksomheten vil derfor etter Høyesteretts syn være avgjørende for slikt avledet arbeid. At en

¹⁸ Se Bjørnaraa, Gaard og Selmer (2000) s 336-337 og s 409-410 med henvisninger til avgjørelser fra AAD. Se også TOSLO-2007-99956 som illustrasjon.

¹⁹ Det kan her nevnes at det ikke er påkrevet å angi hjemmelen for et midlertidig ansettelsesforhold i ansettelsesavtalen.

²⁰ Sykehuset Innlandet-dommen premiss 82-88, særlig premiss 87. Dommens nærmere betydning for anvendelse av praksisstillinger er behandlet hos Jan Fougner i *Arbeidsrett* nr. XX

²¹ Dommen premiss 69

turnuslege eksempelvis tar enkelte ekstravakter utover stillingen som praksisarbeider, jf. § 14-9 første ledd bokstav c), vil således ikke gi opptjening til fireårsregelen.

5.2 Overgangsregler

I ikrafttredelsesresolusjonen, kgl. res 17.06.2005, forutsettes at fireårsregelen i utgangspunktet ikke vil komme til anvendelse for midlertidige ansettelsesavtaler som løpet på tidspunktet for bestemmelsens ikrafttredelse, 1. januar 2006. Midlertidige ansettelsesforhold inngått før 2006, eksempelvis som "midlertidig ansettelse ut prosjektets varighet" og hvor det opprinnelige ansettelsesforholdet fortsatt vedvarer utover fire år, vil derfor ikke omfattes av fireårsregelen, og må eventuelt vurderes i forhold til læren om fast ansettelse ved varige behov eller som ulovlig midlertidig ansettelse etter § 14-9 første ledd.

I foredraget til ikrafttredelsesresolusjonen er det imidlertid uttalt at ved forlengelse av midlertidige ansettelsesforhold, vil også ansettelsestid før 1. januar 2006 telle med. Dette har fått støtte i juridisk teori, og også i Hålogaland lagmannsretts dom LH-2008-95609.²²

5.3 Fradragsspørsmål

5.3.1 Introduksjon av problemstillingene

Ved anvendelse av fireårsregelen må det skilles mellom hva som gir opptjening til fireårsregelen og således medfører at fireårsfristen løper, hva som vil avbryte fristen, slik at opptjening til fireårsregelen eventuelt må starte på nytt, og hva som eventuelt gir grunnlag for fradrag fra beregningen uten å representere et brudd. Spørsmål om det skal gjøres fradrag behandles her, mens spørsmål om avbrudd/kravet til sammenheng behandles nedenfor i pkt. 6.

Fradragsspørsmål aktualiseres både i tilfeller der den ansatte er borte fra arbeidet under et bestående ansettelsesforhold (sykdom, permisjoner m.v.), og i tilfeller hvor det er kortere avbrekk mellom ansettelsesforhold som ikke kvalifiserer for avbrudd. Gjeldende lovtekst regulerer ikke spørsmål om fradrag, og taler isolert sett for at det er ansettelsesforholdet, og ikke kun faktisk utført arbeid, som skal regnes med. Spørsmålet om fradrag er imidlertid behandlet i forarbeidene, i Sykehuset Innlandet-dommen, og nå også i det som må betraktes som etterarbeider, departementets høringsforslag av 17. juni 2009, jf. nedenfor pkt. 5.3.2.

Det har utviklet seg en vidtgående praksis for fradrag ved fravær i forhold til tjenestemannslovens fireårsregel. I forarbeidene til arbeidsmiljølovens fireårsregel er det derfor gjennomgående lagt til grunn at fradrag for fravær også skal gjøres her.²³ I forarbeidene til fireårsregelen, Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) side 333, presiseres således at: *"Fravær i form av sykdom, permisjoner, militærtjeneste m.v. hvor ansettelsesforholdet består, avbryter ikke ansettelsesforholdet, men skal normalt gå til fradrag ved beregning av ansettelsesforholdets lengde."* I juridisk teori er det imidlertid inntatt noe ulike holdninger til om det skal gjøres fradrag.²⁴

5.3.2 Sykefravær

Spørsmålet om det skal gjøres fradrag for fravær ble grundig behandlet i Sykehuset Innlandet-dommen, premiss 89 til 102. Som nevnt over, var spørsmålet om fradrag for sykefraværsperioden på ett år av avgjørende betydning for om arbeidstakeren ville ha rett på fast stilling etter fireårsregelen eller ikke. På sykemeldingstidspunktet hadde arbeidstakeren etter Høyesteretts syn vært sammenhengende midlertidig ansatt i tellende arbeidsforhold etter fireårsregelen i tre år og syv måneder. A fremsatte på dette tidspunktet, kort tid før han ble sykmeldt, krav om fast stilling på grunnlag av fireårsregelen. Det oppsto en konfliktsituasjon mellom A og arbeidsgiver som ledet til sykemelding, og A kom ikke tilbake i arbeid. Spørsmålet var derfor om A likevel, på et senere tidspunkt under sykemeldingsperioden og før ansettelsesforholdet opphørte, likevel oppnådde rett til fast stilling etter fireårsregelen.

²² Se Borgerud, Nordaas, Due og Næss: *Arbeidsrett* (2007) s 253 og Henning Jakhelln og Helga Aune: *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven*, Lill Chr. Egeland § 14-9 note 13 (pr. 2009). Se også tingrettens dom i Sykehuset Innlandet-saken, THEDM-2007-147913.

²³ Ot.prp.nr.12 (2003-2004) s 21, NOU 2004:5 s 562 og Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s 333

²⁴ Fougner og Holo: *Kommentarutgaven* (2006) s 667, og Jfr. Henning Jakhelln og Helga Aune: *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven*, Lill Chr. Egeland § 14-9 note 13 (pr. 2009) legger til grunn forarbeidenes uttalelse om fradrag for fravær. I lovkommentaren til § 14-9, femte ledd ved Ingeborg Moen Borgerud inntas det motsatte standpunkt, slik at fravær ikke skal gå til fradrag.

Høyesterett gjennomgår uttalelsene i lovens forarbeider og juridisk teori om spørsmålet, både etter arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven. I premiss 100 uttaler førstvoterende, med støtte fra flertallet, at: *"Når lovens ordlyd gir rom for flere tolkningsalternativer, vil klare uttalelser i forarbeidene normalt måtte tillegges stor vekt. Det gjelder ikke minst i et tilfelle som dette hvor uttalelsene er gjentatt flere ganger i ulike forarbeider over tid."* Flertallet kommer derfor til at *"sykefravær av en viss lengde skal gå til fradrag ved beregningen av fireårsregelen etter arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på hvor den nedre grensen går for fravær som skal trekkes fra, utover å nevne at den antydde grensen på 14 dager synes å være for knapp. I den foreliggende sak er sykefraværet på over ett år, og da må det klart gå til fradrag."*

Mindretallet kom derimot til at det ikke var riktig å gjøre fradrag i beregningen av ansettelsestidens lengde for As sykemeldingsperiode fra november 2006 og ut 2007. Mindretallet fant støtte for sitt syn i ordlyden i § 14-9 femte ledd annet punktum ("ansatt"), som viser til ansettelsesforholdets lengde, og pekte på at A helt frem til arbeidsforholdet opphørte ved utgangen av 2007 – etter sykemeldingsperioden på ett år, hadde vært "ansatt" i lovens forstand. Det ble også vist til at fradrag for sykefravær ville bryte med beregning av ansettelsestid i forbindelse med oppsigelsesfrister, regulert i arbeidsmiljøloven § 15-3 – med en tilsvarende formulering knyttet til "sammenhengende ansatt". Mindretallet kommer videre til at uttalelsene i forarbeidene vedrørende fradrag ved sykefravær må tillegges mindre vekt i lys av at den forutsatte harmoniseringen mellom arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven ble forlatt, og stiller også spørsmålstegn ved grunnlaget for slikt fradrag etter tjenestemannslovens regler. Annenvoterende fremhever at verken hensynet til arbeidstakeren eller virksomhetens fortsatte behov for arbeidskraft, støtter en innskrenkende tolkning av bestemmelsens ordlyd, og finner ytterligere støtte for konklusjonen i arbeidsmiljølovens formål om et inkluderende arbeidsliv og likestillingshensyn: *"Det harmonerer etter mitt syn dårlig med lovgrunnen bak disse reglene å gjøre fradrag for sykemeldingsperioder ved en midlertidig ansettelse som har slik varighet at den ellers ville kvalifisere til fast stilling."*²⁵ Til tross for en grundig og prinsipiell dissens på spørsmålet om fradrag for sykdomsfravær, fikk annenvoterende ikke flertall i sitt syn på at langvarig sykefravær skal telle med i opptjeningsgrunnlaget til fireårsregelen.

Dommen ledet til at departementet i høringsbrev av 17. juni 2009 foreslår å endre loven for å hindre at flertallets konklusjon på fradragsspørsmålet blir stående som gjeldende rett. I høringsbrevet foreslås således at det inntas som en ny siste setning i § 14-9 femte ledd om at *"Ved beregning av ansettelsestid etter foregående punktum skal det ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær."* Høringsfristen utløper 17. oktober 2009.

Det kan neppe være tvil om at både hensynet til en enkel og forutsigbar regel, hensynet til konsekvens og sammenheng i regelverket, og hensynet til arbeidstakers behov for stillingsvern, tilsier vedtagelse av ovennevnte lovendring. Mindretallets syn, og departementets lovforslag, innebærer imidlertid at en arbeidstaker som er mer fraværende enn til stede på jobb i løpet av en fireårsperiode, likevel vil kunne få rett til fast stilling etter fire år fra ansettelsestidspunktet. Arbeidsgivere må i en slik situasjon være oppmerksomme på at en eventuell vikar for den fraværende midlertidig ansatte, også vil kunne opptjene rettigheter etter fireårsregelen, og derfor ta høyde for slik dobbel opptjening etter fireårsregelen.

Inntil en eventuell lovendring, medfører Høyesteretts dom at det skal gjøres fradrag ved beregning av ansettelsestidens lengde for lengre tids sykefravær. Omfanget av denne ulovfestede fradragsregelen er imidlertid uklar, herunder hvor grensen går for kortere fravær som ikke skal gå til fradrag. Formuleringen av at fravær på 14 dager *"synes å være"* for knapt for fradrag indikerer at det ikke kreves fravær av vesentlig lengre varighet, og trolig vil arbeidsgivere kunne trekke fra fravær som varer utover 1-2 måneder i sin helhet.²⁶

5.3.3 Permisjoner m.m.

Det er ikke like klart at det per i dag kan gjøres fradrag for annet fravær enn sykefravær. I forarbeidene, Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s 333 fremgår som nevnt at fravær i form av "permisjoner og militærtjeneste med videre" normalt skal gå til fradrag. Ettersom kvinner per i dag er overrepresentert når det gjelder permisjoner (herunder foreldrepermisjon), reiser slikt fradrag

²⁵ Dommen premiss 116

²⁶ I Henning Jakhelln og Helga Aune: Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven, Lill Chr. Egeland § 14-9 note 13 (pr. 2009) antas at lengden av et normalt feriefravær (4-5 uker) muligens vil være en riktig nedre grense.

likestillingsspørsmål, jf. likestillingsloven § 3. En slik fradragsspraksis må derfor – også i lys av mindretallets uttalelser om fradrag i forhold til arbeidsmiljølovens vekt på likestillingshensyn – anses usikker. Her kan nevnes at Likestillingsombudet i avgjørelse av 23. mars 2004 konkluderte med at *“det vil være i strid med likestillingsloven § 3 dersom man gjør fratrekk for fødselspermisjon ved beregningen av “sammenhengende tjenestetid” etter tjenestemannsloven §§ 9 og 10”*. Et lignende resonnement kan trolig anvendes også i forhold til fireårsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd. For øvrig er gjeldende praksis etter tjenestemannsloven, jf. Statens personalhåndbok punkt 2.8.4, at det gjøres fradrag for permisjoner med unntak av *“lønnet fødsels-/adopsjonspermisjon”*. Dersom departementets forslag av 17. juni 2009 blir vedtatt uendret, slik at arbeidstakers fravær fra arbeidet ikke skal gå til fradrag, vil også permisjoner i fremtiden telle med i opptjeningstiden til fireårsregelen. Resultatet av dette vil som nevnt over i pkt. 5.3.2 kunne bli at arbeidstakere som i løpet av fireårsperioden har vært fraværende store deler av fireårsperioden likevel vil kunne oppnå rett til fast stilling etter fireårsregelen. Det er å håpe at lovgiver i forbindelse med det videre arbeidet med endring av fireårsregelen eksplisitt tar stilling til spørsmålet om fradrag for permisjoner.

Fradrag for lovmessig avvikling av ferie forutsatt at det foreligger et bestående ansettelsesforhold vil det klart nok ikke være grunnlag for.²⁷

5.3.4 Fradrag for ansettelsesforhold som ikke omfattes av fireårsregelen?

Det kan reises spørsmål ved hvilken virkning det vil ha i relasjon til fireårsregelen dersom arbeidstakeren først er ansatt som vikar med hjemmel i § 14-9 første ledd bokstav b, deretter går direkte over i praksisarbeid etter bokstav c), for så å bli engasjert på nytt som vikar. Skal praksisperioden gå til fradrag ved beregning ansettelsestiden etter fireårsregelen, eller vil praksisperioden representere et brudd på opptjeningen til fireårsregelen i relasjon til kravet om sammenhengende ansettelsesforhold? Dette spørsmålet løses ikke ved den foreslåtte endringen i bestemmelsen når det gjelder fravær. Slik bestemmelsen lyder etter lovendringen i juni i år, kan det argumenteres for at det vil foreligge brudd i relasjon til fireårsregelen i en slik situasjon, da kravet til sammenheng synes å knytte seg til ansettelsesforhold etter bokstav a og b: *“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.”* Spørsmålet er ikke kommentert i Ot.prp.nr.54 (2008-2009). I Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s 219 er imidlertid presisert at: *“Det er ansettelsesforholdet i virksomheten som skal danne utgangspunkt for beregning av ansettelsestiden. Påfølgende midlertidige ansettelser skal vurderes samlet. Det innebærer at midlertidige ansettelser inngått med ulike hjemmelsgrunnlag skal vurderes samlet, så lenge det er tale om en sammenhengende ansettelsestid.”* En arbeidstaker vil være ansatt i arbeidsmiljølovens forstand også ved praksisarbeid eller arbeidsmarkedstiltak etter § 14-9 første ledd bokstav c og d. Uttalelsen i forarbeidene taler derfor for at det i slike situasjoner gjøres fradrag, fremfor å anse opptjeningstiden til fireårsregelen som brutt. Likevel svikter i stor grad begrunnelsen for at en slik periode, i et ansettelsesforhold som faller utenfor fireårsregelen, skal behandles annerledes enn et reelt opphold i ansettelsesforholdet. Engasjement på arbeidsmarkedstiltak og praksisarbeid vil primært være begrunnet i arbeidstakerens behov, og ikke i virksomhetens behov for arbeidskraften. Spørsmålet må derfor anses uavklart.²⁸ Brudd på kravet til sammenheng behandles for øvrig nærmere nedenfor i pkt. 6.

5.3.5 Fradrag for opphold mellom ansettelsesforhold?

Over er fradrag ved fravær i et bestående ansettelsesforhold behandlet. Noe annet er imidlertid om det kan gjøres fradrag for opphold mellom ulike ansettelsesforhold, eksempelvis ved tilkallingsarbeid og løpende vikariater, men hvor oppholdets lengde ikke kan anses som brudd etter fireårsregelen. Dette spørsmålet kom ikke på spissen i Sykehuset Innlandet-saken, da det verken ble krevet eller gjort slikt fravær. Spørsmålet er ikke behandlet i forarbeidene. Det er imidlertid vanskelig å se noen begrunnelse for at slikt *“fravær”* skal telle med når sykefravær som lovmessig fravær fra arbeidet, etter gjeldende rett skal trekkes fra. Ved to til tre ukers opphold mellom midlertidig ansettelse i ulike prosjekter eller vikariater av en viss varighet vil slikt fradrag trolig være kurant både rettslig og praktisk. Ved ekstravaktarbeid – som arbeidstakeren i Sykehuset Innlandet-saken i stor grad ble engasjert til, reiser en slik fradragsspraksis imidlertid spørsmål om når ansettelsesforholdet er å anse som separate arbeidsavtaler, og når det går over til å måtte

²⁷ Se Ot.prp nr. 12 (2003-2004) på s. 21 samt LH-2008-95609

²⁸ Spørsmålet er behandlet hos Henning Jakhelln og Helga Aune: *Arbeidsrett.no*. Kommentarer til arbeidsmiljøloven, Lill Chr. Egeland § 14-9 note 13 (pr. 2009), som konkluderer med at slike perioder bør behandles på samme måte som fravær og derfor gå til fradrag.

betraktes som et løpende midlertidig ansettelsesforhold. I en slik situasjon vil fradrag for opphold mellom ansettelsesforhold være problematisk rent rettslig, og komplisert å håndtere i praksis. For øvrig vil den foreslåtte lovendringen i § 14-9 femte ledd, jf ovennevnte høringsbrev, ikke stenge for fradrag for kortere opphold mellom ulike ansettelsesforhold. Slike "opphold" i ansettelsesforholdet aktualiserer imidlertid først og fremst spørsmålet om kravet til sammenheng må anses brutt, jf. nedenfor pkt. 6.

6. KRAVET OM SAMMENHENG

6.1 Avbrudd - utgangspunkter

Aml. § 14-9 femte ledd annen setning krever at ansettelsesforholdet i virksomheten må være "sammenhengende" for at rettigheter etter fireårsregelen skal kunne inntre. Hvor lang tid kan det gå mellom ulike midlertidige ansettelsesforhold før ansettelsestiden ikke lenger regnes som sammenhengende? Dette er et praktisk viktig spørsmål ved anvendelsen av fireårsregelen som ikke fikk sin avklaring i Sykehuset Innlandet-dommen. Heller ikke i forbindelse med lovendringen og høringsbrevet i juni er det gjort forsøk på presiseringer på dette punktet.

Forarbeidenes utgangspunkt er at kravet til sammenheng ikke lenger er oppfylt ved virksomhetsrelaterte avbrudd på mer enn 14 dager. Bakgrunnen for dette er at en slik 14-dagersgrense er håndhevet strengt i praksis knyttet til tjenestemannslovens fireårsregel. Fireårsregelen i arbeidsmiljøloven ble som nevnt utformet etter mønster av tjenestemannslovens fireårsregel, og ordlyden "sammenhengende midlertidig ansatt", har sin parallell i tjenestemannslovens § 10 første ledds "sammenhengende tjeneste". I fireårsregelens forarbeider er det videre eksplisitt vist til praksis etter tjenestemannsloven som utgangspunkt også for kravet til sammenheng etter fireårsregelen. Dette kan tilsi at det er større grunn på å legge vekt på forvaltningspraksis etter tjenestemannsloven når det gjelder kravet til sammenheng, enn for de øvrige delene av fireårsregelen.

I forbindelse med at departementet i Ot.prp.nr. 12 (2003-2004) s 21 fremmet forslag om innføring av fireårsregelen, parallelt med Arbeidslivslovutvalgets arbeid med utredning om ny arbeidsmiljølov, kommenteres kravet til sammenheng slik:

"Kravet til "sammenhengende" innebærer imidlertid at ansettelsesforholdet skal være uavbrutt. Mindre avbrudd mellom to midlertidige ansettelsesforhold må derimot kunne tolereres. Det vil bero på en totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet, om kravet til "sammenhengende" er oppfylt eller ikke. Ved tolkningen av den tilsvarende formuleringen i tjenestemannsloven er det i forvaltningspraksis lagt til grunn en analogi fra folketrygdloven slik at avbrudd mindre enn 14 dager ikke avbryter ansettelsesforholdet. Dette må også være et utgangspunkt for tolkningen av den foreslåtte bestemmelsen i arbeidsmiljøloven."

I Arbeidslivslovutvalgets merknader til forslaget om innføring av fireårsregelen er således ovennevnte uttalelse gjentatt ordrett, NOU 2004:5 s 56. I den påfølgende proposisjonen er kun de tre første setningene i det siterte avsnittet over gjentatt, og henvisningen til 14-dagers praksisen etter tjenestemannsloven er utelatt, jf. Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s 219 og 333. Kravet til sammenheng er ikke omtalt i den videre lovgivningsprosessen og den politiske striden rundt vedtagelsen av ny arbeidsmiljølov.

Det er neppe grunnlag for å konkludere med at den manglende henvisningen til praksis etter tjenestemannsloven i proposisjonen var fordi man mente denne 14-dagerspraksisen ikke lenger var veiledende. På dette tidspunktet var man enda ikke gått bort fra en harmonisering med tjenestemannslovens regler. Utgangspunktet om at et arbeidsforhold anses opphørt etter avbrudd på 14 dager har også støtte i andre rettskilder, se folketrygdens regler om rett til sykepenger i arbeidsforhold, jf. folketrygdens §§ 8-2, 8-15 og 8-18. I forarbeidene til disse bestemmelsene, Ot.prp.nr. 19 (1989-1990) side 8, uttales at *"I henhold til langvarig og sikker praksis anses et arbeidsforhold som opphørt i relasjon til reglene om sykepenger ved midlertidige avbrudd i arbeidsforholdet på mer enn 14 dager."*

Forarbeidene forutsetter imidlertid en totalvurdering, og grensen på 14 dager kan derfor ikke anses som mer enn et utgangspunkt i vurderingen av hva som ikke kan anses som et "mindre avbrudd". I tilfeller hvor det mellom partene er klart forutsatt at arbeidstakeren skal reengasjeres innen rimelig tid, vil kravet til sammenheng trolig være oppfylt også ved lengre avbrudd, ut fra den helhetsvurdering som skal foretas etter bestemmelsen. Også fravær som tilsvarer normal

ferieavvikling eller normale avspaseringsperioder i det konkrete arbeidsforholdet eller ferie kan etter omstendighetene utelukke avbruddsvirkninger, se LH-2008-95609.²⁹

6.2 "Lufting" av arbeidstakere

Kan arbeidsgivere forhindre at en midlertidig ansatt oppnår fast stilling etter fireårsregelen ved å avslutte arbeidsforholdet rett før fireårsgrensen nås, for deretter å reansette vedkommende etter noen ukers pause? Slik har fireårsregelen i tjenestemannsloven vist seg å bli praktisert, jf. uttrykket "tjenestemenn på lufting".³⁰ Slike forsøk på omgåelse av loven vil imidlertid være rettsstridige, og medføre at kravet til sammenheng ikke anses brutt.³¹ I en situasjon hvor arbeidstakeren reansettes etter en kortere periode, må arbeidsgivere kunne føre bevis for at avslutningen av arbeidsforholdet var reelt og begrunnet i virksomhetens forhold og manglende behov for vedkommendes arbeidsinnsats, for at kravet til sammenheng skal anses brutt. Opphold som er konstruert for å forhindre at arbeidstakere oppnår rett til fast ansettelse, vil ikke forhindre at rett til fast stilling inntreffer ved passering av fireårsmerket.

6.3 Adelener-dommen

Av interesse for fremtidig praktisering av kravet til sammenheng er en avgjørelse fra EU-domstolen fra 4. juli 2006, C-212/04 (Adelener-dommen). Domstolen tar her stilling til om en bestemmelse fra gresk rett som innebar at gjentatt midlertidig ansettelse var tillatt så lenge arbeidsforholdene var atskilt av minst 21 dager var i strid med Rådsdirektiv 99/70/EF om midlertidig ansettelse, omtalt foran under pkt. 3. Formålet med direktivet, og i særdeleshet artikkel 5, er å hindre misbruk som følge av gjentatt midlertidig ansettelse ("Successive fixed-term employment contracts"). Domstolen uttaler at *"the Framework Agreement is to be interpreted as precluding a national rule, such as that at issue in the main proceedings, under which only fixed-term employment contracts or relationships that are not separated from one another by a period of time longer than 20 working days are to be regarded as 'successive' within the meaning of that clause."*

Dommen kan imidlertid ikke uten videre tas til inntekt for det syn at det vil være i strid med EU-direktivet om midlertidig ansettelse å anse 14 dagers opphold som brudd på kravet til sammenheng etter den norske fireårsregelen. Dommen er avsagt på grunnlag av daværende rettstilstand i Helles, hvor såkalt "lufting" av midlertidig ansatte arbeidstakere var lov. De dagjeldende greske reglene la til rette for *"insecure employment of a worker for years since, in practice, the worker would as often as not have no choice but to accept breaks in the order of 20 working days in a series of contracts with his employer."*

Situasjonen i norsk rett er annerledes, da arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd og den ulovfestede læren om rett til fast stilling ved dekning av varige behov (Statfjord-læren) legger sterke begrensninger på bruk (herunder forlengelser) av midlertidig ansettelse i utgangspunktet. Videre vil omgåelse av reglene om midlertidig ansettelse i situasjoner hvor avbruddet ikke er begrunnet i arbeidstakers eller virksomhetens forhold, men utelukkende gjort for å omgå at arbeidstakeren oppnår rettigheter etter fireårsregelen, ikke bli akseptert i norsk rett, jf. over. Etter min oppfatning kan det derfor ikke utelukkes at opphold ned mot 14 dager kan anses som brudd på opptjeningen til fireårsregelen, slik at fireårsfristen begynner på nytt ved reansettelse.

6.4 Tilkallingsarbeid – ekstravakter

Midlertidige ansettelsesforhold som tilkallingsvikarer og ekstravaktarbeid reiser særlige vanskeligheter for anvendelsen av fireårsregelens krav om et sammenhengende ansettelsesforhold, eksempelvis ved arbeid hver tredje helg. Såfremt ikke annet er avtalt, er utgangspunktet etter norsk rett at hver enkelt ekstravakt/tilkallingsvakt anses som separate arbeidsavtaler og ansettelsesforhold som ikke etablerer rettigheter og forpliktelser til fortsatt arbeid mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.³² Ekstravaktarbeid vil i praksis ofte arte seg som timebetalte

²⁹ I LH-2008-95609 ble fire avbrudd på henholdsvis seks, fire, fem og seks uker ikke ansett som brudd på kravet om sammenheng. Saken gjaldt en overlege som etter eget ønske arbeidet kortere og intensive perioder. Begrunnelsen for lagmannsrettens konklusjon var at fraværet hadde karakter av ferie og at fraværet ikke gikk ut over den vanlige rammen for avvikling av ferie hos arbeidsgiver.

³⁰ Se Bjørnaraa, Selmer og Gaard (2000) s 330-337 med henvisninger til avgjørelser fra departementet og TOSLO-2007-99956

³¹ Se for øvrig også Ot.prp.nr.72 (1981-1982) s 19 i forhold til tjenestemannslovens fireårsregel

³² Se Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 179, og Henning Jakhelln, Om tilsigelsesavtaler mv., i Henning Jakhelln [red.], Artikkelsamling i arbeidsrett (2001) s. 622 flg

enkeltstående arbeidsdager uten noe fast mønster og med ujevne opphold. At slikt ekstravaktarbeid må ha et visst omfang og hyppighet for at fireårsfristen starter å løpe, synes å legges til grunn av førstvoterende i Sykehuset Innlandet-saken, se dommens premiss 69, som fikk tilslutning av samtlige dommere. Det må derfor trolig kreves at arbeidet har fått en viss intensitet slik at det er etablert et tilstrekkelig stabilt og hyppig tilknytningsforhold mellom arbeidstakeren og virksomheten før timebetalt sporadisk midlertidig arbeid oppfyller kravet til sammenheng og gir grunnlag for opptjening etter fireårsregelen. Høyesterett tok imidlertid ikke stilling til hvor en slik grense går.

Heller ikke rettstilstanden knyttet til fireårsregelen i tjenestemannsloven er klar på dette punktet, og kan tilskrives at det innenfor statlige virksomheter har vært vanlig med tidsbestemte arbeidskontrakter på mellom 1-6 måneder fremfor tillkalling på timesbasis. Denne typen arbeidsforhold er imidlertid svært utbredt i privat sektor, eksempelvis innen handels- og servicenæringen og i helsevesenet. Problemene med anvendelsen av kravet til sammenheng i denne typen arbeidsforhold illustrerer at fireårsregelens krav til sammenheng ikke er tilpasset denne typen ansettelsesforhold, se nærmere nedenfor i pkt. 9. Det er svært vanskelig for arbeidstakere å ta stilling til når de har rett til å kreve fast ansettelse etter fireårsregelen i disse sakene. Etter mitt syn er likevel en konkret vurdering av kravet til sammenheng i særlig grad på sin plass når det gjelder slikt uregelmessig ekstravaktarbeid, da forutsetningene i det enkelte arbeidsforhold og forholdene ved den enkelte virksomhet vil være svært varierende.

6.5 Ansettelsesforhold i ulike virksomheter

Av forarbeidene fremgår som nevnt, Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s 333, at det er ansettelsesforholdet i "virksomheten" som er avgjørende i forhold til fireårsregelen. Verken forarbeidene eller lovteksten inneholder imidlertid nærmere presiseringer med hva som menes med virksomhet i denne sammenheng. I mangel av andre holdepunkter, må den alminnelige definisjonen av "arbeidsgiver" i arbeidsmiljøloven § 1-8 legges til grunn. Som det klare utgangspunkt vil ansettelsestiden hos ett og samme rettssubjekt være avgjørende, selv om arbeidstakeren i praksis er ansatt eksempelvis i et selskaps ulike virksomheter, eller ved ulike sykehus under samme helseforetak (eksempelvis Oslo Universitetssykehus HF). Også i konsernforhold må det kunne tenkes tilfeller hvor ansettelsestid i ulike selskaper i konsernet må anses som sammenhengende i relasjon til fireårsregelen.³³ En praktisk viktig situasjon er overgang til ny arbeidsgiver gjennom virksomhetsoverdragelse. Det følger imidlertid av det faktum at selve arbeidsforholdet overføres, at en virksomhetsoverdragelse ikke innebærer noe brudd i forhold til kravet om sammenhengende ansettelsestid.

7. PASSERING AV FIREÅRSMERKET – RETTSVIRKNINGER

Rettsvirkningene av fireårsregelen inntreffer automatisk når lovens vilkår er oppfylt. Det kreves ikke at arbeidstaker fremmer slikt krav. Hva som faktisk er rettsvirkningene av at vilkårene etter fireårsregelen er oppfylt, er per i dag ikke enkelt for ikke-jurister å se. Slik § 14-9 femte ledd i dag lyder, fremgår kun at *"For arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år kommer reglene om oppsigelse av arbeidsforhold til anvendelse."* Dette er bakgrunnen for at departementet i Ot.prp.nr.54 (2008-2009), av brukerhensyn foreslo å endre lovteksten. Fra 2010 vil det derfor eksplisitt fremgå at vedkommende da er fast ansatt.

I forlengelsen av dette kommer spørsmålet om hva innholdet i den faste stillingen skal være, herunder stillingsbrøken i de tilfeller hvor denne har variert i fireårsperioden. Spørsmålet er ikke behandlet i forarbeidene til fireårsregelen. Departementet gir imidlertid i ovennevnte etterarbeider, med referanse til lagmannsrettens dom i Sykehuset Innlandet-saken, uttrykk for at en gjennomsnittsberegning vil være det naturlige utgangspunkt.³⁴ For Høyesterett ble det i Sykehuset Innlandet-saken fra arbeidstakers side anført at stillingsbrøken på tidspunktet for passering av fireårsmerket må være avgjørende, mens arbeidsgiver argumenterte for en gjennomsnittsberegning. Fordi Høyesterett i Sykehuset Innlandet-saken kom til at vilkårene i fireårsregelen ikke var oppfylt, avgjør dommen ikke dette spørsmålet. Heller ikke mindretallet, som på grunnlag av sitt standpunkt til sykefraværsfradraget kom til at A hadde krav på fast ansettelse etter fireårsregelen, uttaler seg eksplisitt om dette. Imidlertid følger det av resultatet i lagmannsretten, og mindretallets konklusjon om å forkaste anken, at mindretallet ikke kan ha vært uenige i lagmannsrettens avgjørelse på dette punkt. Ved arbeidsforhold med varierende omfang og

³³ Jf. Henning Jakhelln og Helga Aune: Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven, Lill Chr. Egeland § 14-9 note 13 (pr. 2009)

³⁴ Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s 44

intensitet, kan stillingsbrøken på innslagstidspunktet derfor ikke nødvendigvis legges til grunn. Lignende spørsmål oppstår dersom arbeidstakeren har hatt varierende arbeidsoppgaver og også varierende tjenestesteder. Dette var tilfellet i Sykehuset Innlandet-saken, hvor A hadde arbeidet ved fire ulike psykiatriske poster. I hvilken grad en arbeidstaker som oppnår rettigheter etter fireårsregelen vil kunne settes til andre arbeidsoppgaver eller tilordnes annet tjenestested enn han/hun hadde ved passering av fireårsmerket, må avgjøres ut fra en konkret vurdering av rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett.

For å oppnå fast stilling etter fireårsregelen, må den sammenhengende ansettelsestiden overstige fire år, jf. uttrykket "*mer enn fire år*". Dersom et midlertidig ansettelsesforhold utløper kort tid før fireårsfristen nås, kan det reises spørsmål om vedkommende vil ha et rettskrav på å fortsette, forutsatt at virksomhetens behov for slik arbeidskraft ikke er bortfalt. Dette er samtidig et spørsmål om arbeidsgivers frihet til å ansette den de vil, hvilket stiller seg noe forskjellig i henholdsvis offentlig og privat sektor. Det alminnelige kravet om saklig opptreden fra arbeidsgivers side innebærer likevel at en arbeidsgiver neppe kan slutte å benytte en midlertidig ansatt som nærmer seg fireårsmerket, for isteden å ansette en annen for å dekke det samme arbeidskraftsbehovet. En slik håndtering av arbeidstakere som nærmer seg fireårsmerket vil kunne karakteriseres som rettsstridig omgåelse av reglene, i forsøk på å forhindre en arbeidstaker i å oppnå lovbestemte rettigheter.³⁵ I en situasjon hvor virksomhetens arbeidskraftsbehov er det samme, og arbeidstakeren ellers ville blitt engasjert på nytt, eksempelvis i et nytt vikariat eller i et nytt prosjekt, kan ansettelse av en ny person bli ansett som omgåelse av fireårsregelen, og således utløse et erstatningskrav for vedkommende som ikke ble reengasjert.

³⁵ Tilsvarende legges til grunn hos Borgerud, Due, Nordaas og Næss: *Arbeidsrett* (2007) s 253