

Adgangen til midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd, bokstav f

Kandidatnummer:

91

Antall ord: 13 854



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2016

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Aktualitet.....	4
1.3 Begrepsavklaringer.....	5
1.3.1 Begreper brukt i avhandlingen	5
1.3.2 Midlertidig ansatt	5
1.3.3 Arbeidsgiver og “virksomheten”	6
1.4 Avgrensning av avhandlingen.....	8
1.5 Videre oppsett	9
2 Rettskildeoversikt.....	10
3 Adgangen til midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd, bokstav f.....	12
3.1.1 Aml. § 14-9 første ledd, bokstav f.....	12
3.1.2 Historisk oversikt og legislative hensyn bak f-bestemmelsen	12
3.1.3 Tidspunkt f-ansettelsen løper fra.....	15
3.1.4 Gjenansettelse av den f-ansatte	17
3.2 Kvotebegrensning.....	19
3.2.1 Generelt	19
3.2.2 Kvotebegrensningen gjelder for “slike avtaler”	19
3.2.3 Tidspunkt for beregning av kvoten	20
3.2.4 Arbeidstakere som medregnes i kvoten	21
3.2.5 Virksomhetsbegrepet ved kvoteberegningen	21
3.3 Karantenetid	24
3.3.1 Generelt	24
3.3.2 Karantenetidens inntreden.....	25
3.3.3 Karantenetidens lengde	29
3.3.4 Hva karantenetiden omfatter	30
3.4 Rettsvirkninger ved brudd på begrensningene	33
3.4.1 Generelt om hovedregelen om rett til fast ansettelse	33
3.4.2 Brudd på karantenetiden.....	34
3.4.3 Brudd på kvotebegrensningen.....	35

3.5	Krav på fast ansettelse etter tre år	36
4	Avsluttende bemerkninger	43
	Litteraturliste	44

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet i avhandlingen er adgangen til midlertidige ansettelse etter arbeidsmiljøloven¹ (forkortet aml.) § 14-9 første ledd, bokstav f.

Utgangspunktet er at arbeidstakere skal ansettes fast, jf. aml. § 14-9 første ledd, første punktum. En fast ansettelse vil si at arbeidsgiver og arbeidstaker inngår en arbeidskontrakt om et tidsbestemt arbeidsforhold.² I arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse i § 1-1 bokstav b heter det at loven skal ”sikre trygge ansettelsesforhold”, og i lovens forarbeider fremkommer det at ”arbeidslivet skal være preget av trygge og anstendige arbeidsvilkår”.³ En fast ansettelse innebærer blant annet at arbeidstakeren har fullt stillingsvern, som medfører et vern mot usaklig oppsigelse samt en sikker og forutberegnelig inntekt i form av lønn, og er i så henseende egnet til å sikre et trygt, forutsigbart ansettelsesforhold for både arbeidstaker og arbeidsgiver.

Det må foreligge et særskilt grunnlag for at det kan gjøres unntak fra hovedregelen om fast ansettelse. De særskilte grunnlagene hvor en arbeidstaker kan ansettes midlertidig er i arbeidsmiljøloven regulert i § 14-9 første ledd, bokstav a til f. I tillegg kan det ansettes midlertidig etter åremålsbestemmelsen i aml. § 14-10, samt etter enkelte bestemmelser i særlovgivingen.⁴

Et annet formål med arbeidsmiljøloven er å ”bidra til et inkluderende arbeidsliv”, jf. aml. § 1-1 bokstav e. Midlertidige ansettelser kan bidra til at flere kommer i arbeid da det for arbeidsgiver vil være knyttet mindre risiko til ansettelsen av midlertidig arbeidstakere enn ved faste ansettelser. Dette gjelder særlig for mennesker som har vært utenfor arbeidsmarkedet i en lengre periode eller nyutdannede, og i slike tilfeller kan en midlertidig ansettelse fungere som ”et springbrett inn i arbeidslivet”.⁵ Johansen og Stueland skriver også at en midlertidig ansettelse ”med klare regler for opphør av arbeidsforhold og begrensninger i adgangen til

¹ L17.06.2005 nr.62 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

² Jf. Skjønberg og Hognestad 2016, s. 76.

³ Jf. Prop. 39 L (2014-2015), Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold), (heretter kalt Proposisjonen), s. 95.

⁴ Se mer om dette i avhandlingens punkt 1.4, der det avgrenses mot andre hjemler for midlertidig ansettelse enn aml. § 14-9 første ledd, bokstav f.

⁵ Jf. Proposisjonen s. 95.

midlertidig ansettelse” oppfyller formålet om ”trygge ansettelsesforhold” i aml. § 1-1 bokstav b.⁶

Felles for aml. § 14-9 første ledd, bokstav a til e er at de hjemler en adgang til å ansette midlertidig i begrensede tilfeller der arbeidet som skal utføres er av midlertidig art.⁷ Slike begrensede tilfeller kan for eksempel tenkes å være ekstrahjelp i butikk ved juletider eller vikariat i en bedrift på grunn av sykemelding fra en annen ansatt. Bestemmelsen i § 14-9 første ledd, bokstav f krever ikke et slikt begrenset, midlertidig tilfelle for å ansette midlertidig, og hjemler dermed en generell rett for arbeidsgiver til å ansette en eller flere arbeidstakere på generelt grunnlag i inntil 12 måneder.⁸ For å hindre en fri bruk av midlertidig ansettelser på generelt grunnlag, ble det ved innføringen av aml. § 14-9 første ledd, bokstav f innført to begrensninger. Det ble for det første innført en kvotebegrensning på hvor mange som kan ansettes midlertidig på generelt grunnlag, samt en karantenetid for arbeidsgiver etter endt arbeidsforhold med den midlertidige ansatte på generelt grunnlag.

Den videre avhandlingen skal besvare problemstillingen ”adgangen til midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd, bokstav f”. For å svare på problemstillingen vil jeg drøfte og analysere vilkårene i aml. § 14-9 første ledd, bokstav f, med særlig fokus på kvotebegrensningen og karantenetiden.

1.2 Aktualitet

Bestemmelsen i aml. § 14-9 første ledd, bokstav f trådte i kraft 01.07.15⁹, og er dermed en relativ ny bestemmelse i arbeidsmiljøloven. Bestemmelsen var gjenstand for stor politisk debatt, der flere politiske partier og andre samfunnsstemmer var kritiske til lovendringen.¹⁰ At det har vært stor politisk debatt rundt bestemmelsen viser også bestemmelsens historie, som blir redegjort for i punkt 3.1.2. Samtidig viser arbeidskraftsundersøkelsen for 3.kvartal i 2016, utført av Statistisk Sentralbyrå, at det var 25 000 flere midlertidige ansatte i norsk arbeidsliv sammenlignet med 3.kvartal i 2015.¹¹ Den økende bruken av midlertidig ansettelser tilsier et behov for å ha klare rettsregler og en klar rettstilstand når det gjelder adgangen til lovlige

⁶ Jf. Johansen og Stueland 2015, s. 608-609.

⁷ Jf. Skjønberg og Hognestad 2016, s.76.

⁸ Jf. Proposisjonen s. 135.

⁹ Se EL24.04.2015 nr.20 Lov om endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven.

¹⁰ Se for eksempel <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/solberg-regjeringen/naa-blir-det-flere-midlertidige-ansatte-lengre-dager-og-mer-soendagsjobbing/a/23413254/>.

¹¹ Se <https://www.ssb.no/aku/>

midlertidige ansettelse, slik at reglene ikke omgås og hovedregelen om fast ansettelse undergraves. Dette er særlig viktig for regelen i bokstav f, da den åpner for en videre adgang til å ansette midlertidig sammenlignet med de øvrige rettsgrunnlagene for midlertidige ansettelse. Dette betyr at det er viktig å avklare rekkevidden av den nye bestemmelsen i aml. § 14-9 første ledd, bokstav f, slik at både arbeidsgivere og arbeidstakere har mulighet til å avgjøre om en ansettelse oppfyller lovens krav.

1.3 Begrepsavklaringer

1.3.1 Begreper brukt i avhandlingen

I avhandlingen vil jeg bruke begrepet f-bestemmelsen når det henvises til aml. § 14-9 første ledd, bokstav f. Det blir spesifisert når jeg viser til bestemmelsens syvende ledd, som handler om karantenetiden. Videre vil jeg benytte begrepet f-ansatt når det henvises til en arbeidstaker som er ansatt etter f-bestemmelsen, og f-ansettelse når det vises til en ansettelse etter bestemmelsen.

1.3.2 Midlertidig ansatt

Et sentralt begrep i avhandlingen er ”midlertidig ansatt”. En midlertidig ansettelse innebærer at arbeidsforholdet er avgrenset i tid eller omfang, for eksempel ved at arbeidstakeren er ansatt for en viss periode eller for å utføre et bestemt type arbeid¹², og skiller seg fra fast ansettelse ved at den midlertidig ansatte ikke utfører varige arbeidsoppgaver for arbeidsgiver i en ubestemt tidsperiode. En midlertidig ansettelse opphører ifølge aml. § 14-9 femte ledd uten oppsigelse fra partene når tidsperioden for avtalen er utløpt eller det bestemte arbeidet er avsluttet¹³, i motsetning til en fast ansettelse der arbeidsavtalen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver løper frem til den blir sagt opp av en av partene. Det bemerkes imidlertid at arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern i aml. § 15-7 flg. gjør seg gjeldende dersom arbeidsgiver eller arbeidstaker ønsker å avslutte arbeidsforholdet i løpet av avtaleperioden for den midlertidig ansettelsen, jf. aml. § 14-9 femte ledd, siste punktum.

En midlertidig ansettelse innebærer at det foreligger en arbeidsavtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver på lik linje med en fast ansettelse, men at det er varigheten av arbeidsforholdet

¹² Engelsrud 2009, s. 99.

¹³ Engelsrud 2009, s. 99.

eller arbeidsoppgavene som skiller en midlertidige ansettelse fra en fast ansettelse. Det er dermed nødvendig å utdype hva som menes med arbeidstaker, særlig fordi vernet arbeidsmiljøloven oppstiller kun gjelder for dem som er omfattet av arbeidstakerbegrepet.

Etter aml. § 1-8 første ledd er arbeidstaker definert som ”enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste”. Ordlyden er vid og åpner for at midlertidige ansatte skal anses som arbeidstakere. Ordlyden sier imidlertid lite om andre momenter i arbeidstakervurderingen, og det må derfor ses hen til andre rettskilder. I forarbeidene er det uttalt at arbeidstakerbegrepet er fleksibelt og elastisk, og at vurderingen av hvem som er arbeidstaker etter loven er skjønnsmessig.¹⁴ Det er i forarbeidene angitt flere momenter som trekker i retning av at en person er arbeidstaker, blant annet om arbeidstakeren skal stille sin personlige arbeidskraft til arbeidsgiverens disposisjon, om arbeidstakeren mottar vederlag for arbeidet, om arbeidstakeren er underordnet arbeidsgivers ledelse og om det er arbeidsgiveren som bærer risikoen for arbeidsresultatet.¹⁵ Videre er det fastsatt i rettspraksis at ”arbeidstakerbegrepet (...) må gis en vid tolkning”¹⁶, da lovgivers intensjon er at de som har behov for vern etter aml. skal være vernet.¹⁷ Uttalelsen tyder på at vurderingen av hvem som er arbeidstaker ikke skal være for streng. En f-ansatt vil være pliktig til å stille sin arbeidskraft til arbeidsgivers disposisjon i avtaleperioden, oppad begrenset til 12 måneder, har rett på vederlag for arbeidet og er underlagt arbeidsgivers ledelse, slik at den f-ansatte er ”arbeidstaker” etter aml. § 1-8 første ledd.

1.3.3 Arbeidsgiver og “virksomheten”

Som for arbeidstakeren oppstiller arbeidsmiljøloven plikter og rettigheter for arbeidsgiver, og det er derfor nødvendig å forklare hva som menes med arbeidsgiver. Arbeidsgiver er i aml. § 1-8 andre ledd definert som ”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”. Arbeidsgiver er, i tillegg til arbeidstaker, part i arbeidskontrakten, og er den ”virksomhet” som den midlertidige ansattes rettigheter og plikter er knyttet til.¹⁸

Begrepet ”virksomheten” blir i f-bestemmelsen benyttet både i relasjon til kvote- og karantenebegrensningen. I avhandlingen vil også begrepet bli drøftet grundig i henhold til

¹⁴ Jf. Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005), s. 74.

¹⁵ Jf. Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005), s. 73.

¹⁶ Jf. Rt. 2013 s. 342, premiss 45, med videre henvisning til Rt. 1984 s. 1044.

¹⁷ Jf. Rt. 2013 s. 354, premiss 39.

¹⁸ Jf. Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005), s. 74.

kvotebegrensningen i f-bestemmelsen.¹⁹ Det er et sentralt begrep i avhandlingen som krever en nærmere utdyping.

Ifølge forarbeidene til f-bestemmelsen fremgår det at virksomhetsbegrepet, slik det er forstått i arbeidsmiljøloven, som hovedregel skal legges til grunn for forståelsen av begrepet i f-bestemmelsen.²⁰ I dette avsnittet vil det gjøres rede for den alminnelige definisjonen av ”virksomheten” i arbeidsmiljøloven.

Begrepet ”virksomheten” er ikke definert i arbeidsmiljøloven. Begrepet er imidlertid mye brukt i loven, som for eksempel i aml. § 1-2 første ledd som sier at ”loven gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker”. Selv om loven ikke inneholder en definisjon av virksomhetsbegrepet, er begrepet godt innarbeidet og nærmere forklart i andre rettskilder.

I relasjon til f-bestemmelsen fremgår det i forarbeidene at begrepet ”virksomheten” skal ”i denne sammenheng [bety] den juridiske enhet”.²¹ Denne forståelsen er sammenfallende med definisjonen av virksomhetsbegrepet generelt i arbeidsmiljøloven, som sier at virksomhetsbegrepet er ”det rettssubjekt som er arbeidsgiver”.²² I forarbeidene er det uttalt at virksomheten ”angir den organisering av aktiviteter arbeidsgiver plikter etter loven knytter seg til”.²³ Videre omfatter virksomhetsbegrepet ”alle former for næringsvirksomhet og offentlig forvaltning”, samt virksomheter med ideelt og profittdrevne formål.²⁴ Hovedregelen er at ”virksomheten” skal forstås som det rettssubjekt arbeidsforholdet er knyttet til.²⁵ Dersom den f-ansatte har inngått arbeidskontrakt med et kommunalt sykehjem som arbeidsgiver, vil kommunen være virksomheten som er arbeidsgiver. Eksempelet viser at virksomhetsbegrepet har store likhetstrekk med hvem som er arbeidsgiver etter aml. § 1-8 andre ledd.

Virksomhetsbegrepet krever imidlertid enkelte presiseringer, da ikke alle som engasjerer en annen person til å utføre arbeid vil være en virksomhet etter loven. Dette innebærer at ikke alle engasjementer vil falle inn under vernet arbeidsmiljøloven oppstiller. Johansen og Stueland skriver at aktiviteten som arbeidstakeren skal utføre må være av et visst omfang og

¹⁹ Se avhandlingens punkt 3.2.5.

²⁰ Proposisjonen s. 113.

²¹ Proposisjonen s. 113.

²² Jf. NOU 2004:5 Arbeidslovutvalget, et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst (heretter NOU 2004), s. 148, punkt 10.4.1.

²³ Jf. NOU 2004, s. 149, punkt 10.4.1.

²⁴ Jf. NOU 2004, s. 149, punkt 10.4.1.

²⁵ Jf. Gerd Engelsrud, ”Tidsbegrenset midlertidig ansettelse på generelt grunnlag”, *Arbeidsrett* 01/2016, punkt 4.

av en viss varighet, og at mer hobbybasert virksomhet vil falle utenfor virksomhetsbegrepet.²⁶ Synspunktet er illustrert i Arbeidsrettens kjennelse i ARD-1981-49, der det var spørsmål om en snekker som var engasjert av en huseier var arbeidstaker. Arbeidsretten vurderte om huseieren var en ”virksomhet”, slik at arbeidsmiljølovens oppsigelsesvern gjaldt for snekkeren. Arbeidsretten uttalte at en virksomhet må ha ”en fast organisasjon, en viss varighet eller stabilitet, og den må ikke være rent ubetydelig”.²⁷ Arbeidsretten kom frem til at huseieren ikke var omfattet av virksomhetsbegrepet, særlig fordi han var en privat byggherre uten faglig kompetanse. Da snekkeren hadde fagkunnskaper, kunne det ikke oppstå et underordningsforhold som tilsa at det forelå en virksomhet.²⁸

Overført til f-bestemmelsen innebærer dette at den midlertidig ansattes engasjement i virksomheten må være av en viss varighet og omfang for at vernet i arbeidsmiljøloven skal inntreffe. En f-ansatt skal utføre generelle arbeidsoppgaver for arbeidsgiver i inntil 12 måneder, og det kan vanskelig tenkes eksempler der arbeidsgiveren ved slike ansettelser ikke vil være omfattet av virksomhetsbegrepet. For eksempel kan en f-ansatt arbeide i en kommune eller privat bedrift, og disse vil i utgangspunktet være omfattet av ”virksomheten” etter arbeidsmiljølovens hovedregel.

1.4 Avgrensning av avhandlingen

Da avhandlingen omhandler f-bestemmelsen vil jeg ikke drøfte de andre rettsgrunnlagene for midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd bokstav a til e eller åremål etter aml. § 14-10. Av samme grunn vil heller ikke særbestemmelser om midlertidig ansettelse drøftes, som lov om universiteter og høyskoler § 6-4, opplæringslova § 10-6, tjenestemannsloven § 3 eller kommuneloven § 24 nr. 2. Det bemerkes imidlertid at de ulike rettsgrunnlagene for midlertidig ansettelser gjelder uavhengig av hverandre, slik at innholdet i de øvrige rettsgrunnlagene ikke vil endres av at f-bestemmelsen er innført.²⁹

I den videre avhandlingen avgrenses det mot selvstendige oppdragsgivere og konsulenter, da disse faller utenfor arbeidstakerbegrepet i aml. § 1-8³⁰ og således heller ikke kan anses som midlertidige ansatte. Videre vil ikke innleie av arbeidstakere etter aml. § 14-12 drøftes. Det

²⁶ Jf. Johansen og Stueland 2015, s. 46-47.

²⁷ Jf. ARD-1981-49, s. 56.

²⁸ Jf. ARD-1981-49, s. 58.

²⁹ Jf. Gerd Engelsrud, ”Tidsbegrenset midlertidig ansettelse på generelt grunnlag”, Arbeidsrett 01/2016, punkt 1.

³⁰ Se mer om arbeidstakerdefinisjonen i avhandlingens punkt 1.3.2.

avgrenses mot dette fordi innleie kun er tillatt når ett av grunnlagene for midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd, bokstav a til e er oppfylt, jf. aml. § 14-12 første ledd, slik at det ikke er grunnlag for innleie etter f-bestemmelsen. Problemstillinger rundt innleie faller dermed utenfor problemstillingen for avhandlingen.

Jeg vil heller ikke drøfte forbudet om å inngå i individuell avtale om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden som gjelder for f-ansatte etter aml. § 10-5 første ledd. Treårsregelen i aml. § 14-9 sjette ledd vil drøftes i punkt 3.5, men problemstillinger som utelukkende gjelder aml. § 14-9 første ledd bokstav a til e vil ikke behandles da disse også faller utenfor avhandlingens problemstilling. Et eksempel på en problemstilling som av den grunn ikke behandles i avhandlingen er om en midlertidig ansatt etter aml. § 14-9 første ledd, bokstav c, d eller e har krav på fast ansettelse etter tre eller fire år.

EUs Rådskonferanse 1990/70/EF³¹ oppstiller minimumskrav om midlertidige ansettelser som de ulike nasjonale myndighetene må gjennomføre i nasjonal lovgivning, jf. klausul 5. En interessant problemstilling er hvorvidt f-bestemmelsen oppfyller EU-direktivets krav til nasjonal rett, men av hensyn til ordgrensen vil det avgrenses mot denne problemstillingen.

1.5 Videre oppsett

Avhandlingen vil i hovedsak omhandle vilkårene for begrensningene knyttet til f-bestemmelsen. I punkt 3.2 vil problemstillinger knyttet til kvotebegrensningen drøftes, og i punkt 3.3 vil karantenetiden drøftes. Avhandlingens hoveddel omhandler disse to begrensningene fordi vilkårene i begrensningene er av sentral betydning når adgangen til generell midlertidig ansettelse skal analyseres, og det er vilkårene for at begrensningene skal være oppfylt som åpner opp for flest praktiske problemstillinger. I avhandlingen vil også rettsvirkningen av brudd på de to begrensningene drøftes, samt når en f-ansatt har krav på fast ansettelse etter treårsregelen i aml. § 14-9 sjette ledd. Avslutningsvis vil jeg oppsummere utfordringene som er knyttet til f-bestemmelsen slik den er utformet i dag.

³¹ Jf. Rådskonferanse 1999/70/EF av 28.juni 1999 om rammeavtalen om midlertidig ansettelse inngått mellom EFF, UNICE og CEEP.

2 Rettskildeoversikt

Den sentrale loven i avhandlingen er arbeidsmiljøloven. Lovteksten er den primære rettskilden i norsk rett³², og for å besvare problemstillingen vil det i avhandlingen tas utgangspunkt i vilkårene f-bestemmelsen oppstiller. Disse vilkårene må imidlertid tolkes. Et naturlig startpunkt i tolkningen er hvilke tilfeller som faller inn under den naturlige ordlyden i vilkårene i bestemmelsen. Som avhandlingen viser, er flere av vilkårene i f-bestemmelsen vage og svært skjønnsmessige, som innebærer at ordlyden ikke gir et klart svar på hvilke tilfeller som oppfyller vilkåret. Ved slike skjønnsmessige vilkår må lovteksten tolkes i lys av øvrige rettskilder.

Arbeidsmiljøloven har en formålsbestemmelse i lovens § 1-1. Bestemmelsen oppstiller overordnede, generelle hensyn som arbeidsmiljøloven skal oppfylle, og kan således være veiledende for alle bestemmelsene i loven.³³ For f-bestemmelsen vil formålsbestemmelsen benyttes der ordlyden i lovteksten er uklar, og øvrige rettskilder heller ikke gir et klart svar på det aktuelle spørsmålet. Formålsbestemmelsen vil i slike tilfeller ha særlig stor vekt, da løsningen på spørsmålet i størst mulig grad bør være overensstemmende med de generelle hensynene bak loven.³⁴ For f-bestemmelsen vil særlig § 1-1 bokstav b (aml. ”skal sikre trygge ansettelsesforhold”) og bokstav e (aml. skal ”bidra til et inkluderende arbeidsliv”) være to bærende hensyn.³⁵ Videre er arbeidsmiljøloven ufravikelig til arbeidstakers ugunst, aml. § 1-9, som betyr at arbeidsgiver og den f-ansatte ikke kan avtale en løsning som stiller arbeidstakeren dårligere enn de minimumsvilkår som loven oppstiller.

Forarbeider er utredninger som blir til før den endelige lovteksten vedtas av Stortinget. Forarbeidene til f-bestemmelsen er Prop. 39 L (2014-2015) og innstillingen fra arbeids- og sosialkomiteen i Innst. 208 L (2014-2015). Forarbeidene utdyper og presiserer lovteksten, som ofte er kortfattet, slik at forarbeidene kan ses på som premissene for den endelige lovteksten.³⁶ I avhandlingen blir de ovennevnte forarbeidene brukt for å drøfte lovgivers intensjon med bestemte vilkår, og de vil særlig være aktuelle der lovteksten ikke gir et klart svar på den aktuelle problemstillingen. Som avhandlingen vil vise, er det imidlertid enkelte spørsmål som ikke er drøftet i forarbeidene til f-bestemmelsen. I slike tilfeller vil eldre

³² Nygaard 2012, s. 177.

³³ Jf. Johansen og Stueland 2015, s. 38.

³⁴ Jf. Johansen og Stueland 2015, s. 38.

³⁵ Se mer om hensyn bak f-bestemmelsen i avhandlingens punkt 3.1.2.

³⁶ Nygaard 2012, s. 45.

forarbeider kunne belyse hva lovgivers intensjon med lovteksten var, og således gi momenter i vurderingen som foretas. Der ikke forarbeidene inneholder et svar på spørsmålet, vil for eksempel formålsbestemmelsen i § 1-1 være veiledende.

F-bestemmelsen er relativt ny, og det foreligger ingen rettspraksis fra verken Høyesterett eller Arbeidsretten som kan belyse hvordan de ulike vilkårene skal tolkes.³⁷ Generelle uttalelser fra Høyesterett og Arbeidsretten om midlertidig ansettelse vil benyttes til å vise hvordan hensyn bak reglene om midlertidige ansettelse er tolket, selv om de ikke direkte gjelder f-bestemmelsen. Enkelte dommer fra Arbeidsretten vil også brukes til å illustrere eksempler.

En siste rettskilde som benyttes i avhandlingen er juridisk teori. Juridisk teori er ikke ansett som å ha selvstendig vekt som en rettskilde, men kan sammen med andre rettskilder gi bidrag til hvordan et vilkår skal tolkes.³⁸ Siden f-bestemmelsen er ny er den foreløpig lite behandlet i den juridiske teorien, men det er skrevet enkelte artikler og kommentarutgaver til bestemmelsen. Disse går på enkelte punkter dypere inn i utvalgte problemstillinger enn lovteksten og forarbeidene til f-bestemmelsen gjør, og vil derfor benyttes i argumentasjonen av de ulike problemstillingene som drøftes.

³⁷ Lovdata ble sist sjekket 01.11.16.

³⁸ Jf. Nygaard 2012, s. 105.

3 Adgangen til midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd, bokstav f

3.1.1 Aml. § 14-9 første ledd, bokstav f

Arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd, bokstav f sier at avtale om midlertidig ansettelse kan inngås:

”for en periode på inntil tolv måneder. Slike avtaler kan omfatte inntil 15 prosent av arbeidstakerne i virksomheten, avrundet oppover, likevel slik at det kan inngås avtale med minst én arbeidstaker”.

Bestemmelsen er, etter sin ordlyd, tidsavgrenset, men innebærer at arbeidsgiveren ikke trenger å påvise et begrenset midlertidig behov som begrunnelse for det midlertidige arbeidsforholdet.³⁹ På denne måten skiller f-bestemmelsen seg fra de øvrige rettsgrunnlagene for midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven, da arbeidsoppgavene til den f-ansatte kan være av varig art.^{40 41}

For å hindre at arbeidsgiver kun ansetter midlertidig etter f-bestemmelsen, i stedet for faste ansettelser, er det inntatt to begrensninger i loven.⁴² Det er innført en kvotebegrensning som gjelder antall arbeidstakere som kan ansettes på generelt midlertidig grunnlag, se mer om dette i avhandlingens punkt 3.2. Videre er det inntatt en karantenetid for arbeidsgiver etter endt arbeidsforhold på generelt midlertidig grunnlag, som det vil redegjøres for i avhandlingens punkt 3.3.

3.1.2 Historisk oversikt og legislative hensyn bak f-bestemmelsen

I dette avsnittet vil den historiske oversikten frem til dagens f-bestemmelse presenteres, i tillegg til at jeg vil gjennomgå sentrale hensyn bak f-bestemmelsen. Den historiske oversikten og hensyn bak bestemmelsen behandles i samme avsnitt fordi de, slik jeg ser det, henger tett sammen. Det har gjennom årene vært stor debatt om det bør innføres en generell adgang til

³⁹ Jf. Proposisjonen s. 108.

⁴⁰ Se avhandlingens punkt 1.1.

⁴¹ Jf. Proposisjonen s. 135.

⁴² Jf. Johansen og Stueland 2015, s. 623.

midlertidig ansettelse. Den historiske oversikten er egnet til å belyse sentrale legislative hensyn, både for og mot, en generell adgang til midlertidig ansettelser. Slik jeg ser det, er det dermed vanskelig å skille en presentasjon av historien til f-bestemmelsen og de legislative hensynene uten dobbeltbehandling. Jeg vil avslutte avsnittet med å presentere de hensyn som lovgiver har vektlagt i dagens f-bestemmelse.

I aml. av 1977 ble det for første gang lovfestet et sterkere oppsigelsesvern for arbeidstakerne, som blant annet kom til uttrykk ved at en oppsigelse fra arbeidsgiver krevde saklig grunn.⁴³ I forbindelse med revisjonen av aml. av 1977⁴⁴ ble § 58 nr. 7 innført, som gjaldt begrensninger i adgangen til midlertidige ansettelser. Det ble fra lovgivers side anført at en for vid adgang til å ansette midlertidig ville undergrave arbeidstakers styrkede vern mot usaklige oppsigelser⁴⁵, og det var derfor behov for regelen i § 58 nr. 7. Bestemmelsen ble imidlertid endret og erstattet med § 58A ved lovrevisjon 6.januar 1995. De to nevnte bestemmelsene hjemlet ikke en rett til midlertidig ansettelser på generelt grunnlag, men krevde et begrenset, tidsavgrenset tilfelle for at den midlertidig ansettelsen skulle være lovlig.

Ved lov av 17. juni 2005 nr. 62 ble aml. av 2005 innført. Ved innføringen av aml. av 2005 ble innholdet i bestemmelsen om midlertidig ansettelser i den tidligere aml. av 1977 § 58A videreført. Videreføringen av bestemmelsen var begrunnet med at lovgiver mente at regelen i aml. av 1977 § 58A i tilstrekkelig grad ivaretok virksomhetenes behov for midlertidig ansettelser.⁴⁶ Det var dermed på dette tidspunkt heller ikke en generell adgang til midlertidig ansettelser i norsk arbeidsrett.

I forbindelse med vedtakelsen av aml. 2005 ble det fremmet forslag fra Bondevik II-regjeringen om å innføre en generell adgang til midlertidig ansettelse. Forslaget innebar at arbeidstakere kunne ansettes på generelt grunnlag i seks måneder, og at dette arbeidsforholdet kunne forlenges i ytterligere seks måneder.⁴⁷ Forslaget ble begrunnet med at midlertidige ansettelser på generelt grunnlag vil gjøre det enklere for arbeidsgivere å ansette i perioder der det fremtidige arbeidsbehovet er uvisst, samt at det ville være enklere å ansette personer som er nye på arbeidsmarkedet og som det er knyttet større risiko rundt å ansette fast. Det ble

⁴³ Jf. Proposisjonen s. 98.

⁴⁴ L04.02.1977 nr.4 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v

⁴⁵ Jf. Skarning 2013, s. 23-24.

⁴⁶ Jf. Ot. Prp. Nr. 24 (2005-2006), s. 4, punkt 4.1.

⁴⁷ Jf. Ot. prp. Nr. 49 (2004-2005), s. 205, punkt 16.2.1.

fremhevet at midlertidige ansettelser fungerer som en inngangsport i arbeidslivet, da den midlertidig ansatte får mulighet til å vise frem sin kompetanse.⁴⁸

Ved innføringen av aml. av 2005 ble det imidlertid besluttet av Stoltenberg II- regjeringen at det ikke skulle være adgang til å ansette midlertidig på generelt grunnlag. Begrunnelsen for dette var at regelen ville medført at virksomheter benyttet midlertidig ansettelser utover tilfeller hvor det var et midlertidig behov for arbeidskraft, slik at midlertidig ansettelser også ville finne sted der det var et permanent behov for ytterligere ansettelser. Departementet fryktet at forslaget ville kunne føre til at grupper som ikke hadde arbeid ville få en enda svakere tilknytning til arbeidslivet, og at regelen dermed vil stride mot hovedregelen om fast ansettelse.⁴⁹

Det var Solberg-regjeringen som i 2015 innførte regelen i nåværende aml. § 14-9 første ledd, bokstav f. Innstillingen fra arbeids- og sosialkomiteen viser at det fortsatt var motstand mot å innføre f-bestemmelsen, blant annet mente Arbeiderpartiet, Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti at f-bestemmelsen ville ”gi et mindre oversiktlig lovverk og mer byråkrati, heller enn å styrke arbeidstakeres rett til fast arbeid”.⁵⁰

Den historiske oversikten, særlig fra Bondevik II-regjeringens forslag i 2005, er godt egnet til å vise hvilke bærende hensyn som har vært omdiskutert frem til ikrafttredelsen av den nåværende f-bestemmelsen. På den ene siden tilsier arbeidsgivers fleksibilitet en vid adgang til å ansette midlertidig på generelt grunnlag, da det for arbeidsgiver er knyttet mindre risiko til å ansette midlertidig enn fast. Hensynet gjør seg særlig gjeldende i nedgangstider i arbeidsmarkedet der arbeidsgiver vanskelig kan beregne arbeidskraftsbehovet over en lengre periode. På den andre siden taler arbeidstakerens stillingsvern for at adgangen til å ansette midlertidig ikke er for vid og generell. En generell adgang til midlertidig ansettelse kan undergrave hovedregelen om fast ansettelse ved at den midlertidige ansatte blir ansatt for å gjøre oppgaver i virksomheten på lik linje med en fast ansatt, i tillegg til at arbeidstakeren ved midlertidige ansettelser har et mindre forutsigbart arbeidsforhold. Historien viser at de ulike politiske partiene har ulike syn på hvilket av disse hensynene som bør veie tyngst.

⁴⁸ Jf. Ot. prp. Nr. 49 (2004-2006), s. 209, punkt 16.2.3.

⁴⁹ Jf. Ot. prp. Nr. 24 (2005-2006), s. 4, punkt 4.3.

⁵⁰ Jf. Innst. 208 L (2014-2015), Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold), s. 19.

F-bestemmelsen er begrunnet i at den vil medføre at personer som står utenfor arbeidslivet i større grad vil få tilbud om arbeid fordi arbeidsgivers risiko knyttet til ansettelsen reduseres ved at arbeidsgiver ikke forplikter seg i en ubestemt tidsperiode. Departementet fremhever at en generell adgang til midlertidig ansettelse vil fungere som et springbrett inn i arbeidslivet, særlig for nyutdannede og andre personer som i lang tid har stått utenfor dette. Disse gruppene vil med en generell midlertidig ansettelse kunne opparbeide seg relevant arbeidserfaring.⁵¹ Videre vil arbeidsgiver ha mer fleksibilitet i ansettelse, noe som vil være gunstig for nyoppstartede virksomheter eller i perioder med usikker etterspørsel og arbeidsmengde.⁵² Med en generell midlertidig ansettelse i inntil 12 måneder vil arbeidsgiver få mulighet til å vurdere sitt arbeidskraftsbehov, og dermed om det er mulighet til å tilby den f-ansatte videre stilling i virksomheten.⁵³ Disse synspunktene har likhetstrekk med Bondevik II-regjeringens begrunnelse for sitt forslag i 2005, og viser at hensynet til arbeidsgivers fleksibilitet er i større grad vektlagt enn arbeidstakers forutberegnelighet.

Samtidig erkjennes det i forarbeidene at intensjonen med f-bestemmelsen ikke er å tillate en fri adgang til midlertidige ansettelse, og at det derfor er nødvendig med klare begrensninger i adgangen.⁵⁴ I forarbeidene uttales det at begrensningene skal hindre at ”varige arbeidsoppgaver utføres av en eller flere midlertidig ansatte over tid, eller at den nye adgangen benyttes i slik utstrekning at fast ansettelse ikke lenger er hovedregelen”.⁵⁵ Dette synspunktet har likhetstrekk med Stoltenberg II- regjeringens begrunnelse for å forkaste forslaget om en adgang til generell midlertidig ansettelse i 2005. På bakgrunn av hensynet til arbeidstakerens forutberegnelighet har det i forbindelse med f-bestemmelsen blitt inntatt en kvotebegrensning og en karantenetid som skal hindre at hovedregelen om fast ansettelse undergraves.

3.1.3 Tidspunkt f-ansettelsen løper fra

Etter f-bestemmelsen kan avtale om generell midlertidig ansettelse ”inngås (...) for en periode på inntil tolv måneder”. En naturlig forståelse av ordlyden taler kun for at arbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og den f-ansatte maksimalt kan vare i 12 måneder, og sier ikke noe om hvilket tidspunkt ansettelsesperioden starter å løpe. Et arbeidsforhold kan både løpe fra

⁵¹ Jf. Proposisjonen s. 111.

⁵² Jf. Proposisjonen s. 110 flg.

⁵³ Jf. Proposisjonen s. 111.

⁵⁴ Jf. Proposisjonen s. 111.

⁵⁵ Jf. Proposisjonen s. 111-112.

tidspunktet da arbeidskontrakten ble signert og tidspunktet da arbeidstaker tiltrådte stillingen. Å tiltre stillingen innebærer at arbeidstakeren starter arbeidet i virksomheten, og vil i praksis være første arbeidsdag i stillingen. Disse to tidspunktene trenger ikke å være sammenfallende.

Spørsmålet er på hvilket tidspunkt ansettelsesperioden på inntil 12 måneder i f-bestemmelsen løper fra.

Ordlyden ”inngås (...) for en periode på inntil tolv måneder” åpner for at både tidspunktet for signering av arbeidskontrakt og tiltredelse vil utløse ansettelsesperioden på 12 måneder. For arbeidstaker og arbeidsgiver er det viktig å vite når arbeidsforholdet løper fra, da dette angir hvor lenge den f-ansatte kan være ansatt og når en eventuell karantenetid vil inntreffe for arbeidsgiver. Ordlyden i bestemmelsen er etter dette uklar, og gir ikke et sikkert svar på hvilket tidspunkt ansettelsesperioden løper fra.

Det fremgår av forarbeidene til f-bestemmelsen at ”tolvmånedersperioden løper fra tidspunktet for faktisk tiltredelse i stillingen”.⁵⁶ Uttalelsen har støtte i hensyn bak f-bestemmelsen, som blant annet er at den f-ansatte skal kunne opparbeide seg relevant arbeidserfaring.⁵⁷ Det er først ved faktisk tiltredelsestidspunkt den f-ansatte har mulighet til å opparbeide seg arbeidserfaring, slik at både uttalelsen i forarbeidene og hensynet bak f-bestemmelsen taler for at ansettelsesperioden på inntil 12 måneder løper fra faktisk tiltredelsestidspunkt.

Etter dette løper ansettelsesperioden på inntil 12-måneder i f-bestemmelsen fra tidspunktet da arbeidstakeren tiltrådte den midlertidige stillingen.

Eksempelvis har f-ansatt X signert en midlertidig arbeidskontrakt 01.01.16 med tiltredelse den 01.02.16. X vil da kunne arbeide som midlertidig ansatt på f-grunnlag fra 01.02.16 til 31.01.17.

At den f-ansatte kan være ansatt i ”inntil tolv måneder” betyr at det kan inngås arbeidsavtaler på f-grunnlag for en kortere periode enn 12 måneder. Forarbeidene forutsetter at arbeidsavtaler som er inngått for en kortere periode enn 12 måneder kan forlenges innenfor 12-månedersperioden.⁵⁸ Er en ansettelse etter f-bestemmelsen inngått for en periode på åtte

⁵⁶ Jf. Proposisjonen s. 135.

⁵⁷ Se avhandlingens punkt 3.1.2.

⁵⁸ Jf. Proposisjonen s. 113.

måneder, kan arbeidsforholdet forlenges med ytterligere fire måneder så lenge forlengelsen er avklart før det opprinnelige arbeidsforholdet på åtte måneder avsluttes. Dersom det ikke avklares at arbeidsforholdet skal forlenges før arbeidsforholdet avsluttes, vil arbeidsgiver risikere at karantenetiden inntreffer dagen etter arbeidsavtalen utløper.⁵⁹

3.1.4 Gjenansettelse av den f-ansatte

Den f-ansatte kan dermed arbeide for arbeidsgiver i 12 måneder fra tidspunktet for faktisk tiltredelse. Når ansettelsesperioden på 12 måneder er over, oppstår spørsmålet om arbeidsgiver kan ansette den samme f-ansatte i flere påfølgende tolv månedersperioder.

F-bestemmelsen oppstiller etter sin ordlyd en klar øvre grense for ansettelsesperiodens lengde, jf. ”inntil 12 måneder”. Ordlyden tilsier at den f-ansatte er avskåret fra å arbeide påfølgende tolv månedersperioder ved utløpet av den første ansettelsesperioden. I forarbeidene fremgår det at arbeidsforholdet med den f-ansatte ”må senest avsluttes tolv måneder senere [etter tidspunktet for faktisk tiltredelse], eller videreføres som fast eller midlertidig ansettelse på annet grunnlag”.⁶⁰ En gjenansettelse av den f-ansatte vil medføre at den f-ansatte arbeider for samme virksomhet utover den lovbestemte tidsavgrensningen. Både ordlyden og forarbeidene til f-bestemmelsen tilsier dermed at den f-ansatte maksimalt kan arbeide på generelt grunnlag i 12 måneder, og at arbeidsgiver etter ansettelsesperioden ikke kan tilby den f-ansatte ny arbeidskontrakt med hjemmel i f-bestemmelsen. Denne forståelsen legger også Engelsrud til grunn i sin artikkel, der det heter at ”når en tolv måneders periode er over, kan ikke arbeidstakeren fortsette i midlertidig stilling med hjemmel i bokstav f”.⁶¹

At arbeidsgiver ikke kan ansette den samme f-ansatte i påfølgende tolv månedersperioder er et egnet virkemiddel for å hindre en for vid bruk av f-bestemmelsen. Ved at arbeidsgiver ved utløpet av den første tolv månedersperioden enten må tilby arbeidstakeren fast stilling eller påvise at et av de øvrige grunnlagene for midlertidig ansettelse er til stede, blir f-bestemmelsen en mer restriktiv regel.

På den andre siden kan det ut fra formålsbetraktninger argumenteres for at arbeidsgiver skal kunne ansette den samme f-ansatte i påfølgende tolv månedersperioder. Arbeidsgiver kan

⁵⁹ Se mer om karantenetidens inntreden i avhandlingens punkt 3.3.2.

⁶⁰ Jf. Proposisjonen s. 135.

⁶¹ Jf. Gerd Engelsrud, ”Tidsbegrenset midlertidig ansettelse på generelt grunnlag”, *Arbeidsrett* 01/2016, punkt 2.2.

fortsatt ha behov for midlertidig arbeidskraft på generelt grunnlag, for eksempel fordi arbeidsgivers økonomi tilsier at det vil være risikabelt å ansette fast. Det vil i slike tilfeller fremstå som urimelig ovenfor den f-ansatte, som allerede er kjent med virksomheten, at han/hun ikke skal kunne fortsette arbeidet hos virksomheten. I tillegg vil den f-ansatte opparbeide seg mer arbeidserfaring, som er en begrunnelse for at f-bestemmelsen ble innført i loven.

I aml. § 14-9 syvende ledd fremgår det at det vil inntre en karantenetid⁶² på arbeidsoppgaver ”av samme art”⁶³ som den f-ansatte hadde hvis den f-ansatte ikke får tilbud om videre ansettelse. Arbeidsgiver vil dermed være avskåret fra å tilby den samme f-ansatte en ny arbeidskontrakt som innebærer arbeid ”av samme art” som i den første ansettelsesperioden, da et slikt ansettelsestilbud vil medføre at karantenetiden inntre. Dersom arbeidsgiver ønsker å ansette den samme f-ansatte i en påfølgende tolv månedersperiode må tilbudet om videre ansettelse i så fall inneholde andre arbeidsoppgaver enn den første ansettelsesperioden.

Etter dette synes f-bestemmelsen, sett i sammenheng med karantenetiden i syvende ledd, å innebære at den samme f-ansatte kan ansettes i påfølgende tolv månedersperioder, forutsatt at den f-ansatte skal utføre andre arbeidsoppgaver enn de som ble utført i den tidligere ansettelsesperioden. Eidsvaag hevder i sin artikkel at ”tilstrekkelig ulikhet mellom de opprinnelige arbeidsoppgavene og det tilbudte nye arbeidet kan føre til at en er utenfor karantenen, og det kan inngås en ny midlertidig arbeidsavtale på generelt grunnlag”.⁶⁴ Som Egeland skriver, vil denne løsningen hindre at varige arbeidsoppgaver utføres av den samme f-ansatte, som er et sentralt hensyn bak reglene om midlertidig ansettelse.⁶⁵

Som et eksempel har sykepleier X arbeidet i en administrerende stilling på et sykehjem i 12 måneder med hjemmel i f-bestemmelsen. Ved utløpet av ansettelsesperioden får X tilbud om å jobbe som sykepleier i 12 nye måneder etter samme hjemmel. Det er i eksempelet klart at stillingene innebærer ulike arbeidsoppgaver. For X sin del vil den nye stillingen som sykepleier medføre at hun opptjener seg relevant arbeidserfaring, samt at ledelsen kan vurdere om de har behov for å tilby X en fast stilling ved sykehjemmet. At X utfører andre oppgaver som sykepleier enn som i den administrerende stillingen medfører i tillegg at hun ikke er en midlertidig ansatt som utfører varige arbeidsoppgaver for sykehjemmet.

⁶² Karantenetiden blir nærmere drøftet i avhandlingens punkt 3.3.

⁶³ Vilkåret blir drøftet i avhandlingens punkt 3.3.4.

⁶⁴ Jf. Tine Eidsvaag, ”Midlertidig ansettelse på ”generelt” grunnlag i EØS-rettslig belysning”, punkt 2

⁶⁵ Jf. kommentar av Lill Egeland på www.arbeidsrett.no, § 14-9 midlertidig ansettelse, note 9.

En som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i tre tolv månedersperioder etter f-bestemmelsen vil videre ha krav på fast ansettelse etter tre år, jf. aml. § 14-9 sjette ledd. Treårsregelen indikerer, slik Egeland skriver, at arbeidsgiver skal ha mulighet til å gjenansette en f-ansatt i påfølgende tolv månedersperioder.⁶⁶ Dersom den f-ansatte ikke kan gjenansettes etter f-bestemmelsen vil treårsregelen stå uten virkning.

Selv om ordlyden og forarbeidene i f-bestemmelsen isolert sett taler for at en f-ansatt kun kan arbeide i en periode på maksimalt 12 måneder, tilsier formålsbetraktninger at arbeidsgiver skal kunne ansette den samme f-ansatte i flere påfølgende tolv månedersperioder. En forutsetning for konklusjonen er at arbeidsoppgavene i den påfølgende tolv månedersperioden ikke er ”av samme art” som ved den tidligere ansettelsen.

3.2 Kvotebegrensning

3.2.1 Generelt

I f-bestemmelsen heter det at *”slike avtaler kan omfatte inntil 15 prosent av arbeidstakerne i virksomheten, avrundet oppover, likevel slik at det kan inngås avtale med minst én arbeidstaker”*.

Bestemmelsen innebærer en øvre grense for hvor mange f-ansatte en virksomhet kan ansette og er inntatt i loven som en ”sikkerhetsventil”⁶⁷ for å understreke at hovedregelen er fast ansettelse.⁶⁸ Det er imidlertid alltid tillatt med én ansatt etter f-bestemmelsen uavhengig av kvoten på 15 %. Dersom en virksomhet for eksempel kun har tre ansatte, ville virksomheten ikke kunne ansette noen etter f-bestemmelsen etter 15 %- regelen. Kvotebegrensningen åpner i slike tilfeller for at mindre virksomheter alltid kan ha én f-ansatt.

3.2.2 Kvotebegrensningen gjelder for “slike avtaler”

Spørsmålet er på hvilke rettsgrunnlag om midlertidig ansettelse kvotebegrensningen inntreffer.

⁶⁶ Jf. kommentar av Lill Egeland på www.arbeidsrett.no, § 14-9 midlertidig ansettelse, note 9.

⁶⁷ Jf. Proposisjonen s. 115.

⁶⁸ Se avhandlingens punkt 3.1.2.

Det fremgår av f-bestemmelsen at kvotebegrensningen gjelder for ”slike avtaler”. En naturlig forståelse av vilkåret, sett i sammenheng med første punktum i bestemmelsen, tilsier at kvotebegrensningen gjelder for midlertidig ansettelse etter f-bestemmelsen.

Forarbeidene legger også til grunn at kvotebegrensningen kun gjelder for f-ansettelse og ikke for de andre rettsgrunnlagene for midlertidig ansettelse.⁶⁹ Dette innebærer at arbeidsgiver kun må ta stilling til kvotebegrensningen når han skal ansette etter f-bestemmelsen, og ikke de øvrige bestemmelsene i aml. § 14-9 første ledd, bokstav a til e.

Kvotebegrensningen inntreffer kun på midlertidig ansettelse etter f-bestemmelsen.

3.2.3 Tidspunkt for beregning av kvoten

Spørsmålet er på hvilket tidspunkt arbeidsgiver skal beregne kvoten. Ordlyden i f-bestemmelsen gir ikke et svar på dette spørsmålet.

Forarbeidene forutsetter at beregningen av kvoten skal foretas på tidspunktet for ansettelsen av hver enkelt arbeidstaker.⁷⁰ I praksis må arbeidsgiver vurdere om ansettelsen er lovlig etter kvotebegrensningen ved hver enkeltstående f-ansettelse. Begrunnelsen for at kvoteberegningen skal foretas på dette tidspunkt er at det vil være urimelig for den enkelte arbeidstaker hvis andre arbeidstakers oppsigelse eller nedbemanning i virksomheten skal medføre at den f-ansatte må fratrukke sin stilling.⁷¹ Det er dermed tilstrekkelig for å oppfylle lovens kvotebegrensning at den f-ansatte er innenfor kvoten på ansettelsestidspunktet til vedkommende.

Det kan for eksempel tenkes at da den f-ansatte ble ansatt var hun innenfor kvoten på 15 %, slik at ansettelsen var lovlig. Tre måneder ut i arbeidsforholdet velger flere andre arbeidstakere å si opp sin stilling, som medfører en reduksjon i arbeidsstokken til arbeidsgiver. Reduksjonen medfører at det er over 15 % ansatte i bedriften etter f-bestemmelsen. Dersom den f-ansatte i en slik situasjon måtte si opp eller bli sagt opp for at bedriften til enhver tid skulle holde seg innenfor kvoteberegningen, ville den f-ansatte verken fått relevant arbeidserfaring eller noen form for forutberegnelighet i sitt arbeidsforhold.

⁶⁹ Jf. Proposisjonen s. 115.

⁷⁰ Jf. Proposisjonen s. 115.

⁷¹ Jf. Proposisjonen s. 115.

Etter dette skal arbeidsgiver beregne kvoten på tidspunktet for enhver f-ansettelse.

3.2.4 Arbeidstakere som medregnes i kvoten

Spørsmålet er hvilke arbeidstakere som skal medregnes i kvoten på 15 %.

F-bestemmelsen sier at kvotebegrensningen gjelder for ”arbeidstakerne”. En naturlig forståelse tilsier at alle personer som er omfattet av arbeidstakerbegrepet i aml. § 1-8 første ledd skal medregnes i kvoten. Ordlyden innebærer dermed at konsulenter og selvstendig oppdragstakere ikke skal medregnes i kvoten, da disse som utgangspunkt ikke er arbeidstakere etter aml. § 1-8.⁷²

Utgangspunktet etter ordlyden er at alle arbeidstakere som følger av aml. § 1-8 skal medregnes i kvotebegrensningen. Dette innebærer følgelig at alle faste ansatte, deltidsansatte og andre midlertidig ansatte skal medregnes. Utgangspunktet har støtte i forarbeidene, som også uttaler at ansatte i permisjon ikke skal medregnes i beregningen på lik linje med innleide arbeidstakere.⁷³

Etter dette skal alle arbeidstakere unntatt ansatte i permisjon og innleide arbeidstakere medregnes i kvoten på 15 %.

3.2.5 Virksomhetsbegrepet ved kvoteberegningen

Det fremgår i f-bestemmelsen at kvotebegrensningen gjelder arbeidstakere i ”virksomheten”.

Utgangspunktet i f-bestemmelsen er at virksomhetsbegrepet slik det er forstått i arbeidsmiljøloven skal legges til grunn.⁷⁴ Etter aml. § 14-9 syvende ledd fremgår det at karantenetiden gjelder for arbeidsoppgaver av samme art i ”virksomheten”. Utgangspunktet er også her at virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljøloven skal legges til grunn.⁷⁵ I bestemmelsens andre punktum heter det at ”arbeidsgiver kan regne enheter med minst 50 ansatte som en egen

⁷² Se nærmere om arbeidstakerbegrepet i avhandlingens punkt 1.3.2.

⁷³ Jf. Proposisjonen s. 116.

⁷⁴ Se avhandlingens punkt 1.3.3.

⁷⁵ Jf. Proposisjonen s. 113.

virksomhet”. Når det gjelder karantenetiden kan dermed virksomhetsbegrepet tolkes snevrere enn slik begrepet forstås ellers i arbeidsmiljøloven.⁷⁶

”Virksomheten” er dermed definert ulikt i f-bestemmelsen og bestemmelsens syvende ledd. Problemstillingen om den snevrere definisjonen av virksomhetsbegrepet kan legges til grunn i relasjon til kvotebegrensningen.

Problemstillingen oppstår dersom arbeidsgiver allerede ved ansettelse av f-ansatte definerer egen virksomhet med medhold i syvende ledd, for eksempel ved at en avdeling i en kommune på 50 ansatte blir ansett som en virksomhet. For arbeidsgiver vil det oppstå spørsmål om kvotebegrensningen skal regnes ut fra kommuneavdelingen på 50 ansatte eller alle ansatte i kommunen som sådan.⁷⁷

Ordlyden i f-bestemmelsen i relasjon til kvotebegrensningen sier ikke uttrykkelig at virksomhetsbegrepet kan tolkes snevrere enn den alminnelige definisjonen. At virksomhetsbegrepet kan forstås snevrere er uttrykkelig presisert i relasjon til karantenetiden, og når dette ikke er nevnt i relasjon til kvotebegrensningen, er det nærliggende å tolke ordlyden dithen at den alminnelige definisjonen av begrepet skal legges til grunn.

Forarbeidene til f-bestemmelsen sier at ”arbeidsgiver kan beregne kvoten per enhet i virksomheten, dersom det er ønskelig”.⁷⁸ Uttalelsen indikerer at arbeidsgiver også ved kvoteberegningen kan legge til grunn en snevrere forståelse av virksomhetsbegrepet. Det totale antallet f-ansatte kan imidlertid ikke overstige 15 % av ”arbeidstakerne i virksomheten”.⁷⁹ ”Arbeidstakerne i virksomheten” synes å bety det totale antall arbeidstakere i virksomheten som sådan – det vil si etter den alminnelige definisjonen av virksomhetsbegrepet.⁸⁰ Forarbeideruttalelsene syns derfor å legge opp til en løsning der arbeidsgiver kan legge til grunn den snevre definisjonen av virksomhetsbegrepet dersom det er ønskelig, men ved beregningen av kvoten på 15 % må det ses hen til alle arbeidstakerne etter virksomhetsbegrepet slik det ellers forstås i arbeidsmiljøloven. Ut fra forarbeideruttalelsene er det vanskelig å forstå hva løsningen på spørsmålet er, da uttalelsene er uklare og egnet til å skape tvil.

⁷⁶ Virksomhetsbegrepet i karantenetiden blir drøftet i avhandlingens punkt 3.3.4.

⁷⁷ Jf. kommentar av Lill Egeland på www.arbeidsrett.no, § 14-9 midlertidig ansettelse, note 13.

⁷⁸ Jf. Proposisjonen s. 136.

⁷⁹ Jf. Proposisjonen s. 136.

⁸⁰ Jf. Gerd Engelsrud, ”Tidsbegrenset midlertidig ansettelse på generelt grunnlag”, *Arbeidsrett* 01/2016, punkt 4.

Samtidig uttaler forarbeidene at karantenetiden ”inntretr for arbeidsgivers virksomhet og ikke for arbeidstaker. Selv om karantene inntretr i en virksomhet, vil arbeidstaker kunne ansettes i en annen virksomhet hvor karantene ikke gjelder for å utføre arbeid av samme art”.⁸¹ Det er ikke nærmere forklart i forarbeidene hva som menes med uttalelsen, og sett i sammenheng med de øvrige uttalelsene som nevnt ovenfor, fremstår den som villedende.⁸² Det kan illustreres med følgende eksempel: En virksomhet, for eksempel en kommune, velger å definere de ulike barnehagene i kommunen som egne enheter. Det forutsettes at alle barnehagene har minst 50 ansatte. Ifølge uttalelsen fra forarbeidene, kan en f-ansatt ansettes i de ulike barnehagene til å utføre samme oppgaver som tidligere fordi karantenetiden kun løper i den barnehagen den f-ansatte allerede har jobbet. Den f-ansatte kan da jobbe 12 måneder i barnehage X, og ved karantenetidens inntreden kan hun fortsette det samme arbeidet i barnehage Y.

Eksempelet som illustrerer uttalelsen i forarbeidene er problematisk sett i sammenheng med ordlyden i f-bestemmelsen. Ifølge ordlyden kan en f-ansatt utføre arbeidsoppgaver for virksomheten i ”inntil tolv måneder”, og deretter vil det løpe en karantenetid for disse arbeidsoppgavene. Ordlyden stenger dermed for at én og samme arbeidstaker kan utføre samme arbeidsoppgaver for samme arbeidsgiver utover 12 måneder.⁸³ ⁸⁴ Det er den alminnelige definisjonen av virksomhetsbegrepet som stemmer best overens med ordlyden i f-bestemmelsen, da denne tilsier at hele virksomheten som sådan må tas med i kvoteberegningen. Det er også denne forståelsen som er best egnet til å sikre at ikke samme arbeidstaker utfører varige arbeidsoppgaver for virksomheten, da en tidligere f-ansatt blir avskåret fra å gjøre samme arbeidsoppgaver som før bare i en annen enhet i virksomheten som sådan.

En annen forskjell på de to begrensningene er tidspunktet de gjør seg gjeldende på. Kvotebegrensningen skal tas stilling til ved hver enkelt f-ansettelse, mens karantenetiden først inntretr når f-ansettelsen utløper. For arbeidsgiveren kan det i praksis bli vanskelig å allerede ved ansettelsen ta stilling til hvordan hans virksomhet skal defineres.⁸⁵ I forarbeidene fremgår det at en forutsetning for at en virksomhet kan defineres som mindre enheter er at

⁸¹ Jf. Proposisjonen s. 137.

⁸² Jf. Gerd Engelsrud, ”Tidsbegrenset midlertidig ansettelse på generelt grunnlag”, Arbeidsrett 01/2016, punkt 4.

⁸³ Jf. Gerd Engelsrud, ”Tidsbegrenset midlertidig ansettelse på generelt grunnlag”, Arbeidsrett 01/2016, punkt 4.

⁸⁴ Ordlyden stenger imidlertid ikke for at det kan ansettes en ny f-ansatt til å gjøre samme arbeidsoppgaver som den tidligere f-ansatte i en annen virksomhet enn der karantenetiden løper.

⁸⁵ Jf. kommentar av Lill Egeland på www.arbeidsrett.no, § 14-9 midlertidig ansettelse, note 13.

enheten er avgrenset organisatorisk og har en realitet over tid.⁸⁶ Ved ansettelsen kan det være uklart hva som vil være en avgrenset organisatorisk enhet over tid, samt at vurderingen kan endre seg og resultere i en annen løsning på tidspunktet når karantenetiden inntreer. Arbeidsgiver vil i slike tilfeller måtte foreta komplekse juridiske vurderinger med mange detaljer som spiller inn.

Drøftelsen viser at det er få holdepunkter som tilsier at det snevre virksomhetsbegrepet skal legges til grunn i relasjon til kvotebegrensningen. Særlig problematisk er det at en snevrere forståelse av virksomhetsbegrepet kan medføre at samme f-ansatt arbeider i virksomheten med de samme arbeidsoppgavene utover 12 måneder, som strider med bestemmelsens ordlyd. I tillegg fremstår det som upraktisk at arbeidsgiver allerede på ansettelsestidspunktet må foreta kompliserte og til dels hypotetiske vurderinger, samt at arbeidsgiver i alle tilfeller må se hen til virksomheten som sådan for å beregne kvoten korrekt. Den snevrere definisjonen av virksomhetsbegrepet kan etter dette ikke legges til grunn i relasjon til kvotebegrensningen.

3.3 Karantenetid

3.3.1 Generelt

I aml. § 14-9 syvende ledd heter det:

”Reglene i dette ledd gjelder for ansettelser etter første ledd bokstav f for arbeidsoppgaver av samme art innenfor virksomheten. Arbeidsgiver kan regne enheter med minst 50 ansatte som en egen virksomhet. Når en arbeidstaker som er midlertidig ansatt etter første ledd bokstav f, ikke får videre ansettelse ved avtaleperiodens utløp, starter en karantenep periode på tolv måneder for arbeidsgiveren. Arbeidsgiveren kan i karantenep erioden ikke foreta nye ansettelser som nevnt i første punktum”.

Karantenebegrensningen gjelder etter sin ordlyd kun for f-ansettelser, slik at det ikke inntreer en karantenetid etter endt arbeidsforhold på andre midlertidig ansettelsesgrunnlag. Karantenetiden er inntatt som en begrensning for å hindre at varige arbeidsoppgaver i

⁸⁶ Jf. Proposisjonen s. 113.

virksomheten utføres av midlertidige ansatte, da en for vid adgang til generelle midlertidige ansettelse vil kunne undergrave hovedregelen om fast ansettelse.⁸⁷

3.3.2 Karantenetidens inntreden

Problemstillingen som skal drøftes i det følgende er når karantenetiden inntreer.

Karantenetiden inntreer når den f-ansatte ”ikke får videre ansettelse ved avtaleperiodens utløp”, jf. aml. § 14-9 syvende ledd, tredje punktum.

I forarbeidene uttales det at karantenetiden ikke inntreer dersom den f-ansatte takker nei til tilbud om videre ansettelse eller sier opp selv før ansettelsesperioden er utløpt.⁸⁸ Videre uttales det at ved utløpet av ansettelsesperioden har arbeidsgiveren valget mellom å avslutte arbeidsforholdet eller videreføre ansettelsen.⁸⁹ Karantenetiden inntreer dermed når den f-ansatte ikke får tilbud om videre ansettelse fra arbeidsgiver ved avtaleperiodens utløp.

En antitetisk tolkning av den ovennevnte konklusjon innebærer at karantenetiden ikke vil inntre i tilfellene der arbeidsgiveren tilbyr den f-ansatte ”videre ansettelse”.⁹⁰ Spørsmålet er hva tilbud om ”videre ansettelse” fra arbeidsgiver innebærer.

En naturlig forståelse av ”videre ansettelse” indikerer kun at arbeidsgiveren må tilby arbeidstakeren en form for ansettelse.⁹¹ Ordlyden er taus når det gjelder hva slags type ansettelse tilbudet må gjelde samt innholdet i den tilbudte ansettelsen. I praksis kan det oppstå spørsmål om tilbudet må gjelde fast eller midlertidig ansettelse i samme stilling som tidligere, eller om tilbudet kan gjelde en helt ny stilling. Det er også uklart hvilke arbeidsvilkår som tilbudet om videre ansettelse må inneholde, som for eksempel arbeidstid, lønn og varighet. Forarbeidene gir heller ikke klart svar på hva innholdet i den tilbudte videre ansettelsen må være.

Det skal først vurderes om den tilbudte stillingen må være samme stilling som tidligere. Forarbeidene gir uttrykk for at arbeidsgiver skal videreføre ”arbeidsforholdet”.⁹² ”Arbeidsforholdet” kan etter sin ordlyd bety det samme arbeidsforholdet som den f-ansatte

⁸⁷ Jf. Proposisjonen s. 111.

⁸⁸ Jf. Proposisjonen s. 113.

⁸⁹ Jf. Proposisjonen s. 112.

⁹⁰ Jf. Tine Eidsvaag, ”Midlertidig ansettelse på ”generelt” grunnlag i EØS-rettslig belysning”, punkt 2.

⁹¹ Jf. Tine Eidsvaag, ”Midlertidig ansettelse på ”generelt” grunnlag i EØS-rettslig belysning”, punkt 2.

⁹² Jf. Proposisjonen s. 114.

hadde tidligere, men kan også bety at arbeidsgiver kun skal videreføre arbeidsforholdet med den f-ansatte uavhengig av arbeidsoppgaver. F-bestemmelsen skal fungere som et springbrett i arbeidslivet og gi arbeidstakeren arbeidserfaring, og for å oppnå dette er det nærliggende å legge til grunn at det sentrale er at arbeidsforholdet, uavhengig av arbeidsoppgaver, videreføres.

Karantenetiden vil ikke inntre dersom arbeidsgiver tilbyr en ny stilling etter et annet rettsgrunnlag for midlertidig ansettelse.⁹³ Dersom arbeidsgiver må tilby den tidligere f-ansatte samme stilling som tidligere, vil det i de fleste tilfeller ikke være lovlig hjemmel for den tilbudte stillingen i rettsgrunnlagene for midlertidig ansettelser. For eksempel kan det da argumenteres for at stillingen fyller et varig behov i virksomheten, slik at stillingen ikke er av ”midlertidig karakter” etter aml. § 14-9 første ledd, bokstav a. Siden tilbud om videre ansettelse på et annet midlertidig grunnlag hindrer at karantenetiden inntre, kan det heller ikke være et krav om at tilbudet om den videre ansettelsen må gjelde samme stilling som tidligere.⁹⁴

I avhandlingens punkt 3.1.4 er konklusjonen at arbeidsgiver kan ansette den samme f-ansatte i flere påfølgende tolv månedersperioder, forutsatt at arbeidsoppgavene i de ulike ansettelsesperiodene ikke er ”av samme art”. Problemstillingen i det følgende er om et tilbud om en slik gjenansettelse er ”videre ansettelse”, som medfører at karantenetiden ikke inntre på arbeidsoppgavene som ble utført i den første ansettelsesperioden.

En språklig forståelse av ”videre ansettelse” omfatter tilsynelatende alle typer ansettelser, og utelukker ikke at en ny f-ansettelse er ”videre ansettelse”. Det sentrale for at et arbeidstilbud skal være en ”videre ansettelse” synes å være at arbeidstakeren fortsetter å arbeide for den samme arbeidsgiveren

I forarbeidene uttales det at tilbud om å videreføre arbeidsforholdet i en fast stilling eller som en midlertidig ansettelse på et annet rettsgrunnlag enn f-bestemmelsen er tilbud om ”videre ansettelse”.⁹⁵ Forarbeidene nevner ikke at gjenansettelser etter f-bestemmelsen skal være tilbud om ”videre ansettelse”, som taler for at gjenansettelser av f-ansatte vil medføre at karantenetiden inntre.

⁹³ Jf. Proposisjonen s. 112.

⁹⁴ Jf. Tine Eidsvaag, ”Midlertidig ansettelse på ”generelt” grunnlag i EØS-rettslig belysning”, punkt 2.

⁹⁵ Jf. Proposisjonen s. 112.

Dersom tilbud om en påfølgende tolv månedersperiode er ”videre ansettelse”, medfører dette at karantenetid ikke inntre på arbeidsoppgavene den f-ansatte utførte i den første ansettelsesperioden. Arbeidsgiver står dermed fritt til å ansette en ny f-ansatt til å utføre det samme arbeidet som den tidligere f-ansatte utførte, forutsatt at arbeidstakeren er innenfor kvotebegrensningen på 15 %. En slik praksis vil kunne medføre at f-ansatte utfører varige arbeidsoppgaver for virksomheten. F-bestemmelsen skal ikke åpne for en videre adgang til midlertidige ansettelser, som tilsier at arbeidsgiver ved et slikt tilfelle heller bør dekke arbeidskraftsbehovet ved å tilby faste stillinger.

Den samme konsekvensen vil imidlertid også gjøre seg gjeldende for andre tilbud om ”videre ansettelse”. For eksempel er det klart at tilbud om et vikariat er ”videre ansettelse” som medfører at karantenetiden ikke inntre, og arbeidsgiver vil også i en slik situasjon kunne ansette en ny f-ansatt til å gjøre de samme arbeidsoppgavene som den tidligere f-ansatte. Situasjonen som beskrevet i avsnittet ovenfor gjelder dermed ikke utelukkende ved gjenansettelser etter f-bestemmelsen.

Videre vil situasjonen som beskrevet ovenfor tilsi at en ny arbeidstaker kommer seg på arbeidsmarkedet. At f-bestemmelsen skal fungere som en inngangsport til arbeidsmarkedet er en av begrunnelsene for at den ble innført. I en situasjon der den tidligere f-ansatte blir tilbudt en ny stilling etter f-bestemmelsen og en ny arbeidstaker får arbeid, er det –slik jeg ser det–ingen avgjørende hensyn som taler for at arbeidsgiver bør ilegges restriksjoner i form av karantenetid.

Etter dette er det, slik jeg ser det, ingen hensyn som taler mot at gjenansettelse av en f-ansatt er ”videre ansettelse”. Dersom den f-ansatte får tilbud om arbeid i en i påfølgende tolv månedersperiode vil ikke karantenetiden inntre.

Spørsmålet er så hva innholdet i den tilbudte videre ansettelsen må være.⁹⁶

Ordlyden ”videre ansettelse” gir ikke holdepunkter for å fastslå det nærmere innholdet i arbeidstilbudet.

Det skal først vurderes om det må stilles krav til den tilbudte stillingens varighet. Verken ordlyden eller forarbeidene til f-bestemmelsen sier noe om problemstillingen. For at

⁹⁶ Argumentasjonen i drøftelsen er hentet fra Tine Eidsvaags artikkel ”Midlertidig ansettelse på ”generelt” grunnlag i EØS-rettslig belysning”.

karantenetiden skal ha en virkning kan det argumenteres for at den tilbudte stillingen må vare i 12 måneder, som karantenetidens lengde, for å i størst mulig grad hindre at arbeidsgiver kan omgå karantenetiden ved å tilby videre ansettelse av svært kort varighet.⁹⁷ På den andre siden er tilbud om for eksempel vikariat etter aml. § 14-9 første ledd, bokstav b tilbud om ”videre ansettelse”, og et vikariat kan ha en kort varighet. Når tilbud om andre midlertidige ansettelse, og særlig vikariat, vil hindre at karantenetiden inntre, kan det naturlig nok ikke oppstilles et krav om at den tilbudte stillingen må vare over en viss lengde, som 12 måneder. Formålsbetraktninger tilsier imidlertid at det bør stilles krav om at den tilbudte stillingen er av en viss varighet, slik at karantenetidens virkning ikke bortfaller. Et tilbud om et vikariat med varighet på to uker kan for eksempel fremstå som en omgåelse av karantenetiden.⁹⁸

Det skal så vurderes om hvilke andre arbeidsvilkår, som lønn og arbeidstid, den tilbudte stillingen må inneholde. I tråd med det som er sagt ovenfor, kan arbeidsgiver tilby den tidligere f-ansatte en helt ny stilling for å hindre at karantenetiden inntre. En ny stilling kan være av en annen karakter enn den tidligere stillingen, slik at det vanskelig kan oppstilles et krav om at arbeidsvilkårene for stillingene må være nøyaktig like. For eksempel kan den nye stillingen kreve nattarbeid, noe den tidligere stillingen ikke gjorde. Dersom målet med f-ansettelse er å få arbeidstakere over i en fast stilling, fremstår det som lite praktisk at arbeidsvilkårene må være identiske for å hindre at karantenetiden inntre. Dersom arbeidsgiver tilbyr en videre ansettelse, for eksempel en fast stilling som har arbeidstid om natten, fremstår det som lite rimelig at arbeidsgiver skal medføre ”straff” i form av karantenetid.⁹⁹

På den andre siden må det stilles visse krav til arbeidsvilkår i den tilbudte stillingen, slik at arbeidsgiver i størst mulig grad blir forhindret fra å bevisst omgå karantenetiden. Dersom arbeidsgiver kan tilby den f-ansatte hvilken som helst stilling, kan arbeidsgiver for eksempel tilby en stilling som arbeidstakeren åpenbart er overkvalifisert (eller andre type stillinger arbeidstakeren klart vil takke nei til) for å hindre at karantenetiden inntre. En slik mulighet vil stride mot karantenetidens formål, da det kan føre til at lovens hovedregel om faste ansettelse omgås.

⁹⁷ Jf. Tine Eidsvaag, ”Midlertidig ansettelse på ”generelt” grunnlag i EØS-rettslig belysning”, punkt 2.

⁹⁸ Jf. Tine Eidsvaag, ”Midlertidig ansettelse på ”generelt” grunnlag i EØS-rettslig belysning”, punkt 2.

⁹⁹ Jf. Gerd Engelsrud, ”Tidsbegrenset midlertidig ansettelse på generelt grunnlag”, Arbeidsrett 01/2016, punkt 2.4.

Etter dette er det få holdepunkter i f-bestemmelsens ordlyd og forarbeider som sier noe om hvilket innhold den tilbudte videre ansettelsen må ha. Det er derfor vanskelig å konkludere klart på spørsmålet. Formålsbetraktninger tilsier imidlertid at det bør oppstilles visse minstevilkår når det gjelder den tilbudte stillingens innhold, slik at karantenetiden ikke omgås og hovedregelen om fast ansettelse undergraves.

3.3.3 Karantenetidens lengde

Når en f-ansatt ikke får videre ansettelse ”ved avtaleperiodens utløp, starter en karantenep periode på tolv måneder” for arbeidsgiveren, jf. aml. § 14-9 syvende ledd, tredje punktum.

”Ved avtaleperiodens utløp” tilsier tidspunktet da arbeidsforholdet med den f-ansatte avsluttes, altså maksimalt 12 måneder fra tiltredelse i stillingen. I forarbeidene heter det at karantenetiden inntreer ”fra og med første dag etter at arbeidsavtalen utløper og arbeidsforholdet avsluttes”.¹⁰⁰ Dersom arbeidstaker X tiltreder stillingen 01.01.16 vil arbeidsforholdet utløpe 31.12.16, og karantenetiden løpe fra 01.01.17.

Det er klart formulert i lovteksten at karantenetiden varer i 12 måneder. Karantenetidens lengde er begrunnet med at f-bestemmelsen ikke skal medvirke til en større bruk av kortvarige midlertidige ansettelser, da arbeidsgiver allerede har mulighet til å inngå midlertidige ansettelser med kortere varighet etter aml. § 14-9 første ledd, bokstav a til e.¹⁰¹ I eksempelet som er nevnt ovenfor vil karantenetiden vare fra og med 01.01.17 til og med 31.12.17.

Det kan tenkes situasjoner der arbeidsgiveren har flere f-ansatte som har tiltrådt stillingen på ulike tidspunkter, som medfører at arbeidsforholdene også utløper på ulike tidspunkter. For eksempel løper arbeidsforholdet med arbeidstaker X ut 30.11.16 og arbeidstaker Ys arbeidsforhold utløper 31.03.16. Spørsmålet er hvordan karantenetidens lengde skal beregnes i slike tilfeller.

F-bestemmelsen sier at karantenetiden inntreer ”når en arbeidstaker (...) ikke får videre ansettelse”. Ordlyden taler om en bestemt arbeidstaker, som tyder på at det løper en karantenetid per f-ansatt. I forarbeidene er den samme forståelsen lagt til grunn, der det heter

¹⁰⁰ Jf. Proposisjonen s. 113.

¹⁰¹ Jf. Proposisjonen s. 113.

at karantenetiden inntreer ”hver gang arbeidsgiver beslutter ikke å videreføre et ansettelsesforhold”.¹⁰²

Det ovennevnte innebærer at det løper én karantenetid per ansettelsesforhold, som i praksis tilsier at det kan løpe flere overlappende karantenetider samtidig. Forarbeidene uttaler at denne løsningen er tilsiktet. Dersom det hadde løpt en karantenetid kun etter arbeidsforholdet med den først f-ansatte utløpte, kunne den siste f-ansatte kun vært ansatt i den resterende avtaleperioden for den første f-ansatte, og denne løsningen ville vært urimelig for den siste f-ansatte. I tillegg vil én karantenetid per f-ansatt medføre at arbeidsgiver i større grad oppfordres til å ansette fast.¹⁰³

I eksempelet som nevnt ovenfor, vil karantenetiden for arbeidstaker X løpe fra 01.12.16 til 30.11.17. For arbeidstaker Y løper karantenetiden fra 01.04.16 til 31.03.17. Arbeidsgiver kan dermed ikke ansette nye arbeidstakere etter f-bestemmelsen til å utføre samme arbeidsoppgaver som X og Y fra 01.12.16 til 31.03.17.

Etter dette løper karantenetiden fra og med første dag etter den f-ansattes arbeidsforhold er avsluttet og 12 måneder frem i tid. Ved flere f-ansettelser løper det én karantenetid per ansettelsesforhold.

3.3.4 Hva karantenetiden omfatter

Spørsmålene i punkt 3.3.2. og 3.3.3 dreier seg om når karantenetiden inntreer og hvor lenge den varer. Problemstillingen i de følgende avsnitt er hva karantenetiden omfatter, det vil si hvilke ansettelser arbeidsgiver *ikke* kan foreta mens karantenetiden løper.

I aml. § 14-9 syvende ledd, siste punktum heter det at ”arbeidsgiver kan i karanteneprosjektet ikke foreta nye ansettelser som nevnt i første punktum”. Etter bestemmelsens første punktum kan ikke arbeidstaker foreta ansettelser ”av samme art innenfor virksomheten”

Problemstillingen er hva som er arbeidsoppgaver av ”samme art innenfor virksomheten”.

Det skal først gjøres rede for hva som menes med ”innenfor virksomheten”.

¹⁰² Jf. Proposisjonen s. 114.

¹⁰³ Jf. Proposisjonen s. 114.

Som nevnt under punkt 3.2.5 kan arbeidsgiver ved karantenetidens inntreden definere sin virksomhet som mindre enheter på minst 50 ansatte, jf. § 14-9 syvende ledd, andre punktum. En forutsetning for at arbeidsgiver kan definere virksomheten som mindre enheter er at enhetene er ”avgrenset organisatorisk og har en realitet over tid”.¹⁰⁴ I forarbeidene er det ikke nærmere problematisert hva som ligger i dette. Forarbeidene uttaler imidlertid at ”dersom en karantene skal omfatte alle arbeidsoppgavene av samme art, for eksempel resepsjonistoppgaver, innen en kommune som omfatter mange etater, vil det etter omstendighetene bety en svært restriktiv regel”.¹⁰⁵ Uttalelsen kan tolkes som at mindre etater i en stor virksomhet kan være ”avgrenset organisatorisk” slik at de kan defineres som mindre enheter, forutsatt at det er minst 50 ansatte i enheten. ”Avgrenset organisatorisk” syns å bety at etaten bør til en viss grad være selvstyrt med sin egen arbeidsstruktur, selv om etaten er en del av en større virksomhet. Et nærliggende eksempel er et sykehjem i en kommune, som gjerne har mer enn 50 ansatte. Dersom det løper en karantenetid på arbeidsoppgavene for en sykepleier, vil karantenetiden kun løpe på det konkrete sykehjemmet og ikke for sykepleierstillinger i kommunen som sådan. At enheten må ha en realitet over tid syns å være begrunnet i at karantenetiden ikke skal kunne omgås ved å opprette midlertidige enheter i virksomheten.

”Innenfor virksomheten” kan etter dette bety både virksomheten som sådan¹⁰⁶ eller en mindre, avgrenset enhet innad i virksomheten med minst 50 ansatte. Dersom arbeidsgiver definerer sin virksomhet som mindre enheter, vil karantenetiden kun løpe i den mindre enheten og ikke i den større virksomheten.

Spørsmålet er så hva som er arbeidsoppgaver ”av samme art”.

Ordlyden ”av samme art” tilsier at karantenetiden i hvert fall omfatter tilfellene der arbeidsgiver ansetter en ny f-ansatt til å gjøre nøyaktig like arbeidsoppgaver som den tidligere f-ansatte. De faktiske utførte arbeidsoppgaver til den tidligere f-ansatte er i kjernen av vurderingen.¹⁰⁷ Et naturlig utgangspunkt ved vurderingen av arbeidsoppgaver ”av samme art” er en sammenligning av den tidligere f-ansattes faktiske utførte arbeidsoppgaver med den nye f-ansattes arbeidsoppgaver.

¹⁰⁴ Jf. Proposisjonen s. 113.

¹⁰⁵ Jf. Proposisjonen s. 113.

¹⁰⁶ Se mer arbeidsmiljølovens generelle definisjon av ”virksomheten” i avhandlingens punkt 1.3.3.

¹⁰⁷ Jf. Proposisjonen s. 112.

Ifølge forarbeidene skal vilkåret ”av samme art” forstås videre enn nøyaktig like arbeidsoppgaver, da en for snever forståelse av vilkåret vil muliggjøre en omgåelse av karantenetiden. ”Av samme art” skal derfor også omfatte ”likeartede oppgaver”¹⁰⁸, i tillegg til nøyaktig like arbeidsoppgaver som den tidligere f-ansatte hadde. I vurderingen skal det også vurderes om de arbeidsoppgavene til den nye f-ansatte ”ville vært naturlig å pålegge den [tidligere] midlertidige ansatte og som artsmessig er av samme karakter” som den tidligere f-ansattes arbeidsoppgaver.¹⁰⁹

Forarbeidene uttaler at vurderingen av hva som er arbeid ”av samme art” som tidligere beror på en konkret vurdering.¹¹⁰ Relevante momenter i vurderingen er organiseringen av arbeidet, herunder arbeidstid, ansvar, stillingsnivå, utdanning og kompetanse.¹¹¹ Som eksempler nevner forarbeidene at en sykepleier har artsmessig ulike arbeidsoppgaver som en hjelpepleier, slik at det ikke er arbeid ”av samme art”. Videre fremheves det at arbeidsoppgavene til transportarbeidere kan være så ulike at de ikke er arbeid ”av samme art”.¹¹²

I forarbeidene er det ikke, foruten de nevnte momentene ovenfor, nærmere drøftet hva som menes med arbeid ”av samme art”. Gerd Engelsrud påpeker at vilkåret ”handler på et eller annet nivå om å finne likhetstrekk i selve arbeidsoppgavene, men ”hvor like” to jobber må være for at karantene skal slå til er ikke særlig avklart i forarbeidene”.¹¹³ Tine Eidsvaag skriver at et holdepunkt i vurderingen kan være om de nye arbeidsoppgavene til den f-ansatte faller inn under rammen av den tidligere f-ansattes arbeidsavtale.¹¹⁴ En arbeidskontrakt skal blant annet inneholde ”en beskrivelse av arbeidet eller arbeidstakers tittel, stilling eller arbeidskategori”, jf. aml. § 14-6 første ledd, bokstav c, og kan dermed si noe om hvilke arbeidsoppgaver den tidligere f-ansatte kunne pålegges.

For eksempel kan arbeidskontrakten til en f-ansatte si at vedkommende er ansatt som resepsjonist. Arbeidsoppgaver det er naturlig å pålegge en resepsjonist er blant annet administrativt arbeid i virksomheten og å svare på ulike henvendelser. Resepsjonisten får ikke ny arbeidskontrakt etter 12 måneder, slik at det løper en karantenetid på arbeidsoppgave ”av

¹⁰⁸ Jf. Proposisjonen s. 112.

¹⁰⁹ Jf. Proposisjonen s. 112.

¹¹⁰ Jf. Proposisjonen s. 112.

¹¹¹ Jf. Proposisjonen s. 113.

¹¹² Jf. Proposisjonen s. 113.

¹¹³ Jf. Gerd Engelsrud, ”Tidsbegrenset midlertidig ansettelse på generelt grunnlag”, *Arbeidsrett* 01/2016, punkt 2.4.

¹¹⁴ Jf. Tine Eidsvaag, ”Midlertidig ansettelse på ”generelt” grunnlag i EØS-rettslig belysning”, punkt 2.

samme art” som resepsjonistens. I karantenetiden ansetter arbeidsgiver en sekretær i virksomheten etter f-bestemmelsen. Det kan argumenteres for at det er naturlig at sekretæren utfører administrative oppgaver og svarer på henvendelser, slik som resepsjonisten gjorde. Selv om tittelen på stillingene er ulike, vil ikke arbeidsoppgavene artsmessig skille seg fra hverandre, som tilsier at den nye f-ansatte sekretæren ikke kan ansettes på grunn av karantenetiden. Annerledes er det hvis en ny f-ansatt skal arbeide som kantinemedarbeider i virksomheten. En kantinemedarbeiders arbeidsoppgaver er i hovedsak å lage og servere mat til de ansatte, som ikke er naturlige arbeidsoppgaver for en resepsjonist. En karantenetid vil ikke hindre ansettelsen av kantinemedarbeideren i et slikt tilfelle.

Drøftelsen viser at vurderingen av om arbeidet er av ”samme art” som tidligere åpner opp for en svært skjønsmessig og konkret vurdering. Både lovtekst og forarbeider gir få holdepunkter til hvordan vurderingen skal foretas, slik at vilkåret fremstår som uklart og byr på tolkningstvil. Det er dermed vanskelig å konkludere klart på spørsmålet om hva karantenetiden omfatter.

3.4 Rettsvirkninger ved brudd på begrensningene

3.4.1 Generelt om hovedregelen om rett til fast ansettelse

Etter aml. § 14-11 første ledd, første punktum kan ”retten etter påstand fra arbeidstaker avsi dom for at det foreligger et fast arbeidsforhold eller at arbeidsforholdet fortsetter” hvis det foreligger brudd på aml. § 14-9.

Bestemmelsen innebærer at den midlertidige ansatte har krav på fast ansettelse dersom arbeidsgiveren ikke overholder vilkårene i det aktuelle rettsgrunnlaget for den midlertidige ansettelsen i aml. § 14-9. Som det fremgår av ordlyden i aml. § 14-11 gir også brudd på f-bestemmelsen arbeidstaker krav på fast ansettelse.

Forarbeidene uttaler at en ulovlig midlertidig ansettelse etter f-bestemmelsen skiller seg fra de øvrige rettsgrunnlagene for midlertidig ansettelse i aml. § 14-9 første ledd.¹¹⁵ De øvrige rettsgrunnlagene for midlertidig ansettelse oppstiller krav om at arbeidsgiver må vise til et begrenset, midlertidig behov som begrunnelse for ansettelsen, mens f-bestemmelsen ikke

¹¹⁵ Jf. Proposisjonen s. 114.

oppstiller et lignende krav. Brudd på de øvrige rettsgrunnlagene for midlertidig ansettelse knytter seg dermed til begrunnelsen for ansettelsen, mens brudd på f-bestemmelsen knytter seg til tilfeller der ansettelsen varer utover ansettelsesperioden på 12 måneder uten at arbeidsforholdet avsluttes eller videreføres.¹¹⁶

På bakgrunn av hovedregelen om rett til fast ansettelse og den særskilte situasjonen knyttet til ulovlige f-ansettelser, oppstår spørsmålet om den f-ansatte vil ha krav på fast ansettelse ved brudd på karantene- og kvotebegrensningen.

3.4.2 Brudd på karantenetiden

I det følgende legges det til grunn at arbeidsgiver ikke har tilbudt den f-ansatte videre stilling i virksomheten, slik at utgangspunktet er at karantenetiden har inntrådt når det gjelder arbeidsoppgavene den f-ansatte utførte.

Hvis arbeidsgiver ikke tilbyr den f-ansatte videre stilling, og dermed ikke signerer en ny arbeidskontrakt, og den f-ansatte fortsetter i den samme stillingen utover 12 måneder, har den f-ansatte rett på fast ansettelse i tråd med aml. § 14-11 første ledd, første punktum. Forarbeider begrunner arbeidstakers rett til fast stilling med at ”karantenen inntreffer dagen etter at arbeidsavtalen utløper, og det vil være et brudd på karanteneregelen med videre ansettelse på generelt grunnlag”.¹¹⁷

Situasjonen som nevnt ovenfor gjelder når den enkelte f-ansatte fortsetter i samme stilling utover perioden på 12 måneder. En annen situasjon er der arbeidsgiveren ansetter en ny f-ansatt til å gjøre arbeid av samme art som den tidligere f-ansatte, det vil si ansetter en ny arbeidstaker til å utføre arbeidsoppgaver hvor det er inntrådt karantenetid.

Forarbeidene legger til grunn at i slike tilfeller er det den nye f-ansatte som har rett til å kreve fast ansettelse.¹¹⁸ Begrunnelsen for dette er at bruddet på karantenebegrensningen skjer ved at arbeidsgiver ansetter en ny f-ansatt, slik at bruddet ikke gjelder den tidligere f-ansatte.¹¹⁹ Dette innebærer at den tidligere f-ansatte ikke har rett til å kreve fast ansettelse.

¹¹⁶ Jf. Proposisjonen s. 114.

¹¹⁷ Jf. Proposisjonen s. 114.

¹¹⁸ Jf. Proposisjonen s. 115.

¹¹⁹ Jf. Proposisjonen s. 115.

Løsningen forarbeidene skisserer har gode grunner for seg. For det første er det ikke skjedd et brudd på f-bestemmelsen ved den første f-ansettelsen, slik at det fremstår som urimelig ovenfor arbeidsgiver om også de lovlige f-ansatte skal kunne kreve fast ansettelse. I tillegg, som forarbeidene fremhever, taler prosessuelle regler for at det kun er den f-ansatte som ansettes i karanteneperioden som har rett på fast ansettelse.¹²⁰ Det kan vanskelig tenkes at en lovlig tidligere f-ansatt har tilstrekkelig partstilknytning til å reise søksmål etter tvisteloven¹²¹ § 1-3.

3.4.3 Brudd på kvotebegrensningen

I aml. § 14-11 første ledd, siste punktum fremgår det at ved brudd på kvotebegrensningen i f-bestemmelsen kan retten avsi dom om det foreligger et fast arbeidsforhold eller at arbeidsforholdet fortsetter ”når særlige grunner tilsier det”.

Utgangspunktet er dermed at brudd på kvotebegrensningen *ikke* medfører at den f-ansatte kan kreve fast stilling, i motsetning til hva hovedregelen er ved brudd på karantenetiden. For at den f-ansatte skal kunne kreve fast ansettelse må det foreligge ”særlige grunner”.¹²² Hva som er ”særlige grunner” vil bero på en konkret vurdering, men skal ifølge forarbeidene omfatte ”klare misbrukstilfeller”.¹²³ I forarbeidene nevnes virksomheter som systematisk bryter kvotebegrensningen som et eksempel på ”klare misbrukstilfeller”.¹²⁴

Forarbeidene sier at hovedregelen om fast ansettelse er snudd når det gjelder brudd på kvotebegrensningen fordi ”det kan fremstå som noe tilfeldig at det er den arbeidstakeren som ble ansatt på det tidspunktet kvoten brytes, som skal ha krav på fast ansettelse”, og fordi ”brudd på kvoteregelen ikke er like kritikkverdig som brudd på vilkårene fordi ansettelsen i utgangspunktet er lovlig”.¹²⁵

Det kan stilles spørsmål om de ulike rettsvirkningene av brudd på kvotebegrensningen og karantenetiden er tilstrekkelig begrunnet. En forskjell på de to begrensningene, som også er påpekt i forarbeidene¹²⁶, er at nyansettelse mens karantenetiden løper medfører at selve

¹²⁰ Jf. Proposisjonen s. 115.

¹²¹ Se L17.06.2005 nr. 90 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister.

¹²² Jf. Proposisjonen s. 116.

¹²³ Jf. Proposisjonen s. 116.

¹²⁴ Jf. Proposisjonen s. 116.

¹²⁵ Jf. Proposisjonen s. 116.

¹²⁶ Jf. Proposisjonen s. 116.

nyansettelsen er ulovlig, mens ved brudd på kvotebegrensningen har arbeidsgiver ansatt for mange f-ansatte i samme periode. Ved brudd på kvotebegrensninger er det således ikke ansettelsene i seg selv som er ulovlig, kun det samlede antall f-ansatte.¹²⁷ Det kan dermed fremstå som vilkårlig at det er den eller de f-ansatte som blir ansatt akkurat når kvotebegrensningen brytes som skal ha rett til fast ansettelse og ikke alle som er ansatt etter f-bestemmelsen på tidspunktet når kvoten brytes. Vurderingen av om det foreligger ”særlige grunner” kan i slike tilfeller være egnet til å skille ut de tilfellene som anses som mest alvorlige og kritikkverdige.

På den andre siden vil det være en mer praktisk regel dersom brudd på kvotebegrensningen vil medføre krav om fast ansettelse for den eller de f-ansatte som ble ansatt på tidspunktet da kvoten ble brutt.¹²⁸ Selv om det kan fremstå som vilkårlig hvem av de f-ansatte dette gjelder, vil muligheten til å alltid kunne kreve fast ansettelse medføre at kvotebegrensningen må håndheves av arbeidsgiver. Slik regelen er utformet, ved at det krevers ”særlige grunner” for å kreve fast ansettelse, fremstår kvotebegrensningen som enkel å omgå for arbeidsgiver, samt at den vil ha liten effekt når det ikke foreligger klare konsekvenser for arbeidsgiver ved brudd på den.¹²⁹

3.5 Krav på fast ansettelse etter tre år

Som nevnt i avhandlingens punkt 3.1.2 ønsker lovgiver at midlertidig ansettelse etter f-bestemmelsen skal lede over til faste ansettelse. For å hindre evigvarende midlertidige ansettelse som unngår lovens hovedregel om fast ansettelse, er det i loven inntatt begrensninger på hvor lenge samme arbeidstaker kan være midlertidig ansatt. I aml. § 14-9 sjette ledd, første punktum fremgår det at en arbeidstaker som har vært ”sammenhengende midlertidig ansatt (...) i mer enn tre år etter første ledd bokstav b og f, skal anses som fast ansatt”.

Før f-bestemmelsen ble innført i loven, inneholdt regelen i aml. § 14-9 sjette ledd krav om fast ansettelse dersom den midlertidig ansatte hadde vært ansatt etter bokstav a eller b i mer enn fire år. I Prop. 39 L (2014-2015) ble det fremmet forslag om at f-bestemmelsen skulle inngå i fireårsregelen, som betyr at ansettelse etter f-bestemmelsen er med i beregningen av

¹²⁷ Jf. Proposisjonen s. 116.

¹²⁸ Jf. Proposisjonen s. 116.

¹²⁹ Jf. Johansen og Stueland 2015, s. 624.

”sammenhengende midlertidig ansatt” som fører til fast ansettelse etter fire år.¹³⁰ Det var i innstillingen fra arbeids- og sosialkomiteen at forslaget om en ny treårsregel først ble fremmet.¹³¹ I innstillingen fremgår det at ansettelse etter bokstav b eller f, eller disse i kombinasjon, gir arbeidstaker rett til fast ansettelse etter tre år.¹³² Dersom en arbeidstaker først arbeider 12 måneder etter f-bestemmelsen og deretter to år som vikar, vil arbeidstakeren ha rett på en fast ansettelse. Som nevnt i avhandlingens punkt 3.1.4 kan samme arbeidstaker arbeide flere perioder etter f-bestemmelsen, forutsatt at arbeidstakeren ikke utfører arbeid ”av samme art” i de ulike periodene. Tre perioder på 12 måneder etter f-bestemmelsen vil dermed også føre til krav om fast ansettelse.

Den nye treårsregelen er ikke nærmere drøftet i forarbeidene, som kan ha sammenheng med at regelen ikke var en del av regjeringens forslag i Prop. 39 L (2014-2015). Det er derfor uklart hvorfor loven opererer med to alternative regler om krav om fast ansettelse, og på hvilken måte bokstav a skiller seg fra bokstav b og f med tanke på når arbeidstakeren kan kreve fast ansettelse. På grunn av manglende holdepunkter i forarbeidene til f-bestemmelsen, må det legges til grunn at forarbeidene og rettspraksis til den tidligere fireårsregelen er relevante rettskilder.¹³³ Forarbeidene til den tidligere fireårsregelen uttaler at begrunnelsen for å ha en øvre grense for hvor lenge samme arbeidstaker kan være midlertidig ansatt er å ”tydeliggjøre lovens intensjon om at midlertidig ansettelse i hovedsak skal benyttes ved midlertidig behov” og skal underbygge ”prinsippet om at fast ansettelse er lovens hovedregel”.¹³⁴

Et spørsmål som oppstår i relasjon til treårsregelen er hva vilkåret om ”sammenhengende midlertidig ansatt” innebærer. I relasjon til f-bestemmelsen kan det for eksempel tenkes å være et avbrudd mellom endt f-ansettelse og vikariatet etter bokstav b påbegynner, som kan medføre at arbeidstakerens rett til å kreve fast ansettelse nullstilles fordi ansettelsesperioden ikke er ”sammenhengende”.

En naturlig forståelse av ”sammenhengende” tilsier at arbeidstakeren må arbeide uten fravær eller avbrekk i tre år. Det er imidlertid uttalt i aml. § 14-9 sjettede ledd, andre punktum at det ikke skal gjøres ”fradrag for arbeidstakers fravær”. Lovlig fravær på arbeidsplassen skal dermed ikke medføre at vilkåret ”sammenhengende” ikke er oppfylt. Sykeperioder,

¹³⁰ Jf. Proposisjonen s. 137.

¹³¹ Jf. Innst. 208 L (2014-2015), s. 16.

¹³² Jf. Innst. 208 L (2014-2015), s. 16.

¹³³ Jf. Tine Eidsvaag, ”Midlertidig ansettelse på ”generelt” grunnlag i EØS-rettslig belysning”, punkt 3.

¹³⁴ Jf. Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005), s. 218.

ferieavvikling eller lovlige permisjon er eksempler på slikt fravær.¹³⁵ Ordlyden ”sammenhengende” taler dermed for at arbeidstakeren må arbeide uten ugyldig fravær fra arbeidsplassen i tre år.

I forarbeidene til den tidligere fireårsregelen er det videre uttalt at ”mindre avbrudd mellom to ansettelsesforhold må (...) tolereres”, og at ”det vil bero på en totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet om kravet til ”sammenhengende” er oppfylt eller ikke”.¹³⁶ Uttalelsen innebærer at også annet fravær enn det lovlige kan oppfylle vilkåret ”sammenhengende”. I en dom fra lagmannsretten uttalte retten at ”avbrudd på inntil to uker ikke innebærer brudd på et eventuelt sammenhengende ansettelsesforhold”.¹³⁷ Det syns dermed å være avbrudd utover to uker som kan medføre at arbeidsforholdet ikke er ”sammenhengende”.

I juridisk teori fremgår det at et moment i vurderingen av hvorvidt et avbrudd i arbeidsforholdet er ”sammenhengende” eller ikke er årsaken til oppholdet.¹³⁸ Skjønberg og Hognestad uttaler at det er ”begrunnelsen for avbruddet [er] det sentrale”.¹³⁹ Er avbruddet begrunnet i nødvendig avspasering på grunn av lange vaktplaner i perioden før, kan selve begrunnelsen for avbruddet tale for at treårsregelen ikke nullstilles.¹⁴⁰

Da vurderingen av hva som er ”sammenhengende” ansatt i minst tre år beror på en konkret vurdering, kan det vanskelig oppstilles faste retningslinjer for vurderingen. Det vises i den forbindelse til at verken forarbeider eller rettspraksis opererer med et klart svar på hva som er et ”sammenhengende” arbeidsforhold. Et holdepunkt er imidlertid at avbrudd i arbeidsforholdet på under to uker ikke vil medføre at treårsregelen nullstilles, slik at en periode på under to uker fra f-ansettelsen ble avsluttet til vikariatet starter vil være ”sammenhengende” ansettelse.

Videre kan det tenkes tilfeller der den midlertidige ansatte for eksempel først er ansatt etter bokstav c (praksisarbeid), og etter endt praksisarbeid fortsetter i en generell midlertidig stilling etter f-bestemmelsen. Et spørsmål som da oppstår er hvorvidt praksisarbeidet etter

¹³⁵ Jf. kommentar av Lill Egeland på www.arbeidsrett.no, § 14-9 midlertidig ansettelse, note 24.

¹³⁶ Jf. Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005), s. 219.

¹³⁷ Jf. RG-2009-11.

¹³⁸ Jf. Johansen og Stueland 2015, s. 629.

¹³⁹ Jf. Skjønberg og Hognestad 2016, s. 87.

¹⁴⁰ Momentet ble vektlagt av lagmannsretten i RG-2009-11.

bokstav c (eller ansettelse etter bokstav d eller e) skal inngå i beregningsgrunnlaget for treårsperioden på lik linje med f-ansettelsen.

Treårsbestemmelsen nevner kun at arbeid etter bokstav b eller f, eller en kombinasjon av disse to, er inntatt i beregningsgrunnlaget. At ikke bokstav c, d eller e er nevnt i ordlyden taler for at disse ikke skal være med i beregningsgrunnlaget.

I forarbeidene til den tidligere fireårsregelen står det at ”det er ansettelsesforholdet i virksomheten som skal danne utgangspunktet for beregning av ansettelsestiden. (...) Dette innebærer at midlertidige ansettelser inngått med ulike hjemmelsgrunnlag skal vurderes samlet, så lenge det er tale om en sammenhengende ansettelsestid”.¹⁴¹ Uttalelsen tyder på at alle midlertidige rettsgrunnlag skal være med i beregningsgrunnlaget, også for treårsregelen.

Innstillingen til f-bestemmelsen sier at ”der midlertidig ansettelse skjer i kombinasjon med grunnlag i bokstav a og ett av eller begge de øvrige grunnlagene, vil retten til fast ansettelse inntre når arbeidstaker har vært ansatt i mer enn 3 år”.¹⁴² Uttalelsen, sett i sammenheng med konteksten den står i, indikerer at det kun er arbeid etter bokstav a, b eller f som kan medføre fast stilling. Innstillingen sier ingenting om hvordan arbeid etter bokstav c, d eller e skal påvirke regelen.

I dom fra Høyesterett, inntatt i Rt. 2009 s. 578, var det spørsmål om arbeidstakeren kunne kreve fast ansettelse etter fire år. Arbeidstakeren hadde vært ansatt etter ulike hjemler for midlertidig ansettelse, blant annet praksisarbeid etter bokstav c, på et sykehus. Et sentralt spørsmål i saken var om praksisarbeidet skulle inngå i beregningsgrunnlaget for fireårsregelen. Høyesterett uttaler at ”annet midlertidig arbeid [enn etter bokstav a og b] ikke skal regnes med”¹⁴³, og konkluderer med at det kun er midlertidig ansettelse som nevnt i fireårsbestemmelsen som er med i beregningsgrunnlaget.¹⁴⁴

Når det gjelder treårsbestemmelsen er det kun midlertidig ansettelse etter bokstav b eller f som er nevnt i bestemmelsen. Som nevnt ovenfor, uttaler forarbeidene at arbeid etter bokstav a også skal tas med i beregningsgrunnlaget. Med støtte i forarbeider og rettspraksis fra den tidligere fireårsbestemmelsen er det dermed kun midlertidig ansettelse etter disse grunnlagene

¹⁴¹ Jf. Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005), s. 219.

¹⁴² Jf. Innst. 208 L (2014-2015), s. 16.

¹⁴³ Jf. Rt. 2009 s. 578, premiss 62.

¹⁴⁴ Jf. Rt. 2009 s. 578, premiss 67.

som skal tas med i beregningsgrunnlaget. Siden verken bokstav c, d eller e er nevnt i lovbestemmelsen eller forarbeider, er konklusjonen at midlertidig ansettelse etter bokstav c, d eller e ikke skal være med i beregningsgrunnlaget av treårsregelen.

Et annet tilfelle som kan dukke opp i praksis er hvis en midlertidig ansatt først er ansatt 12 måneder etter f-bestemmelsen, for deretter å inngå ny arbeidskontrakt etter bokstav c som skal vare i seks måneder. Spørsmålet er så om ansettelsen etter bokstav c (eller d og e) vil avbryte treårsperioden, slik at den tidligere f-ansatte må arbeide tre nye år for å ha krav på fast ansettelse.

Ordlyden i treårsregelen er også her taus om spørsmålet. Forarbeidene sier heller ikke noe om hvordan spørsmålet skal løses.

Det kan imidlertid argumenteres for at rettsgrunnlagene i bokstav c, d og e først og fremst er begrunnet i arbeidstakers hensyn, og ikke arbeidsgivers.¹⁴⁵ Bokstav c (praksisarbeid), bokstav d (arbeidsmarkedstiltak i regi av NAV) og bokstav e (trenere, dommere og andre ledere innen organisert idrett) har alle preg av å være begrunnet i opplæringsformål for den enkelte arbeidstaker, og er således ikke på lik linje med bokstav a, b og f begrunnet i at arbeidsgiver har behov for midlertidig arbeidskraft. Midlertidige stillinger med opplæringsformål vil avsluttes når den nødvendige opplæringen er oppnådd, og treffer således ikke begrunnelsen for treårsregelen i like stor grad som ansettelse etter bokstav a, b eller f gjør.¹⁴⁶ Synspunktet gir ikke direkte svar på om ansettelse etter de tre bestemmelse skal avbryte treårsperioden, men kan tale for at de heller skal komme til fradrag når treårsperioden skal beregnes.¹⁴⁷ For eksempelet som nevnt ovenfor, vil da praksisperioden etter bokstav c ikke telle i treårsperioden, og arbeidstakeren må få arbeid som er hjemlet i bokstav a, b eller f i ytterligere to år for at vedkommende skal ha krav på fast ansettelse. Det bemerkes for øvrig at verken lovbestemmelsen eller forarbeidene gir et klart svar på spørsmålet, slik at konklusjonen er usikker.

Som nevnt inneholder f-bestemmelsen to ulike definisjoner av virksomhetsbegrepet, hvor begrepet kan defineres snevrere i relasjon til karantenetiden enn ved kvoteberegningen.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Jf. Tine Eidsvaag, "Midlertidig ansettelse på "generelt" grunnlag i EØS-rettslig belysning", punkt 3.

¹⁴⁶ Høyesterett har også uttalt at lovgrunnen til fireårsregelen "slår ikke uten videre til når den midlertidig ansatte har vært i praksis eller arbeidsmarkedstiltak ved bedriften" i Rt. 2009 s.578, premiss 57.

¹⁴⁷ Jf. kommentar av Lill Egeland på www.arbeidsrett.no, § 14-9 midlertidig ansettelse, note 23, under overskriften "sammenhengende midlertidig ansatt".

¹⁴⁸ Se avhandlingens punkt 3.3.4.

Forutsatt at arbeidsgiver definerer virksomheten som mindre enheter, oppstår spørsmålet om den f-ansatte må arbeide sammenhengende i minst tre år for den mindre enheten eller hele virksomheten som sådan.

Et eksempel der problemstillingen er aktuell er hvis en sykepleier har vært ansatt etter f-bestemmelsen i 12 måneder på et sykehjem. Sykehjemmet er av arbeidsgiver definert som en mindre enhet i kommunen, slik at karantenetiden kun inntreffer på sykehjemmet. Spørsmålet er om sykepleieren oppfyller kravet til ”sammenhengende” ansettelse hvis hun får tilbud om et vikariat på to år på et annet sykehjem i kommunen, som er en annen mindre enhet enn det opprinnelige sykehjemmet hun jobbet på, eller om sykepleieren må fortsette arbeidet på det opprinnelige sykehjemmet i to år til.

Ordlyden i bestemmelsen presiserer ikke uttrykkelig om den treårige sammenhengende ansettelsen må finne sted i den mindre enheten eller virksomheten som sådan. Aml. § 14-9 sjette ledd, første punktum uttaler imidlertid at en fast ansettelse etter tre år innebærer at arbeidstakers stillingsvern ved oppsigelse gjelder fullt ut, jf. aml. § 14-9 sjette ledd, første punktum. Johansen og Stueland skriver at reglene om stillingsvern gjelder mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, slik at det stilles ”krav om sammenhengende ansettelse hos samme arbeidsgiver, uavhengig av om arbeidstakeren har jobbet i flere virksomheter som samme arbeidsgiver”.¹⁴⁹ Synspunktet har også støtte av Egeland, som uttaler at ”sammenhengende tjeneste hos samme rettssubjekt utløser krav om fast ansettelse, selv om det har skjedd i ulike virksomheter”.¹⁵⁰ I eksempelet som nevnt ovenfor er det kommunen som både er arbeidsgiver og virksomheten¹⁵¹ sykepleieren har jobbet for, slik at sykepleieren har krav på fast ansettelse hvis hun arbeider for kommunen, virksomheten som sådan, i tre sammenhengende år.

Løsningen fremstår som rimelig, da arbeidstakerens rettigheter og plikter under arbeidsforholdet er rettet mot arbeidsgiver, ikke kun den enkelte enhet i virksomheten, slik at stillingsvernet gjelder mellom sykepleieren og kommunen. I tillegg kunne arbeidsgiver i større grad spekulert i omgåelse av treårsregelen hvis arbeidstakeren måtte arbeide tre sammenhengende år i den mindre enheten, da arbeidsgiver kunne omplassert arbeidstakeren til andre enheter for å unngå en fast ansettelse.

¹⁴⁹ Jf. Johansen og Stueland 2015, s. 628.

¹⁵⁰ Jf. kommentar av Lill Egeland på www.arbeidsrett.no, § 14-9 midlertidig ansettelse, note 23 under overskriften ”sammenhengende midlertidig ansatt”.

¹⁵¹ Disse begrepene er ofte sammenfallende, jf. avhandlingens punkt 1.3.3.

Etter dette vil den f-ansatte ha krav på fast ansettelse etter aml. § 14-9 sjette ledd etter tre år sammenhengende arbeid i virksomheten som sådan, selv om arbeidsgiver definerer den f-ansattes arbeidssted som en mindre enhet.

4 Avsluttende bemerkninger

Jeg vil avslutningsvis fremme egne synspunkt om f-bestemmelsen, og særlig peke på noen utfordringer knyttet til den.

Som avhandlingen viser, er vilkårene som regulerer adgangen til midlertidig ansettelse etter f-bestemmelsen ofte svært skjønnsmessige. Forarbeidene gir heller ikke alltid klare svar på praktiske problemstillinger som bestemmelsen reiser, og rettsanvenderen vil ofte sitte igjen med uklare konklusjoner. For arbeidsgiver er vurderingene som skal foretas i relasjon til f-bestemmelsen kompliserte og detaljrike. Slik bestemmelsen er utformet i dag, kreves det inngående kunnskap om arbeidsrett for å foreta riktige vurderinger. Uten slik kunnskap om arbeidsrett, som for eksempel en juridisk avdeling i en større virksomhet kan ha, vil arbeidsgiver risikere ulovlige f-ansettelser. At bestemmelsen byr på tolkningstvil mener jeg derfor er uheldig, da risikoen for en ulovlig midlertidig ansettelse blir større. Som nevnt under punkt 1.2 bør reglene om midlertidig ansettelse være klare, slik at arbeidsgiver blir nødt til å ansette fast dersom vilkårene for midlertidig ansettelse ikke er oppfylt. En så uklar rettstilstand som f-bestemmelsen åpner for kan vanskelig sies å bidra til trygge ansettelsesforhold for arbeidstakeren, jf. aml. § 1-1 bokstav b.

Videre fremstår f-bestemmelsen etter min syn som vanskelig å lese. Den er regulert i to ulike ledd i aml. § 14-9, og for eksempel virksomhetsbegrepet i bestemmelsen er brukt på to måter, som også er egnet til å skape uklarhet rundt bestemmelsen.

Jeg forstår til dels behovet for å ha en generell adgang til midlertidig ansettelse. Særlig i usikre økonomiske tider kan f-bestemmelsen bidra til at flere er i arbeid fordi arbeidsgivers risiko knyttet til ansettelsen er mindre. I tillegg kan det være enklere å ansette nyutdannede og personer som har vært utenfor arbeidsmarkedet i en lengre periode i en generell midlertidig stilling. Samtidig er det nettopp disse gruppene av arbeidstakere som har størst behov for et trygt ansettelsesforhold, særlig i form av en fast lønn som kan gi grunnlag for å ta opp for eksempel boliglån. Jeg frykter at det er disse gruppene som vil bli hardest rammet av en uklar rettstilstand – og at arbeidstakeren vil trekke det korteste strået.

Litteraturliste

Love:

L17.06.2005 nr. 62: Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv (arbeidsmiljøloven, forkortet aml.)

L04.02.1977 nr. 4: Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsvernsloven, forkortet aml. av 1977)

L17.06.2005 nr. 90: Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven, forkortet tvl.)

EU/EØS: Rådskonklusjon 1999/70/EF av 28.juni 1999 om rammeavtalen om midlertidig ansettelse inngått mellom EFF, UNICE og CEEP

Litteratur:

Engelsrud 2009: Gerd Engelsrud, Styring og vern, arbeidsrett i kommuner og fylkeskommuner, Cappelen akademisk forlag, 4.utgave, 1.opplag 2009

Nygaard 2012: Nils Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt, Universitetsforlaget, 2. utgave, 3. opplag 2012

Skarning 2013: Nicolay Skarning, Midlertidig ansettelser, innleie og vikarbyrådirektivet, Universitetsforlaget, 2013

Johansen og Stueland 2015: Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland, Arbeidsmiljøloven kommentarer og praksis, Gyldendal akademisk, 2.utgave, 1.opplag 2015

Skjønberg og Hognestad 2016: Alexander Næss Skjønberg og Eirik Hognestad, Individuell arbeidsrett, Gyldendal juridisk, 1.utgave, 3.opplag 2016

Lill Egeland: Kommentartutgave til arbeidsmiljøloven, Fagbokforlaget, <http://www.arbeidsrett.no/>, kommentarer til § 14-9 Midlertidig ansettelse av Lill Egeland.

Artikler:

Tine Eidsvaag: ”Midlertidig ansettelse på ”generelt” grunnlag i EØS-rettslig belysning”, Festskrift til Stein Evju ”Sui Generis”, Mulder, Hotvedt, Nesvik og Sundet, Universitetsforlaget 2016

Gerd Engelsrud: ”Tidsbegrenset midlertidig ansettelse på generelt grunnlag”, Arbeidsrett 01/2016

Forarbeider:

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

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget, et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Ot.prp. nr. 24 (2005-2006): Om lov om endringer i lov 17.juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Prop 39 L. (2014-2015): Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgangen til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold)

Innst. 208 L (2014-2015): Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgangen til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold)

Rettspraksis fra Høyesterett:

Rt. 1984 s. 1044

Rt. 2009 s. 578 (Sykehuset Innlandet-dommen)

Rt. 2013 s. 342

Rt. 2013 s. 354

Underrettspraksis:

RG-2009-11

Arbeidsretten:

ARD-1981-49

Nettsider:

Statistisk sentralbyrå nettsider: <https://www.ssb.no/aku/>

Arbeidsrettens nettsider: <http://www.arbeidsretten.no/>

VGs nettsider, sist lest 01.11.16: <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/solberg-regjeringen/naa-blir-det-flere-midlertidige-ansatte-lengre-dager-og-mer-soendagsjobbing/a/23413254/>