

Tilsigelsesavtaler. Om lovligheten av arbeidsavtaler uten angitt stillingsprosent er betinget av grensene for midlertidig ansettelse.

En analyse av de rettslige betingelsene for lovlige tilsigelsesavtaler, herunder grensen mellom det som kan defineres som faste og midlertidige ansettelse i arbeidsmiljøloven § 14-9.

Kandidatnummer: 167 159

Veileder: Tine Eidsvaag

Antall ord: 14 807



Dato: 04.12.2012

Innholdsfortegnelse

Innledning.....	5
Del I: Problemstilling og oppgavepremisser	5
1. Innledende kapitler	5
1.1 Tema for oppgaven.....	5
1.2 Emnets aktualitet	7
1.3 Videre fremstilling	8
2. Problemstilling	8
2.1 Problemstilling	8
2.2 Avgrensninger	8
3. Definisjoner, rettslige utgangspunkt og sentrale hensyn	9
3.1 Definisjon av tilsigelsesavtale	9
3.2 Sentrale arbeidsrettslige hensyn	11
4. Rettskildebildet.....	12
4.1 Historisk utvikling av arbeidstakerens oppsigelsesvern.....	12
4.2 Dagens rettskilder.....	13
4.3 Internasjonal dimensjon.....	14
Hoveddel	17
Del II: Fast ansettelse	17
5. Utgangspunktene	17
5.1 Arbeidsavtalen.....	17
5.2 Ufravikeligheten.....	17
6. Hovedregelen – fast ansettelse	17
6.1 Utgangspunktet for alle ansettelsesforhold.....	17
6.1.1 Ordlyd.....	18
6.1.2 Forarbeider	18
6.2 Arbeidsmiljølovens krav til arbeidstid i arbeidsavtalen	19
6.3 Hvilken styringsrett har arbeidsgiver over arbeidstakerens arbeidstid?	20
6.4 Hovedregelen – foreløpig oppsummering	22
7. Stillingsvern.....	22
7.1 Arbeidsmiljøloven regulerer ikke krav om lønn og stillingsprosent	22
7.2 Arbeidsmiljølovens oppsigelsesbestemmelse.....	23

7.3 Kravet om saklig begrunnelse	24
7.3.1 Saksbehandlingen	24
7.3.2 Arbeidsmiljølovens terskel for saklige oppsigelser	25
7.4 Oppsigelsesfristene	25
7.5 Den oppsagte arbeidstakerens prosessuelle rettigheter	26
7.6 Domstolenes overprøvingskompetanse	26
7.7 Den rettslige betydningen av at arbeidstakeren er midlertidig ansatt	27
7.8 Stillingsvernets betydning for arbeidstakere ansatt på tilsigelsesavtaler	27
Del III: Midlertidig ansettelse	29
8. Adgangen til midlertidig ansettelse	29
8.1 Lovens unntaksordning	29
8.2 Arbeidsmiljøloven § 14-9 bokstav a	29
8.3 Arbeidsmiljøloven § 14-9 bokstav b	30
8.4 Unntakene fra fast ansettelse – foreløpig oppsummering	31
9. Fast ansettelse uten garantilønn i bemanningsbransjen	33
9.1 Arbeidstakere ansatt i bemanningsbyrå – lovreguleringen	33
9.2 Praksis fra bemanningsbransjen	33
9.3 Betydningen for tilsigelsesavtaler	34
Del IV: De materielle grensene for adgangen til å avtale midlertidig ansettelse – betydningen av formelt tidsubegrensede arbeidsavtaler	36
10. Høyesterett om grensene for lovlig midlertidig ansettelse	36
10.1 Hvilken rolle spiller domstolenes praksis rundt grensene for lovlig midlertidig ansettelse?	36
10.2 Faktum i dommene	37
10.3 Langvarig, stabilt behov for ekstra arbeidskraft	38
10.4 Tilknytningskravet	39
10.5 Betydning av at arbeidstakeren ikke har arbeidsplikt	40
10.6 Dommenes betydning for det materielle innhold i fast ansettelse	41
10.6.1 Ubalansen i tilsigelsesavtaler	41
10.6.2 Stillingsvernet	43
10.6.3 Konsekvensen av dom for ulovlig midlertidig ansettelse	43
11. De materielle og prosessuelle virkninger av en ulovlig midlertidig ansettelse	45
11.1 Rettsvirkninger: Arbeidsmiljøloven § 14-11	45
11.2 Bør dette uttrykkelig lovreguleres?	47
Avslutning	48

Del V: Konklusjon og avsluttende tankekors	48
12. Konklusjon	48
12.1 Oppsummering	48
12.2 Konklusjon	48
13. Avsluttende bemerkninger om bruken av tilsigelsesavtaler	49
13.1 Arbeidsgivers økonomiske risiko	49
13.2 Tilsigelsesavtaler er lovlige	50
KILDEREGISTER	52

Innledning

Del I: Problemstilling og oppgavepremisser

1. Innledende kapitler

1.1 Tema for oppgaven

Å være i arbeid danner grunnlaget for arbeidstakeres lønnsinntekt. Det er et mål for samfunnet i sin helhet at lønnsinntekter skal være den norske arbeidsstyrkens eneste, eller i det minste hovedsakelige, inntektskilde. For at dette også skal være en realitet er det en forutsetning at arbeidstakerens økonomiske forutberegnelighet er vernet gjennom arbeidslovgivningen.

For arbeidsgiveren er det et spørsmål om å drive sin virksomhet på en mest mulig verdiskapende måte, samtidig som vernet av arbeidstakeren ivaretas. Samfunnet er også tjent med at arbeidskraftsbehovet innad i de ulike delene av både offentlig og privat virksomhet forvaltes på en økonomisk bærekraftig måte. Arbeidstakervernet må derfor harmoniseres med hensynet til virksomhetene¹. Arbeidsrettens system bygger med dette i stor grad på en avveining mellom arbeidsgivers og arbeidstakers økonomiske risiko i arbeidsforhold.

I en virksomhet er det ikke uvanlig at det oppstår variasjon i arbeidskraftsbehovet, ofte av midlertidig karakter. Etterspørsel, produksjonsmengde eller antallet oppdrag kan endre seg. Ved midlertidig variasjon i arbeidskraftsbehovet kan arbeidsgiver få behov for arbeidskraft utover hva virksomhetens grunnbemanning kan dekke. Arbeidsgiver må likevel organisere arbeidskraften på en måte som ikke strider mot arbeidsmiljølovens² regler.

I denne fremstillingen rettes søkelyset mot de arbeidsrettslige tilsigelsesavtaler.

Tilsigelsesavtaler kan kort oppsummeres som en arbeidsavtale der verken arbeidstid- eller stillingsprosent er angitt i arbeidsavtalen³. Arbeidstaker vil etter avtalen bli tilkalt for å jobbe når det oppstår behov for ekstra arbeidskraft i virksomheten.

Dersom det skulle oppstå sykdom i den alminnelige arbeidsstaben, eller dersom behovet for økt arbeidskraft skulle bli prekært, er det nyttig for arbeidsgiveren å ha en eller flere personer

¹ Innledningen bygger delvis på artikkelen av Marianne Jenum Hotvedt, «Utvikling eller brudd? Når diskrimineringsvern møter arbeidstakervern», *Arbeidsrett og Arbeidsliv* (2012), bind 6, s. 141-186, på s. 146-147.

² Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv (arbeidsmiljøloven). Heretter benevnt aml.

³ Se punkt 2.1 for definisjon

som kan kontaktes for å dekke behovet. Det er en fordel for arbeidsgiver at andre arbeidstakere enn den grunnbemanningen består av, arbeidstakere som ofte må arbeide på kort varsel, har kjennskap til virksomheten og de arbeidsoppgaver denne skal utføre⁴.

Avtaleformen er derfor stadig brukt i ulike norske virksomheter, men denne formen for ansettelse reiser både interessante og intrikate problemstillinger.

En tilsigelsesavtale kan inngås som en avtale om rett til å benytte arbeidstakeren som midlertidig ansatt, eller den kan ha form og være uttalt som en fast ansettelsesavtale. Temaet i fremstillingen er om en tilsigelsesavtale bare er lovlig for de tilfeller der arbeidstakeren blir tilkalt innenfor rammene av lovlig midlertidig ansettelse, eller om loven åpner for faste ansettelser med behovsrelatert arbeidstid. Dette spørsmålet reiser to ytterligere spørsmål. For det første blir det et spørsmål om hva som utgjør grensen mellom faste og midlertidige arbeidsavtaler. Videre er spørsmålet hvilke prosessuelle og materielle følger en ulovlig midlertidig ansettelse kan få, dersom det ikke foreligger en avtale om stillingsprosent mellom arbeidstakeren og dennes arbeidsgiver.

Arbeidsdepartementet uttaler i 2009⁵ at tilsigelsesavtaler «*i de aller fleste tilfeller vil være avtaler om midlertidig ansettelse, som krever hjemmel i arbeidsmiljøloven § 14-9. Det kan imidlertid ikke utelukkes at slike avtaler kan inngås innenfor rammen av et fast arbeidsforhold. Departementet understreker at det i så tilfelle må være tale om en reell fast ansettelse*» [*min kursivering*]. Hva Departementet mener med en *reell fast ansettelse* er ikke nødvendigvis et spørsmål der svaret gir seg selv.

Vurderingstema kan også belyses av partenes kjerneargumenter i den omdiskuterte Braatendommen⁶ fra Høyesterett i 2005. Arbeidstakeren argumenterte for at «[m]an kan ikke være fast ansatt uten å ha en eller annen avtalt arbeidstid»⁷. Arbeidsgiver hevdet på sin side at «[o]m arbeidstiden er mer eller mindre omfattende, har ingen betydning for spørsmålet om ansettelsesforholdet er midlertidig»⁸. Det vil i fremstillingen søkes svar på kravene til arbeidstid i lovlige faste ansettelsesforhold.

⁴ Marit Frogner, ««Tilsigelsesavtaler» - kommentar til Høyesteretts dom av 27. juni 2005», Arbeidsrett nr. 4 (2005) s. 237-242 (s. 242)

⁵ Prop. 104 L (2009-2010) s. 4

⁶ Rt. 2005 s. 826. I dommen krevde arbeidstakeren erstatning fra arbeidsgiver for det han mente var en ulovlig midlertidig ansettelse.

⁷ Rt. 2005 s. 826, avsnitt 18

⁸ Rt. 2005 s. 826, avsnitt 10

1.2 Emnets aktualitet

På mange arbeidsplasser kan det være behov for at arbeidsgiver inngår en avtale med enkelte arbeidstakere om et løst tilknyttet arbeidsforhold enn de alminnelige ansettelsesformer. Tilsigelsesavtaler er utbredt i bransjer der det erfaringsmessig er nødvendig å ha personer som kan jobbe ved både akutt eller sesongbetont behov for arbeidskraft. Herunder kan helsesektoren, restaurant- og hotellbransjen og butikkbransjen nevnes som eksempler.

Det finnes ikke konkret statistikk for hvor mange arbeidstakere i Norge som er ansatt ved tilsigelsesavtaler. Et søk i statistikkbanken hos Statistisk Sentralbyrå (SSB) viser imidlertid at det i 2011 arbeidet i snitt 41 750 personer som ekstrahjelper⁹. Av disse var 19 000 mannlige arbeidstakere, mot 23 000 kvinner¹⁰.

År 2011 ¹¹	Ekstrahjelp K1	Ekstrahjelp K2	Ekstrahjelp K3	Ekstrahjelp K4
Menn	17 000	17 000	26 000	16 000
Kvinner	22 000	23 000	28 000	19 000
Totalt	39 000	39 000	54 000	35 000

Statistikken fra 2011 viser at antallet ekstrahjelper nådde en topp i tredje kvartal, og et bunnpunkt i årets fjerde kvartal. Dette gir antydning om utstrakt bruk av ekstrahjelper om sommeren. Det er også betydelig flere kvinner som arbeider som ekstrahjelper enn menn.

I en artikkel fra 2004¹² skriver SSB at den største andelen ekstrahjelpsansatte er arbeidstakere mellom 17 og 24 år. Dette kan forklares med at denne arbeidsgruppen i hovedsak består av studenter, elever i videregående skole, eller unge jobbsøkere som skal ut i arbeidslivet. Mange av disse vil være ansatt på tilsigelseskontrakter, hvilket danner grunnlaget for avhandlingens tema.

⁹ SSBs arbeidskraftsundersøkelse (2011), Statistikkbanken tabell 08477

¹⁰ Omtrent 750 personer i undersøkelsen har ikke oppgitt kjønn

¹¹ SSBs arbeidskraftsundersøkelse (2011), Statistikkbanken, tabell 08477

¹² Tor Petter Bø: «Arbeidskraftsundersøkelsen, Tilleggsundersøkelsen om arbeidstidsordninger, 2. kvartal 2004» (siste funnet tilleggsundersøkelse fra SBB)

1.3 Videre fremstilling

Fremstillingen er delt inn i fem deler, der del I-IV danner utgangspunktet og grunnlaget for analysen av problemstillingen. Konklusjonen gis i fremstillingens femte og siste del. Hver del er igjen delt inn i ulike kapitler.

Del I utgjør fremstillingens innledning, der premissene for problemstillingen legges. Her vil jeg gjennomgå fremstillingens tema, også i statistisk kontekst, og det blir redegjort for problemstillingen med tilhørende avgrensninger. Videre vil de relevante arbeidsrettslige rettskildene vies oppmerksomhet mot slutten av del I.

Del II tar for seg lovens hovedregel om fast ansettelse, og de materielle regler denne ansettelsesformen er underlagt.

I del III vil det bli redegjort for vilkårene for lovens unntak om midlertidige ansettelser, i tillegg til en kort analyse av ansettelsespraksis fra bemanningsbransjen.

I del IV blir grensene for lovlige midlertidige ansettelser analysert. Avslutningsvis i fremstillingen hoveddel blir rettsvirkningen av de ulovlige midlertidige ansettelser analysert.

Fremstillingen rundes av med en konklusjon, med tilhørende kommentarer, i den avsluttende del V.

2. Problemstilling

2.1 Problemstilling

Fremstillingens hovedproblemstilling er om lovligheten av arbeidsavtaler uten angitt arbeidstid eller stillingsprosent, er betinget av at arbeidsmiljølovens materielle vilkår for midlertidig ansettelse er innfridd. Underproblemstillingen er hvilke kvalitative krav til arbeidstid som må stilles for at en fast ansettelse er reell. En ytterligere underproblemstilling er hvilke prosessuelle og materielle virkningene et ulovlig midlertidig ansettelsesforhold får, herunder de materielle krav til avtale om arbeidstid.

2.2 Avgrensninger

Først og fremst avgrenser fremstillingen naturligvis mot øvrige faste og midlertidige ansettelsesavtaler der avtalt stillingsprosent eller arbeidstimer fremgår av arbeidsavtalen.

Videre avgrenses problemstillingen til kun å berøre de rettsregler som springer ut av arbeidsmiljølovens regler. Regler om fast og midlertidig ansettelse i øvrige lover, herunder tjenestemannsloven, sjømannsloven og opplæringsloven, faller derfor utenom problemstillingen.

Problemstillingen avgrenses også mot regler for midlertidige arbeidsavtaler i medhold av aml. § 14-9 bokstav c-e. Det samme gjelder fireårs-regelen i § 14-9 (5). Grensene for lovlig midlertidig ansettelse tar følgelig kun utgangspunkt i reglene om midlertidige ansettelse etter aml. § 14-9 (1) bokstav a og b.

3. Definisjoner, rettslige utgangspunkt og sentrale hensyn

3.1 Definisjon av tilsigelsesavtale

Begrepet 'tilsigelsesavtale' er ikke et rettslig begrep. Det er betegnelsen på en type ansettelsesavtaler som er skapt i juridisk teori. Det er derfor variasjon i definisjonen av tilsigelsesavtaler, og avtaleformen kan også i mange tilfeller betegnes på annen måte.

I mange virksomheter er det som nevnt innledningsvis et behov for å ha en utvidet arbeidsstokk som kun jobber når behovet melder seg. Begrunnelsen for det aktuelle behovet kan være mange: Sykdom hos ansatte, sesongsvingninger, variasjon i arbeidsgivers oppdragsmengde, osv¹³.

En vanlig måte å dekke fluktuerende arbeidskraftbehov på, er å avtale med andre personer enn den faste arbeidsstokken at disse kan tilkalles ved behov. I fagbevegelsen snakkes det ofte om «solkontrakter» eller «solvakter», ettersom arbeidskraftsbehovet i typisk restaurant- og utelivsbransjen naturlig øker ved pent vær i sommerhalvåret. I EU-retten omtales tilsigelsesavtaler som «zero-hour contracts», eller «on-call contracts»¹⁴.

Arbeidsrettsprofessor Stein Evju skriver i 2005¹⁵ at definisjonen på en tilsigelsesavtale er «at arbeidstageren kan tilkalles når arbeidsgiveren har behov, men uten noen rett til arbeid ut over dette og, ofte, også uten noen plikt til å ta imot den enkelte tilsigelse». Evju skriver også at tilsigelsesavtaler kan ha «dels [...] form av midlertidige ansettelser, dels kan de i formen være «faste» ansettelsesavtaler».

¹³ Frogner (2005) s. 237

¹⁴ Se mer om dette i punkt 4.3

¹⁵ Stein Evju: «Tilsigelsesavtaler – omgåelse av midlertidig ansettelse – Høyesteretts dom 27. juni 2005 (HR-2005-01028-A)», *Nytt i Privatretten*, nr. 3, 2005, s. 2

Advokat Marit Frogner skriver i en artikkel¹⁶ fra samme år at «[d]et kan tenkes ulike former for tilsigelses- eller tilkallingsavtaler. Utgangspunktet for avtalen er at arbeidstaker kun skal arbeide ved behov [...]. Det som kjennetegner forholdet til arbeidsgiver er at arbeidstaker ikke har rett til en bestemt arbeidstid eller arbeidsmengde. Arbeidsgiver kan ha en plikt til å tilkalle vedkommende når det foreligger behov for ekstra arbeidskraft, mens arbeidstaker på sin side ikke har arbeidsplikt og står fritt til å avslå arbeid. Normalt betales kun lønn for utført arbeid».

Frogners definisjon innehar et *krav* om at arbeidstaker ikke har arbeidsplikt etter avtalen. Evju definerer imidlertid tilsigelsesavtaler som en avtale der det «ofte» ikke er en arbeidsplikt etter avtalen. Det kan derfor tenkes tilfeller der arbeidstakeren har en plikt til å stille sin arbeidskraft til disposisjon ved tilsigelse fra arbeidsgiveren, med mindre han har reelle grunner til ikke å møte til arbeid. Med reelle grunner mener jeg sykdom og lignende tilfeller som gir gyldig grunn for fravær i et alminnelig fast ansettelsesforhold.

I fremstillingen definerer jeg tilsigelsesavtale som en arbeidsavtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, der arbeidstiden verken er angitt i timer eller i stillingsprosent i avtalen.

Arbeidstaker er ansatt til å dekke varierende arbeidskraftsbehov eller fravær i bedriften, og har verken krav på arbeid eller lønn etter avtalen, utover de tilfeller arbeidstakeren blir tilkalt fra arbeidsgiver.

Innunder definisjon faller både de tilsigelsesavtaler som etter sin form er inngått som en avtale om fast ansettelse, og tilsigelsesavtaler der det er avtalt at hver enkelt tilkalling skal anses som en avtale om midlertidig ansettelse. Det er, som definert i avsnittet over, en forutsetning for problemstillingen at arbeidstakeren i tilsigelsesordning ikke har garantilønn mellom arbeidsopdragene.

Definisjonen avgrensner mot de arbeidsavtaler der arbeidstakeren har frihet til å bestemme når han eller hun vil jobbe. I en tilsigelsesavtale er arbeidstiden avgrenset til å omfatte den tiden arbeidstakeren faktisk utfører arbeid, ved tilkalling fra arbeidsgiver. Arbeidstakeren kan følgelig ikke positivt bestemme når han eller hun vil jobbe. Definisjonen omfatter både tilsigelsesavtaler der arbeidstakeren har en arbeidsplikt etter avtalen, og der det er avtalefestet at arbeidstakeren står fritt til å akseptere tilbud om arbeid.

Det ligger til sist innunder definisjonen at en arbeidstaker har en deltidsstilling hos sin arbeidsgiver, men at det også er avtalt mellom partene at arbeidstakeren kan jobbe ved behov,

¹⁶ Frogner (2005) s. 237

utover avtalt stillingsprosent. Med andre ord vil arbeidstakeren jobbe på tilsigelse, utover arbeidstiden som fremgår av avtalens stillingsprosent.

For ordens skyld vil jeg gjennomgående i fremstillingen omtale de som arbeider på tilsigelseskontrakter som 'tilkallingshjelper'.

3.2 Sentrale arbeidsrettslige hensyn

Den rettslige reguleringen av arbeidsmiljø og sikkerhet bygger på en avveining mellom arbeidsgivers og arbeidstakers interesser. Det er likevel slik at loven hovedsakelig skal verne om arbeidstakeren, som den svakere parten i kontraktsforholdet.

Loven har en bredt angitt formålsparagraf i § 1-1. I relasjon til problemstillingen må det nevnes at legalformålet blant annet er å sikre likebehandlingsprinsippet for arbeidstakere, herunder at arbeidsmiljøet tilpasses den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon¹⁷. Loven skal også sikre trygge ansettelsesforhold (bokstav b). Formålet er også angitt til å sikre et inkluderende arbeidsliv (bokstav e).

Det understrekes i forarbeidene¹⁸ at «[s]tillingsvernsbestemmelsene utgjør en stor og viktig del av både gjeldende arbeidsmiljølov og i forslaget til ny lov». Stillingsvernets sentrale posisjon i norsk arbeidsrett er bakgrunnen for at *trygge ansettelsesforhold* ble inntatt som en del av legalformålet.

Arbeidsmiljøloven skal også ivareta hensynet til både virksomhetenes behov, og mer generelle samfunnsinteresser. Det fremgår av forarbeidene at «slike hensyn først og fremst vil komme til uttrykk og bli ivaretatt gjennom utformingen av de enkelte lovbestemmelser, det vil si som et resultat av de avveininger mellom arbeidsgivernes, arbeidstakernes og samfunnets interesser som ligger til grunn for regeltekstene»¹⁹.

I Arbeidslivsutvalget fra 1999²⁰ ble fleksibilitet drøftet som en sentral komponent i utformingen av arbeidsrettslige regler. Graden av arbeidsgivers valgfrihet i henhold til variasjon i sysselsetting, ansettelsesformer og arbeidstid omtales som *numerisk fleksibilitet*. Utvalget påpeker at fra arbeidsgivers ståsted kan blant annet «numerisk fleksibilitet være ønskelig på grunn av konjunkturer, sesongsvingninger, [...] og variasjoner i kundenes behov».

¹⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 71

¹⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 70

¹⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 72

²⁰ NOU 1999:34, punkt 4.2

På den andre siden står arbeidstakerens behov for «å kunne tilpasse arbeidsforholdet til endringer i livssituasjon, livsstil og livsfase, samt om trygghet for arbeid og inntekt»²¹. Med andre ord har arbeidstakeren et behov for en viss grad av fleksibilitet i sitt arbeidsforhold, samtidig som den har et behov for økonomisk trygghet.

4. Rettskildebildet

4.1 Historisk utvikling av arbeidstakerens oppsigelsesvern

I Norge kunne man se spredt lovregulering av arbeidsforhold mot slutten av 1800-tallet. Først og fremst ble deler av industrien lovregulert, grunnet dens kraftige vekst i det 19. århundre.

Den første nasjonale lovgivningen for arbeidsforhold kom med arbeidervernloven av 1936²². Det fantes forut for denne loven ingen lovfestede krav til oppsigelse av arbeidstakere, selv om enkelte arbeidstakergrupper hadde et visst oppsigelsesvern, enten som medlemmer av arbeidsutvalget eller som tillitsvalgt med tariffavtale²³.

Ved innføringen av loven fra 1936 ble det i § 33 inntatt krav om at en oppsigelse måtte være saklig begrunnet i «bedriftsinnehaverens, arbeiderens eller bedriftens forhold», og arbeidstakeren hadde krav på erstatning fra arbeidsgiveren dersom oppsigelsen ikke kunne begrunnes i et av de nevnte forhold²⁴. Oppsigelsesvernet var likevel begrenset til ansatte over 21 år, som hadde vært ansatt i virksomheten i mer enn tre år.

Kravet om saklig oppsigelsesgrunn ble videreført i arbeidervernloven av 1956²⁵, og vernet ble med denne loven utvidet til å gjelde for arbeidstakere over 20 år, med mer enn to års opptjeningstid i virksomheten.

I arbeidervernloven av 1936 var oppsigelsesfristene inntatt i § 33, og fristen var 14 dager for de arbeidstakerne som var ansatt på «time-, dag-, ukelønn eller stykkbetaling». For arbeidstakere med «måned- eller årslønn» var fristen én måned. Således ble den økonomiske risikoen for eventuelle svingninger i virksomhetens behov for arbeidskraft overført til arbeidsgiveren i den lovbestemte oppsigelsestiden. Denne risikoen hadde forut for

²¹ 'Ibid'

²² Lov om arbeidervern av 19. juni 1936 nr. 8

²³ Arne Fanebust: «Oppsigelse i arbeidsforhold» (Oslo 1995) 3. utgave s. 41

²⁴ Fanebust (1995) s. 42-43

²⁵ Lov om arbeidervern av 7. desember 1956 nr. 2

lovreguleringen i 1936 hvilt på arbeidstakers hånd, da han eller hun kunne sies opp på dagen²⁶. Oppsigelsesfristene ble videreført i sin helhet i arbeidervernloven av 1956 § 41.

Begrensninger i adgangen til å ansette arbeidstakere midlertidig ble inntatt i arbeidervernloven av 1936, også dette i lovens § 33 om oppsigelse og oppsigelsesfrister. Det fremgår av bestemmelsen at oppsigelsesvernet var unntatt for arbeidstakere som skulle «utføre et bestemt arbeid av forbigående art». Unntaket fra oppsigelsesadgangen ble videreført i arbeidsvernloven fra 1956 i lovens § 41 om oppsigelse og oppsigelsesfrister. Odd Friberg skriver i sin lovkommentar fra 1970 at «arbeidet [må] være så klart avgrenset at det ikke oppstår tvil om at når det bestemte arbeid er utført, vil også arbeidsforholdet være opphørt»²⁷. Dersom arbeidet ikke var av forbigående art kunne arbeidstakeren dermed påberope seg det alminnelige oppsigelsesvernet.

I 1977 ble den gamle arbeidsvernloven erstattet med en ny lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø²⁸. Her ble det inntatt strenge begrensninger i adgangen til å ansette midlertidig. Først i daværende § 58 nr. 7 annet ledd, i bestemmelsen om oppsigelsesfrister. Senere ble reglene for midlertidig ansatte inntatt i en egen bestemmelse i § 58A. Det fremgår av forarbeidene at reglene har til formål å forhindre omgåelse av stillingsvernsreglene²⁹.

Dagens arbeidsmiljølov kom i 2005, og det var med denne loven hovedregelen om fast ansettelse først ble lovfestet. Hovedregelen ble tatt inn i loven for å få klart frem at prinsippet om fast ansettelse fremdeles er lovens hovedregel³⁰.

4.2 Dagens rettskilder

I norsk rett er regler om arbeidsmiljø i all hovedsak regulert gjennom arbeidsmiljøloven av 6. juni 2005 nr. 62. Det finnes også en rekke spesiallover som regulerer arbeidervern og arbeidsmiljø, herunder eksempelvis tjenestemannsloven, opplæringsloven og sjømannsloven. Spesiallovgivningen faller som nevnt utenfor fremstillingens problemstilling.

Kravet til fast ansettelse er hjemlet i aml. § 14-9 (1), i likhet med unntakene for lovlige midlertidige ansettelser. Videre reguleres de materielle stillingsvernsregler i lovens kapittel 15, og de prosessuelle stillingsvernsbestemmelsene er inntatt i lovens kapittel 17.

²⁶ Enkelte spesiallover hadde imidlertid 14 dagers oppsigelsestid også før arbeidervernloven av 1936, herunder fabrikktilsynsloven

²⁷ Odd Friberg: «Arbeidervernloven med kommentarer av Odd Friberg», 6. utgave Oslo 1970

²⁸ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. av 4. februar 1977 nr. 4

²⁹ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 164

³⁰ NOU 2004:5 s. 29

Arbeidsgiveren har også en ulovfestet styringsrett overfor sine arbeidstakere. Denne kompetansen springer i utgangspunktet ut av den enkelte arbeidsavtale, samt alminnelige lydighets- og underordningsprinsipper i arbeidsretten³¹.

Arbeidsmiljøloven er preseptorisk, slik at den ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstakeren, med mindre dette er uttrykkelig bestemt og partene har inngått avtale om avvik, jf. aml. § 1-9. Arbeidstakeren gis dermed et sterkt vern ved at de materielle rettighetene nedfelt i arbeidsmiljøloven ikke kan fravikes, med mindre fravikelse skjer til arbeidstakerens fordel, eller eventuelt at den aktuelle bestemmelsen åpner for avvik gjennom avtale og slik avtale er inngått med arbeidstaker.

De sentrale forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 er NOU 2004:6 og Ot.prp.nr.49 (2004-2005). Reglene om midlertidig ansettelse bygger på reglene i arbeidsmiljøloven fra 1977, og de mest sentrale forarbeidene for fremstillingen er Ot.prp.nr.50 (1993-1994) og Innst.O.nr.2 (1994-1995).

Videre har rettspraksis, herunder Høyesterett, spilt en stor rolle i tolkningen av de rettslige grensene mellom midlertidige og faste ansettelser. De mest prinsipielle dommene på området vil det bli redegjort for i fremstillingens kapittel 11.

Tilsigelsesavtaler er verken definert eller gjenstand for eksplisitt rettslig regulering i arbeidsmiljølovgivningen. Da § 14-9 ble revidert for noen år tilbake uttaler arbeidsdepartementet seg om tilkallingshjelper, og skriver at «[d]en formelle organiseringen av slike arbeidsforhold varierer. I noen tilfeller inngås avtale for hvert enkelt oppdrag. I andre tilfeller inngås såkalte «rammeavtaler», som innebærer at vedkommende arbeidstaker får tilbud om oppdrag når virksomheten har ledig arbeid»³². Stortinget har så langt jeg kan se ikke vurdert behovet for særskilt lovregulering av denne typen arbeidsavtaler.

4.3 Internasjonal dimensjon

Det er få rettsområder i norsk rett som ikke er påvirket av internasjonale traktatforpliktelser. Herunder spiller EØS-avtalen en stor rolle i norsk lovgivning. På arbeidsrettens område har avtaleforpliktelsene med EØS resultert i flere rådsdirektiv med direkte konsekvenser for norsk lovgivning.

³¹ Se blant annet Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Oslo 2006 s. 48-49

³² Prop. 104 L (2009-2010) s. 3

I 2003 ble arbeidstidsdirektivet³³ vedtatt, og med direktivet ble minimumskrav til organisering av arbeidstakeres arbeidstid vedtatt på EU-nivå. Rammedirektivet for midlertidige ansettelser³⁴ ble vedtatt i 1999, med innføring av flere rettigheter for denne arbeidstakergruppen. Norge er bundet av begge direktivene gjennom EØS-avtalen.

Arbeidstidsdirektivet har til formål å forbedre arbeidsvilkårene for arbeidstakerne, ved å sikre minstekrav til arbeidstakeres sikkerhet og helse gjennom arbeidstidsregulering. Det settes krav til lovregulering av ukentlig arbeidstid, overtidsarbeid, pauser og hviletid. Videre stilles krav til begrensning av nattarbeid, og arbeidstakerens rett til ferie reguleres i direktivet³⁵.

I rammedirektivet for midlertidige ansatte utgjør klausulen om ikke-diskriminering av midlertidige ansatte en stor del av direktivets kjerne. Prinsippet er at midlertidige ansatte ikke skal underlegges dårligere arbeidsvilkår enn fast ansatte³⁶. Det er også avtalt i direktivet at nasjonal lovgivning for midlertidige ansettelser må utformes for å hindre misbruk av denne ansettelsesformen³⁷.

Det ble nevnt innledningsvis at tilsigelsesavtaler omtales som «zero hour contracts» på engelsk, eventuelt «zero hours work» eller «on-call working». Blant annet ytret European Working Conditions Observatory (EWCO)³⁸ stor bekymring for denne måten å organisere arbeidet på, i en rapport fra 2010. Her omtaler organet tilsigelsesavtaler som «'very atypical' contractual arrangements»³⁹.

Å ansette arbeidstakere på tilsigelsesavtaler, eller såkalte «zero hour contracts», er en økende ansettelsesform i en rekke europeiske land. I rapporten trekkes særlig Storbritannia og Østerrike frem som land med mange arbeidstakere som jobber på tilsigelse, og de utgjør omtrent 5 % av den totale arbeidsstokken.

Såkalte «zero hour contracts» er eksplisitt lovregulert i enkelte EU-land, og det fremgår av rapporten fra EWCO at ansettelsesformen også er *forbudt* i flere land. Det er imidlertid ikke spesifisert hvilke land dette gjelder. I rapporten trekkes Storbritannia frem som et land der

³³ Rådskdirektiv 2003/88/EF av 4. november 2003 om visse aspekter ved organiseringen av arbeidstid (arbeidstidsdirektivet)

³⁴ Rådskdirektiv 99/70/EF av 28. juni 1999 om rammeavtalen om midlertidig ansettelse inngått mellom EFF, UNICE og CEEP (rammedirektivet for midlertidig ansettelse)

³⁵ Arbeidstidsdirektivet artikkel 1

³⁶ Rammedirektiv for midlertidig ansettelse, klausul 1, bokstav a), jf. klausul 4

³⁷ 'Ibid' klausul 1, bokstav b), jf. klausul 5

³⁸ Organet er en del av Eurofound, en stiftelse opprettet av EU for å bedre leve- og arbeidsvilkår i Europa

³⁹ Rapport fra EWCO (2010): "Flexible forms of work: 'very atypical' contractual arrangements"

«zero hour contracts» ikke er definert i lovverket, og her er arbeidsgiver ikke underlagt noen form for forpliktelse til avtale om arbeidstid med arbeidstakerne⁴⁰. Videre har det blant annet i Sverige vært en sterk økning i arbeidstakere som ansettes uten angitt arbeidstid, samtidig som denne ansettelsesformen ikke er regulert i svensk rett⁴¹.

EU-domstolen har foreløpig ikke tatt direkte stilling til hvorvidt slike «zero-hour contracts» er i strid med rammedirektivet for midlertidig ansettelse⁴². Fremstillingen avgrensner av kapasitetshensyn mot å foreta en kvalitativ vurdering av hvorvidt denne ansettelsesformen er i strid med rammedirektivet for midlertidige ansatte, da dette også faller på siden av problemstillingens kjerne. Det er imidlertid verdt å bemerke at bruken av «zero hour contracts» er omdiskutert i øvrige europeiske stater.

⁴⁰ 'Ibid'

⁴¹ Rapporten, punkt "On-call or zero hours working"

⁴² Siste søk i EUR-LEX foretatt 27.11.12 kl. 14.53

Hoveddel

Del II: Fast ansettelse

5. Utgangspunktene

5.1 Arbeidsavtalen

Hvorvidt en arbeidstaker er fast eller midlertidig ansatt beror i hovedsak på en tolkning av arbeidsavtalen. Tolkningen skal gjøres ut fra alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper. Foruten avtalens ordlyd, skal tolkningen bero på hva partene har ment å forplikte seg til gjennom avtalen⁴³.

Problemstillingen tar utgangspunkt i en arbeidsavtale der verken arbeidstakerens arbeidstid eller stillingsprosent er avtalt mellom partene. Hvorvidt en slik avtale må anses som en avtale om fast eller midlertidig ansettelse, og hva som skal til for at avtalen er *lovlig*, beror på en tolkning av de tilgjengelige rettskildene.

5.2 Ufravikeligheten

Når rettskildene skal tolkes er det av avgjørende betydning at arbeidsmiljølovens regler er ufravelige til ugunst for arbeidstakeren, jf. aml. § 14-9. Arbeidsgiver må derfor holde seg innenfor lovens regler når arbeidsavtalen skal utformes, og ikke minst i måten avtalen gjennomføres på overfor arbeidstakeren.

6. Hovedregelen – fast ansettelse

6.1 Utgangspunktet for alle ansettelsesforhold

For å komme til en mulig løsning på problemstillingen om hvorvidt tilsigelsesavtalers lovliggheit er betinget av at de holder seg innenfor grensene for midlertidig ansettelse, er det naturlig å begynne med en analyse av det materielle innholdet i lovens hovedregel for ansettelsesforhold. Utgangspunktet i norsk rett er at arbeidstakere skal ansettes fast. Dette er en naturlig hovedregel ettersom flertallet av virksomheter har kontinuerlig behov for arbeidskraft.

⁴³ Jakhelln (2006) s. 113

Hovedregelen følger uttrykkelig av aml. § 14-9 (1) første punktum, der det bestemmes at «[a]rbeidstaker skal ansettes fast». Fast ansettelse er formulert som et påbud overfor arbeidsgiver. Hovedregelen er likevel ikke absolutt, og unntaket fra fast ansettelse er midlertidig ansettelse, hvilket er uttømmende regulert i § 14-9 (1) annet punktum flg⁴⁴.

Det som er verdt å merke seg innledningsvis er at fast ansettelse ikke er legaldefinert i loven. Hvorvidt en arbeidsavtale uten angitt stillingsprosent er betinget av at vilkårene for midlertidig ansettelse er oppfylt forutsetter derfor en nærmere analyse av lovens hovedregel.

6.1.1 Ordlyd

Ordlyden «ansettes fast» kan isolert sett forstås som at ansettelsesforholdet løper uten et på forhånd avtalt opphørstidspunkt mellom partene. Vilkåret peker dermed hen til det motsatte av midlertidige ansettelsesforhold.

For øvrig gir ordlyden i seg selv få føringer på de kvalitative kravene til et gyldig fast ansettelsesforhold. Det kan derfor ikke utledes av ordlyden i § 14-9 (1) første punktum om en avtale som i sin form er inngått som en avtale om et løpende, fast ansettelsesforhold, men uten en nærmere angitt stillingsprosent eller arbeidstidsregulering, er lovlig.

6.1.2 Forarbeider

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 drøftes det ikke nærmere hva som ligger i kravet til fast ansettelse. Lovutvalget nøyer seg med å slå fast at «(u)tgangspunktet i norsk rett er at arbeidsavtaler skal inngås fast (ubestemt tidsrom)»⁴⁵.

Arbeidsdepartementet skriver i forarbeidene at «hovedregelen i norsk arbeidsliv fortsatt skal være fast ansettelse. At fast ansettelse er hovedregelen er i samsvar med prinsippene i EU-direktivet om midlertidig ansettelse, og innebærer stabile og forutsigbare rammebetingelser for begge parter i et arbeidsforhold»⁴⁶.

Forarbeidene gir i utgangspunktet liten veiledning i hvilke materielle krav som ligger til grunn for fast ansettelse, utover at ansettelsesformen skal sikre stabilitet og forutsigbarhet både for arbeidsgiver og arbeidstaker. Lovligheten av arbeidsavtaler uten angitt arbeidstid eller

⁴⁴ Forskjellene mellom de to ansettelsesformene analyseres i oppgavens del IV

⁴⁵ NOU 2004:5 s. 291

⁴⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 208

stillingsprosent kan med dette ikke sluttes ut fra en analyse av ordlyden og forarbeidene til hovedregelen i aml. § 14-9 (1) første pkt.

6.2 Arbeidsmiljølovens krav til arbeidstid i arbeidsavtalen

Partene har etter aml. § 14-5 plikt til å inngå *skriftlig* arbeidsavtale, jf. også § 1-9. I aml. § 14-6 angis kravene til hvilket innhold en arbeidsavtale skal ha, og det følger av bokstav j) at arbeidsavtalen skal inneholde «lengde og plassering av den avtalte daglige og ukentlige arbeidstid».

En tilsigelsesavtale kjennetegnes ved at arbeidstiden ikke er presisert i avtalen⁴⁷. Det kan derfor reises spørsmål om hvorvidt § 14-6 bokstav j) i seg selv setter en skranke for hvorvidt det er lovlig for arbeidsgiver å inngå en arbeidsavtale uten angitt arbeidstid med arbeidstakeren.

Ordlyden «den avtalte» forstås i utgangspunktet som at arbeidstidskravet peker hen til det som er avtalt mellom partene. I tilsigelsesforhold er det avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker at sistnevnte skal eller kan velge å arbeide når behov for arbeidskraft oppstår. Den naturlige tolkningen av bokstav j) er følgelig at den ikke setter en materiell skranke for at arbeidsgiver kan avtale behovsrelatert arbeidstid med arbeidstakeren.

Den rettslige reguleringen av arbeidsavtalen kom først i 1994 på bakgrunn av EU-direktiv 91/533/EØF. Direktivets formål er å sikre «arbeidsgiverens plikt til å informere arbeidstakeren om vilkårene i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet»⁴⁸. Aml. § 14-6, jf. EU-direktiv 91/533/EØF, er derfor ikke en materiell stillingsvernsbestemmelse, men en regel om de formelle kravene til *arbeidsavtalen*.

I motivene til bestemmelsen skriver Departementet at «[d]et er viktig, både av hensyn til forutberegnlighet og klarhet, at partene fastsetter nærmere hvordan arbeidstidsordningen skal være og at dette kommer til uttrykk i den skriftlige arbeidsavtalen»⁴⁹. Uttalelsen retter seg ikke konkret mot utformingen av tilsigelsesavtaler, men mot utformingen av arbeidsavtaler generelt. Jeg mener likevel at motivene gir klart uttrykk for at lovgiver har ment å sikre visse krav til forutberegnlighet av arbeidstiden for arbeidstakere.

⁴⁷ Se punkt 3.1 for definisjon

⁴⁸ Ot.prp.nr.78 (1993-1994) s. 7

⁴⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 186

Dette kan være en mulig pekepinn på at avtaler uten avtalt stillingsprosent svekker arbeidstakerens forutberegnelighet med tanke på utsikt til arbeid og inntekt. Imidlertid vil brudd på skriftlighetskravene i § 14-6 ikke ha materielle konsekvenser utover bevisvurderingen over hva som er avtalt. Regelen gir følgelig ikke et *avgjørende* bidrag til vurderingen av lovligheten av arbeidsavtaler uten angitt stillingsprosent.

6.3 Hvilken styringsrett har arbeidsgiver over arbeidstakerens arbeidstid?

I forlengelsen av arbeidsmiljølovens krav til den skriftlige arbeidsavtalen, må det vurderes hvor vid styringsrett arbeidsgiveren rettsgyldig kan avtale med hensyn til endring i arbeidstiden. Dette grunnet det alminnelige arbeidsrettslige prinsippet om at arbeidsgiver har en viss styringsrett overfor sine ansatte.

Styringsretten er et teoretisk begrep, og er verken legaldefinert eller regulert i arbeidsmiljøloven. Høyesterett har definert styringsretten som at *«[a]rbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått»*⁵⁰.

Arbeidsgivers styringsrett er den *restkompetansen* arbeidsgiveren har, og den er negativt definert ut fra de grensene som fremgår av lovteksten, eventuelle tariffavtaler og den konkrete arbeidsavtalen⁵¹. Henning Jakhelln mener det er arbeidsavtalen, og tolkningen av denne, som danner både grunnlaget og utgangspunktet for hvilken kompetanse arbeidsgiveren har overfor den enkelte ansatte⁵².

Ettersom tilsigelsesavtaler hjemler en rett, men ingen plikt, for arbeidsgiveren til å tilkalle arbeidstakeren, har ikke arbeidstakeren rett til verken lønn eller arbeid etter avtalen, utover de ganger vedkommende blir tilkalt og faktisk utfører arbeid for arbeidsgiveren. Det må følgelig vurderes om en slik rett på arbeidsgivers hånd kan hjemles i dennes styringsrett.

I Seinvakt-dommen gikk to sykepleiere til søksmål mot Bergen Kommune mot det de mente var en urettmessig endring av deres arbeidstid⁵³. Det fremgikk av arbeidsavtalen at de skulle jobbe «seinvakt», og det var også gjort klart i arbeidssøknaden at de ønsket å jobbe seinvakter. Kommunen endret turnusordningen for alle sykepleierne, hvilket medførte at de to

⁵⁰ Rt. 2000 s. 1602 s. 1609

⁵¹ Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland, *Arbeidsmiljøloven kommentarer og praksis*, Oslo (2011) s. 690

⁵² Jakhelln (2006) s. 48

⁵³ Rt. 2009 s. 1465

sykepleierne skulle forpliktes til også å jobbe dagvakter i sine turnuser. I dommen kom Høyesterett frem til at arbeidsavtalen stengte for kommunens rett til å endre turnusordningen.

I domspremissene viser Høyesterett til kravet om ”lengde og plassering av den daglige og ukentlige arbeidstid” i aml. § 14-6 (1) bokstav j⁵⁴. Høyesterett uttaler i den forbindelse at kravet ”skal fylle arbeidstakers behov for informasjon om arbeidsvilkårene. [...] Dersom arbeidsgiveren ikke særskilt har påtatt seg en slik forpliktelse, vil spørsmålet om en bestemmelse om arbeidsvilkår i individuelle arbeidsavtaler begrenser styringsretten, bero på en nærmere vurdering. Ikke enhver avtalebestemmelse om arbeidsvilkår begrenser styringsretten”⁵⁵.

I forarbeidene til aml. § 14-6 (1) bokstav j uttales det at dersom det ”til tross for lovens krav, ikke er inngått skriftlig arbeidsavtale eller denne ikke fastsetter hovedinnholdet i arbeidstidsordningen, vil innholdet av arbeidstidsordningen, på samme måte som i dag, måtte bli gjenstand for tolkning”⁵⁶.

Både uttalelsen i Seinvakt-dommen og forarbeidsuttalelsene trekker i retning av at arbeidsgiveren har rett til å utføre endringer i arbeidstakerens arbeidstid, men at det foreligger begrensninger i hvor vidt styringsretten på dette området rekker. Hvor vidt adgang arbeidsgiver har til å endre og bestemme over arbeidstakerens arbeidstid må følgelig baseres på skjønnsmessige vurderinger.

At vurderingen må foretas konkret kan begrunnes i at det foreligger en ulovfestet sakslighetsnorm i hvor vidt styringsrett arbeidsgiveren kan avtale seg til med en arbeidstaker⁵⁷. Dersom avtalevilkåret ikke er saklig begrunnet i arbeidsgiverens eller virksomhetens behov vil følgelig styringsretten ofte være begrenset på dette grunnlaget.

Det blir derfor et tolkningsspørsmål om arbeidsgiveren rettsgyldig kan avtale at arbeidstakerens arbeidstid skal variere med virksomhetens behov. Hvorvidt arbeidsgiveren har styringsrett overfor arbeidstakerens arbeidstid i tilsigelsesordninger beror derfor ikke på en tolkning av tilsigelsesavtalen, da ordlyden i en tilsigelsesavtale per definisjon gir

⁵⁴ Rt. 2009 s. 1465, avsnitt 37

⁵⁵ Rt. 2009 s. 1465, avsnitt 38

⁵⁶ NOU 2004:5 s. 271

⁵⁷ Johnsen, Stueland (2011) s. 694, jf. Rt. 2001 s. 418

arbeidsgiveren rett til å bestemme når arbeidstakeren skal tilkalles⁵⁸. Lovligheten av styringsretten må søkes i eventuelle begrensninger i lovteksten.

Det eksisterer som vist innledningsvis i punkt 6.3 ulike definisjoner av arbeidsgivers styringsrett. Herunder omfatter blant annet Stein Evjus definisjon av styringsretten også inngåelse og avslutning av arbeidsforhold⁵⁹. Etter denne definisjonen vil opphør av arbeidsforhold være en styringsrettsbeslutning. For å komme i dybden av hvilke rettigheter en fast ansatt arbeidstaker har, vil det derfor i neste kapittel vurderes hvilken betydning arbeidsmiljølovens oppsigelsesvernsregler har for lovligheten av arbeidsavtalen uten angitt stillingsprosent.

6.4 Hovedregelen – foreløpig oppsummering

Det materielle innholdet i kravet til fast ansettelse kan ut fra den foregående analysen synes å basere seg på skjønnsmessige vurderinger. Likevel kan ikke den vage angivelsen av lovens hovedregel tolkes dithen at det utelukkende er opp til partene i arbeidsavtalen å utfylle det nærmere materielle innholdet i arbeidsforholdet.

En slik rettstilstand ville for det første være i strid med arbeidsmiljølovens formål om trygge ansettelsesforhold⁶⁰. Videre følger det av en rekke øvrige bestemmelser i arbeidsmiljøloven hvilke rettigheter en fast ansatt arbeidstaker kan påberope seg. Den viktigste beskyttelsen en arbeidstaker har etter norske arbeidsmiljøregler er oppsigelsesvernet. Det må derfor vurderes hvilket tolkningsbidrag stillingsvernsreglene har for problemstillingen.

7. Stillingsvern

7.1 Arbeidsmiljøloven regulerer ikke krav om lønn og stillingsprosent

I det foregående kapittelet har begrepet «fast ansettelse» blitt forsøkt analysert, ut fra dets ordlyd og forarbeidsuttalelser til bestemmelsen i aml. § 14-9 (1). Slik det fremgår av analysen er det ingen kvalitative begrensninger i *loven* til hva som utgjør et fast ansettelsesforhold.

Begrepets innhold må derfor analyseres nærmere, ut fra de rettigheter og plikter som følger med en fast ansettelse.

⁵⁸ Se definisjonen i punkt 3.1

⁵⁹ Johansen, Stueland (2011) s. 688-689

⁶⁰ Se punkt 3.2

Før stillingsvernsreglene skal gjennomgå må det presiseres at arbeidsmiljøloven ikke inneholder noen bestemmelser om arbeidstakerens krav på å motta lønn for det arbeidet som utføres for arbeidsgiveren. Det har formodningen mot seg at en arbeidstaker ønsker å utføre arbeid for en arbeidsgiver, uten å motta lønn for dette. Likevel er det ingen rettslige hindringer mot at en arbeidstaker arbeider uten motytelse fra arbeidsgiver. Arbeidsgiverens lønnsforpliktelser følger i utgangspunktet av *arbeidsavtalen* som er inngått med arbeidstakeren⁶¹.

Det er likeså ingen regler i arbeidsmiljøloven der det kan utledes hvilke krav om stillingsprosent en arbeidstaker eventuelt har, eller hvorvidt arbeidstakeren i det hele tatt kan kreve å få fastlagt en stillingsprosent i arbeidsavtalen. Arbeidstakerens arbeidstid vil også, som for lønnsrettigheter, i utgangspunktet følge av arbeidsavtalen.

Det materielle innholdet i et arbeidsforhold må derfor som et utgangspunkt fastlegges ut fra hvilke forpliktelser begge partene har etter avtalen. Arbeidstakeren har imidlertid et ufravikelig lovgitt vern, herunder arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern. Følgelig må stillingsvernsreglene analyseres for å vurdere hvorvidt de kan gi et bidrag til spørsmålet om hvilke kvalitative krav til arbeidstakerens arbeidstid som må stilles for at en fast ansettelse er reell.

7.2 Arbeidsmiljølovens oppsigelsesbestemmelse

Dersom arbeidsgiver ønsker å si opp en fast ansatt arbeidstaker, er han underlagt restriksjoner i arbeidsmiljøloven. Da oppsigelse er den alminnelige formen for arbeidsopphør, er det denne det vil fokuseres på i fremstillingen. Det er følgelig tilfellene hvor arbeidsforholdet opphører etter avviklet oppsigelsestid, og ikke de tilfeller der ansettelse opphører umiddelbart i form av avskjed etter aml. § 15-14, som vil bli behandlet i det følgende.

Kjerneregelen om stillingsvern er i dag hjemlet i aml. § 15-7, hvor det er bestemt i første ledd at en oppsigelse av arbeidstakeren må være «saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold». Det materielle oppsigelsesvernet er ufravikelig etter aml. § 1-9, og regelen kan begrunnes i den alvorlige konsekvensen en oppsigelse har overfor arbeidstakeren. Det er arbeid som gir inntekt, og en oppsigelse betyr at arbeidstakeren mister sitt inntektsgrunnlag.

⁶¹ Arbeidsgiver avtalerettslige frihet kan være begrenset gjennom tariffavtale, men dette faller utenom fremstillingens problemstilling

7.3 Kravet om saklig begrunnelse

7.3.1 Saksbehandlingen

Ettersom en oppsigelse må oppfattes som en alvorlig handling fra arbeidsgivers side, må arbeidsgiver ha en saklig begrunnelse for å bringe arbeidsavtalen til opphør⁶². Oppsigelsen må derfor for det første være «saklig begrunnet». Vurderinger om oppsigelse skal foretas må bygge på en grundig saksbehandling fra arbeidsgivers side, og vilkårlige oppsigelser av arbeidstakere er utelukket etter lovens system.

Rettspraksis har lagt en høy terskel til grunn for at saklighetskravet skal anses oppfylt. Det følger blant annet av Høyesterettsdom at saksbehandlingen må foregå ut fra en forholdsmessighetsvurdering, herunder må arbeidsgiver vurdere om ”det etter en samlet avveining av begge parters behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør”⁶³.

I vurderingen av hva som må anses som en saklig begrunnet oppsigelse må det skilles mellom oppsigelser begrunnet i «arbeidstakeren forhold» på den ene siden, og «arbeidsgivers [eller] virksomheten [...] forhold» på den andre siden, jf. aml. § 15-7 (1).

Dersom en oppsigelsen er begrunnet i forhold på arbeidstakerens side må avgjørelsen være truffet ut fra en forholdsmessighetsvurdering, der arbeidstakerens handlinger og de øvrige omstendighetene som førte til oppsigelsen er proporsjonal, sett ut fra at sanksjonen er opphør av arbeidsforholdet⁶⁴. Arbeidstakerens stilling har stor betydning for denne vurderingen, slik at det må være en *høyere* terskel for å si opp en arbeidstaker med mindre ansvar, enn en arbeidstaker med stort ansvar i en ledende stilling innenfor virksomheten⁶⁵.

For de tilfeller der oppsigelsen er begrunnet i arbeidsgivers eller virksomhetens forhold omtales dette som nedbemanning. Grunnvilkåret for at en oppsigelse skal kunne begrunnes i et behov for nedbemanning er at virksomheten dokumenterer at oppsigelsen er nødvendig ut fra rasjonaliseringsgevinst eller redusert aktivitet i virksomheten⁶⁶. Arbeidsgiver har i disse tilfellene en plikt til å vurdere saklighetsstandarden opp mot både sosiale forhold,

⁶² Jakhelln (2006) s. 416 flg.

⁶³ Rt. 2009 s. 685 avsnitt 52

⁶⁴ Johnsen, Stueland (2011) s. 714

⁶⁵ 'Ibid' s. 715

⁶⁶ Johnsen, Stueland (2011) s. 732

arbeidstakerens forsørgelsesplikter, eventuelle gjeldsforpliktelser, helse, alder og vedkommende sine konkrete muligheter for å finne annet arbeid⁶⁷.

I alle tilfeller av oppsigelse er det et ulovfestet forbud mot at arbeidsgiveren tar utenforliggende hensyn i saksbehandlingen⁶⁸. For å sikre at saksbehandlingen skal være forsvarlig følger det av aml. § 15-1 (1) at spørsmålet om oppsigelse skal drøftes med arbeidstakeren forut for avgjørelsen, så langt dette er mulig. Dette for å sikre at saken er så godt og riktig opplyst som mulig, og for å unngå at avgjørelsen fattes på uriktig grunnlag.

7.3.2 Arbeidsmiljølovens terskel for saklige oppsigelser

Slik det fremgår av det ovennevnte er terskelen for å si opp en arbeidstaker høy etter norsk rett. At det skal mye til for at en oppsigelse skal anses som saklig begrunnet kommer også frem av aml. § 15-7 (2) første punktum. Det følger av bestemmelsen at arbeidsgiveren plikter å tilby arbeidstakeren annet passende arbeid dersom dette er mulig, i de tilfeller der oppsigelsen skyldes driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak.

Plikten til å tilby et annet passende arbeid, dersom dette finnes innad i virksomheten, skal på lik linje med momentene nevnt under punkt 7.3.2 inngå som en del av saksbehandlingen. Dersom arbeidsgiveren ikke har vurdert de ulike muligheter for at arbeidstakeren kan innta andre stillinger, følger det av aml. § 15-2 (2) første punktum at oppsigelsen ikke er saklig begrunnet.

7.4 Oppsigelsesfristene

Det er normalt å avtale en gjensidig oppsigelsesfrist i arbeidsavtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Dette er også hjemlet i § 14-6 bokstav h) om minimumskravene til den skriftlige arbeidsavtalen. Det følger av aml. § 15-3 (1) første punktum at den gjensidige oppsigelsesfristen skal være én måned, i fravær av annen avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, eventuelt tariffavtale. Denne oppsigelsesfristen er ufravikelig for de arbeidsforhold der partene ikke er bundet til en tariffavtale, jf. aml. § 1-9.

I bestemmelsens annet ledd følger det særbestemmelser for arbeidstakere som er ansatt henholdsvis mer enn fem og 10 år sammenhengende i virksomheten. I tredje ledd gis det lengre oppsigelsesfrister for arbeidstakere med høy alder.

⁶⁷ Johnsen, Stueland (2011) s. 687

⁶⁸ Se blant annet Rt. 1986 s. 879

Ved oppsigelse gis arbeidstakeren rett til både å jobbe og å motta lønn i oppsigelsestiden, jf. aml. § 15-3. Det er følgelig arbeidsgiver som bærer den økonomiske risikoen i oppsigelsestiden, ved avslutning av arbeidsforholdet. Dette skiller seg fra de arbeidstakere som er ansatt midlertidig, enten på kortvarige eller langvarige midlertidige arbeidskontrakter. For midlertidige ansatte opphører arbeidsforholdet ved avtales utløp, slik at arbeidsgivers lønnsplikt opphører, samtidig som arbeidstakeren ikke lenger har en arbeidsplikt etter avtalen. Midlertidige ansatte er følgelig unntatt fra oppsigelsesfristene i aml. § 15-3⁶⁹.

7.5 Den oppsagte arbeidstakerens prosessuelle rettigheter

For å sikre et reelt og effektivt stillingsvern, er en oppsigelse underlagt en rekke prosessuelle bestemmelser i aml. kapittel 17. Tvister om usaklig oppsigelse gir først og fremst arbeidstakeren rett til å stå i stillingen etter aml. § 15-7, i den tiden partene forhandler i medhold av aml. § 17-3. Sistnevnte bestemmelse gjelder arbeidstakers rett til å kreve arbeidsforhandlinger med arbeidsgiver, ved påstand om usaklig oppsigelse.

Fristen for å kreve arbeidsforhandlinger er to uker fra gyldig oppsigelse fant sted, jf. aml. § 17-3 (2) bokstav a), jf. aml. § 15-4. Arbeidsforhandlinger er en rettighet for arbeidstakeren, men en plikt for arbeidsgiveren dersom førstnevnte krever forhandlinger.

7.6 Domstolenes overprøvningskompetanse

Det nevnes først at en oppsigelse må være *skriftlig* for å være gyldig, jf. aml. § 15-4, jf. § 15-5. Likeså må minimumskravene i aml. § 15-4 til den skriftlige oppsigelsen være oppfylt. Herunder følger det av § 15-4 (3) at arbeidstakeren kan kreve en skriftlig begrunnelse for de omstendigheter som førte til oppsigelse.

Begrunnelsesplikten, samt de øvrige kravene til begrunnelsens innhold, må sees i sammenheng med domstolenes overprøvningsadgang. Domstolene må ta stilling til arbeidsgiverens faktiske og rettslige begrunnelse for oppsigelsen når de skal ta stilling til dens gyldighet.

Hvis arbeidstaker vil ha fastsettelsesdom på at oppsigelsen er ugyldig, jf. aml. § 15-12 (1), har den en frist på åtte uker på å stevne arbeidsgiver for retten, jf. aml. § 17-4 (1) 1. pkt. Dersom arbeidstaker kun krever erstatning etter aml. § 15-12 (2) er fristen seks måneder, jf. aml. § 17-4 (1) 2. pkt.

⁶⁹ Betydning av dette vil bli nærmere redegjort for i kapittel 13, punkt 13.1

7.7 Den rettslige betydningen av at arbeidstakeren er midlertidig ansatt

Når en arbeidstaker er midlertidig ansatt, inneholder arbeidsavtalen et avtalt utløpstidspunkt⁷⁰. Arbeidstakers stillingsvern ligger derfor i kjernen av problemstillingen, fordi stillingsvernsreglene definerer et skille mellom fast og midlertidig ansettelse.

For det første kommer dette til uttrykk ved at det ikke er et krav om saklig grunn for ikke å gjenoppta arbeidsforholdet ved den midlertidige arbeidskontrakts opphør, ettersom arbeidsforholdet automatisk bortfaller ved avtalens utløp. Saksbehandlingsreglene for oppsigelse er derfor ikke av betydning for vurderingen av lovligheten av en midlertidig ansettelse. Det er heller ikke krav om at arbeidsgiveren finner annet passende arbeid til arbeidstakeren, og en midlertidig arbeidsavtale vil etter sin definisjon ikke ha en avtalt oppsigelsesfrist.

Imidlertid er stillingsvernsinstituttet bygget opp og utviklet med formål å begrense adgangen til å benytte midlertidige ansettelser som en måte å unngå stillingsvernsreglene på. Dersom partene hadde en ubetinget adgang til å inngå tidsbegrensede arbeidskontrakter ville dette undergravet reglene om stillingsvern.

Dette viser seg blant annet gjennom utviklingen av stillingsvernsreglene, slik det er redegjort for i kapittel 4. Arbeidstakeren har vært vernet mot oppsigelse siden arbeidervernloven av 1936. Utviklingen av begrensningen i midlertidig ansettelser eksisterte til en viss grad allerede også ved denne loven, men har vært gjenstand for stadig strengere lovregulering.

Det kan herunder vises til Odd Fribergs uttalelse i hans lovkommentar fra 1977, om at «[t]idligere lov var heller ikke til hinder for at partene inngikk tidsbestemte arbeidsavtaler [...]. Slike avtaler kunne likevel ikke inngås i den hensikt å omgå lovens regler om vern mot usaklig oppsigelse. [...] Realiteten i at det inngås tidsbegrensede arbeidsavtaler [...] er at de opphører av seg selv og lovens saklighetskrav settes til side»⁷¹.

7.8 Stillingsvernets betydning for arbeidstakere ansatt på tilsigelsesavtaler

Følgelig er stillingsvern først og fremst et vern for de fast ansatte, og derfor en del av det materielle innholdet i lovens hovedregel om ansettelsesforhold. I relasjon til tilsigelsesavtaler kommer nettopp stillingsvernsreglene på spissen, ettersom arbeidstakeren ikke har en avtale

⁷⁰ Se kapittel 8 for en gjennomgang av reglene for midlertidig ansettelse

⁷¹ Odd Friberg, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer av Odd Friberg*, Oslo (1978) s. 304-305

om stillingsprosent. Da blir spørsmålet hvilket vern arbeidstaker kan påberope seg ved en eventuell oppsigelse av tilsigelsesavtalen.

På den ene siden oppstår problemet for de tilfeller der arbeidskraftsbehovet minsker i en virksomhet slik at nedbemanning blir nødvendig. Dersom virksomheten har arbeidstakere ansatt på tilsigelse vil nedskjæringer for de fleste tilfeller føre til at tilkallingshjelper blir unødvendig.

Dersom det ikke lenger er et behov for å benytte arbeidstakeren, er det ikke et brudd på selve arbeidsavtalen at arbeidstakeren ikke tilkalles. Tilsigelsesavtalen kan fremdeles bestå, og det er i realiteten ikke nødvendig for arbeidsgiver å si opp vedkommende. Dette fordi arbeidstakerens arbeidstid er behovsbestemt, og når behovet ikke er der, tilkalles heller ikke arbeidstakeren.

Likeså kan det tenkes at arbeidsgiveren ikke lenger ønsker å benytte seg av arbeidstakerens arbeidskraft grunnet forhold på arbeidstakerens side. Også her vil det ikke foreligge et brudd på arbeidsavtalen objektivt sett, om arbeidsgiveren slutter å tilby arbeidstakeren vakter. I praksis vil det for tilfellene nevnt her som regel oppstå et spørsmål om arbeidstakeren er ulovlig midlertidig ansatt⁷².

På den andre siden må oppsigelsen være saklig begrunnet, og at saklighetskravet gjelder overfor tilkallingshjelper er derfor et argument for at arbeidstakeren *har* et stillingsvern.

Det fremkommer likevel av det ovennevnte at det praktisk sett ikke er mulig å ha et stillingsvern for en stillingsprosent som ikke er større enn behovet for tilkallingshjelp i virksomheten tilsier. Arbeidsgiver kan si opp arbeidstakeren, men uten at vedkommende har krav på verken lønn eller arbeid i oppsigelsestiden. Dette er i seg selv et strekt argument for at lovlige tilsigelsesavtaler er betinget av å ligge innenfor legalgrensene for midlertidige ansettelser.

⁷² Se del IV

Del III: Midlertidig ansettelse

8. Adgangen til midlertidig ansettelse

8.1 Lovens unntaksordning

Hovedspørsmålet i fremstillingen er hvorvidt lovligheten av tilsigelsesavtaler er betinget av at det faller innenfor grensene for når det kan avtales midlertidige ansettelse. Selv om innholdet i begrepet 'fast ansettelse' ikke er definert i arbeidsmiljøloven, er *unntaket* fra hovedregelen gitt en mer omfattende avgrensning i lovteksten.

De som er ansatt i tilsigelsesordninger har for de fleste tilfeller til hensikt å dekke nettopp *midlertidige* behov for arbeidskraft, utover det virksomhetens grunnstab kan dekke. Det er derfor helt sentralt å gjennomgå reglene om midlertidig ansettelse, for å kunne holde de materielle reglene opp mot innholdet i arbeidsavtaler uten angitt stillingsprosent.

Grensene for adgangen til å ansette midlertidig er i dag angitt i lovens § 14-9 (1) bokstav a-e. Det presiseres igjen at fremstillingen er avgrenset til å vurdere midlertidige ansettelse i medhold av bokstav a og b. Rettsvirkningene av ulovlige midlertidige ansettelse drøftes i kapittel 11.

8.2 Arbeidsmiljøloven § 14-9 bokstav a

Det følger av aml. § 14-9 (1) bokstav a at en midlertidig ansettelse er lovlig dersom «arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten».

Ordlyden «arbeidets karakter» er vag og gir i utgangspunktet ingen føringer på hva som skal til for at vilkåret er oppfylt. Vilket kan ut fra alminnelig språkforståelse tolkes som at arbeidsoppgaven(e)s natur tilsier midlertidighet.

At arbeidet må «atskille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten» ble tilføyet ved lovendring i 1995⁷³. Etter ordlyden fremstår begge alternativene som kumulative vilkår. Det har imidlertid neppe vært lovgivers intensjon å skulle behandle vilkårene som kumulative⁷⁴. Tilføyet må derfor anses som en presisering i hva som ligger i kravet om «arbeidets karakter».

⁷³ Innst.O.nr.2 (1994-1995)

⁷⁴ Jakhelln (2006) s. 245, jf. også Rt. 2001 s. 1413

Det fremgår av forarbeidene⁷⁵ til bestemmelsen at den skal ha samme meningsinnhold som aml. (1977) § 58. I forarbeidene til endringsloven i 1995 uttaler Arbeidsdepartementet at «[I]ovens uttrykk « arbeidets karakter » gir rom for en skjønsmessig vurdering av regelens innhold. Det nærmere innholdet må fastsettes med utgangspunkt i konkrete situasjoner»⁷⁶.

Vurderingen må bero på hvorvidt «arbeidstakeren skal utføre et arbeid som normalt og løpende utføres i den ordinære driften i virksomheten»⁷⁷. Dersom dette er tilfelle er det i utgangspunktet ikke lovlig å dekke arbeidskraftsbehovet med midlertidige ansatte.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 ble det av Arbeidsdepartementet foreslått å endre ordlyden «arbeidets karakter» til ordlyden «arbeidstakeren bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag». Begrunnelsen for forslaget var å klargjøre avgrensningen i ordlyden «arbeidets karakter». Departementet mente den foreslåtte ordlyden var klarere fordi «[k]riteriet « bestemt oppdrag » forutsetter at arbeidet må ha en noenlunde klar arbeidsmessig avgrensning og at oppdraget må ha en naturlig avslutning»⁷⁸.

Selv om forslaget ikke ble vedtatt ved innføringen av den nye loven har det betydning for tolkningen av ordlyden «arbeidets karakter». Dette fordi det er sentralt at arbeidsoppdraget har en klar og naturlig tidsmessig avgrensning i vurderingen av om vilkåret er innfridd⁷⁹.

Følgelig vil det måtte vurderes konkret om arbeidets karakter tilsier midlertidighet, og Høyesterett har tolket vilkåret strengt⁸⁰. Dersom tilsigelsesavtalen bygger på et behov i virksomheten for å dekke variasjoner i oppdragsmengden, kan følgelig arbeidsforholdet være lovlig⁸¹.

8.3 Arbeidsmiljøloven § 14-9 bokstav b

I aml. § 14-9 (1) bokstav b reguleres adgangen til å ansette vikarer. Vilkaeret er at arbeidstakeren skal utføre «arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)».

Ordlyden tilsier at det dreier seg om arbeidsforhold der vikaren arbeider som en erstatning for fravær i den faste arbeidsstokken.

⁷⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 331

⁷⁶ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 178

⁷⁷ 'Ibid'

⁷⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 214

⁷⁹ Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Leth, *Arbeidsrett.no*, 3.utgave, Oslo 2011, s. 807

⁸⁰ Rt. 1985 s. 1141

⁸¹ Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 10

Det følger av forarbeidene⁸² til bestemmelsen at det ikke er «ubetinget avgjørende at navnet på personen man vikarierer for er oppgitt på forhånd. Det vil for eksempel være tillatt å benytte ferievikarer som avløsere i forbindelse med ferieavvikling, uten at disse vikariatene er knyttet til bestemte personer».

I en rekke bransjer er det utstrakt bruk av tilkallingshjelper som dekker sykdomsforfall i virksomheten. Det fremheves i forarbeidene fra 1995 at å benevne arbeidsforholdet som «vikariat er klart ikke nok til å oppfylle lovens krav, lovligheten må vurderes konkret ut fra de reelle forholdene»⁸³.

Dette var også rettstilstanden ved innføringen av vikarbestemmelsen, og det uttales i forarbeidene i 1976 at «dersom avtaler om vikariater inngås for å omgå lovens bestemmelser eller om avtalen er utilbørlig i forhold til arbeidstakeren, vil den kunne settes til side av domstolene»⁸⁴.

Hvorvidt tilkallingshjelpens oppdragsmengde kan begrunnes i § 14-9 (1) bokstav b må således avgjøres ut fra en avveining, der det må konstateres lovstridig å inngå løpende, kortvarige vikaravtaler for å dekke et mer stabilt behov for arbeidskraft. På den andre siden er det ikke ubetinget lovstridig å benytte tilkallingshjelpen som vikar mange ganger.

Om dette uttales det i forarbeidene at det forutsettes «at noen faktisk er fraværende og vikaren dekker et arbeidskraftbehov som skyldes fraværet»⁸⁵. Den nærmere grensen for lovligheten av vikaravtaler, der arbeidstakeren er ansatt på tilsigelse, vil gjennomgås under kapittel 10.

8.4 Unntakene fra fast ansettelse – foreløpig oppsummering

Som vist overfor kan bruk av tilkallingshjelper begrunnes *enten* i behovet for arbeidskraft etter § 14-9 (1) bokstav a *eller* etter bokstav b. Dersom det er enighet mellom partene om at arbeidsavtalen er en avtale om løpende, kortvarige midlertidige ansettelsesforhold, og hver enkelt tilkalling av arbeidstakeren er innenfor grensene angitt i § 14-9 (1) bokstav a eller b, er jeg foreløpig av den oppfatning at arbeidsavtalen er lovlig.

⁸² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 331

⁸³ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 165

⁸⁴ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 71

⁸⁵ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 165

Ved enighet mellom partene om deres rettigheter og plikter vil neppe karakteristikken av arbeidsforholdet komme på spissen, og så lenge partene er fornøyd, er selvsagt rubriseringen av arbeidsforholdet lite relevant juridisk sett.

Problemet oppstår når arbeidstakeren er ansatt uten at stillingsprosenten er avtalt mellom partene, og det oppstår tilfeller av tvil om vilkårene i arbeidsavtalen er rettslig gyldige. Det er i de tilfeller hvor arbeidsforholdet settes på spissen at de materielle vilkår for reell fast ansettelse, og grensene for lovlig midlertidig ansettelse, blir avgjørende. Dette kan enten skje ved at arbeidstakeren retter et krav om *fast stillingsprosent* hos virksomheten, eller hevder seg *usaklig oppsagt* dersom vedkommende ikke lenger tilkalles. Domstolene må da ta stilling til arbeidsavtalens materielle innhold, herunder hvilke rettigheter arbeidstakeren har etter avtalen.

Den klare oppfatningen fra lovgivers side synes å være at behovet for tilkallingshjelper er et midlertidig arbeidskraftsbehov som må falle innunder reglene i aml. § 14-9. Det kan blant annet vises til departementets uttalelse om bruk av tilkallingshjelper i hotell- og restaurantbransjen i en odelstingsproposisjon fra 1994.

Departementet uttaler for det første i proposisjonen at «[o]gså innenfor denne bransjen vil sesongmessige svingninger i arbeidsmengden i forbindelse med store arrangementer, høytider, ferier mv kunne begrunne lovlige midlertidige tilsetninger. [...] Ekstrahjelp eller tilkallingshjelp er arbeidskraft som tilkalles etter behov, for å utføre kortvarig arbeid. [...] Hvert enkelt arbeidsoppdrag vil være et lovlig midlertidig tilsetningsforhold når vilkårene i §58 nr 7 er oppfylt, dvs når arbeidets karakter tilsier det»⁸⁶.

I forlengelse av dette skriver også departementet at «*[k]ritikken mot bruken av ekstrahjelp retter seg mot at slike arbeidsforhold også brukes for å dekke et permanent arbeidskraftbehov. Slik bruk av ekstrahjelp vil være i strid med loven og vil være en omgåelse av stillingsvernet. Heller ikke en generell usikkerhet om arbeidskraftbehovet vil være nok til å tilsette midlertidig i disse tilfellene» [min kursivering]⁸⁷.*

Det ble likevel nevnt innledningsvis at departementet åpner for at tilsigelsesavtaler kan inngås som avtaler om fast ansettelse, så lenge avtalen innebærer en reell fast ansettelse⁸⁸. Det er også etter gjennomgangen av reglene om midlertidig ansettelse, et uløst spørsmål hva som

⁸⁶ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 179

⁸⁷ 'Ibid'

⁸⁸ Prop. 104 L (2009-2010)

utgjør forskjellen mellom en midlertidig ansettelse og en reell fast ansettelse, der arbeidstakeren arbeider i en tilsigelsesordning.

Hvorvidt arbeidstakere som er ansatt fast i bemanningsbyråer har rettslig gyldige fast ansettelse har også vært gjenstand for diskusjon, blant annet mellom arbeidsgiveres og arbeidstakeres fagforeninger. Jeg har derfor valgt å gi en kort presentasjon av hvordan bemanningsbransjen praktiserer avtaler om fast ansettelse, for så å vurdere om dette kan gi et bidrag til svaret på problemstillingen.

9. Fast ansettelse uten garantilønn i bemanningsbransjen

9.1 Arbeidstakere ansatt i bemanningsbyrå – lovreguleringen

Forut for 2000 var innleie av arbeidskraft forbudt ved norsk lovgivning, med visse unntak⁸⁹. Fra 2000 har grensene for bruk av innleid arbeidskraft vært regulert i aml. §§ 14-12–14-14. I en rapport fra NHO⁹⁰ fremgår det at av omtrent 102 000 personer i bemanningsbransjen ble det utført arbeid for mer enn 23 000 årsverk i 2011.

Det er arbeidsmiljølovens regler som gjelder i ansettelsesforholdet mellom bemanningsforetaket og deres ansatte. Ved ansettelser i bemanningsforetak oppstår det et trekantforhold mellom arbeidstakeren, som er fast ansatt hos utleier, men utfører oppdrag for innleier. Kontrakten mellom innleier og bemanningsforetaket, om oppdrag for arbeidstakeren, skal ikke drøftes nærmere her.

9.2 Praksis fra bemanningsbransjen

På hjemmesidene til blant annet NHO Service⁹¹ ligger det standardavtaler mellom bemanningsbyrå og arbeidstakere, blant annet standardavtale om *fast ansettelse uten garantilønn*. Dersom arbeidsavtalen med utleier ikke garanterer arbeidstakeren verken arbeid eller lønn utover de tilfeller vedkommende får oppdrag, blir det et spørsmål om lovligheten av arbeidsavtalen mellom utleier og arbeidstakeren er betinget av at arbeidsmiljølovens materielle vilkår for midlertidig ansettelse er innfridd.

Det er, som det blant annet fremgår av de ovennevnte standardavtaler, utbredt praksis i bemanningsbransjen å utforme arbeidsavtaler der arbeidstakeren ansettes fast i byrået, men

⁸⁹ Ot.prp.nr.70 (1998-1999)

⁹⁰ NHO Service, «Verdt å vite om bemanningsbransjen» (2011)

⁹¹ Link til standardavtalen: <http://www.nhoservice.no/article.php?articleID=258&categoryID=227>

uten krav på lønn utover periodene de er i oppdrag. Disse arbeidsavtalene gir ofte bemanningsbyrået en plikt til å tilby oppdrag til arbeidstakeren, og arbeidstaker kan på sin side avslå tilbud om oppdrag⁹².

Det er reist tvil blant av LO om denne ansettelsesordningen er lovmessig⁹³. I en kommentarutgave til arbeidsmiljøloven fra 2011 uttales det at «[d]et kan spørres om en ansettelse som formelt er fast, men som ikke gir rett til lønn i perioder mellom oppdrag, i realiteten gir den ansatte noen særlig større trygghet enn midlertidig ansettelse for hvert oppdrag»⁹⁴.

Følgelig foreligger det en praksis i bemanningsbransjen som kan være i strid med arbeidsmiljølovens hovedregel om fast ansettelse. Dette fordi det er tvilsomt om arbeidsavtalene i realiteten er en fast ansettelse, i likhet med vurderingen av hvorvidt tilsigelsesavtaler er betinget av grensene for midlertidige ansettelser.

9.3 Betydningen for tilsigelsesavtaler

Lovligheten av arbeidsavtaler i bemanningsbransjen, uten garantilønn for arbeidstakeren, har ikke vært prøvd rettslig for domstolene. Det er derfor ikke ubetinget klart hvorvidt denne måten å inngå avtale om fast ansettelse på er lovlig.

Likevel er det de alminnelige arbeidsmiljørettslige regler som gjelder i ansettelsesforholdet mellom bemanningsforetaket og arbeidstakeren. På denne måten vil vurderingen av om arbeidsavtaler om fast ansettelse uten garantilønn er rettslig gyldig, etter min vurdering måtte foretas etter de samme vurderingskriterier som for de arbeidsrettslige tilsigelsesavtaler.

Ut fra den typiske ansettelseskontrakt som er praktisert i bemanningsbransjen, kan arbeidstakeren *etter avtalens ordlyd* benyttes av *bemanningsbyrået* uavhengig av grensene for midlertidig ansettelse. På denne måten kan arbeidstakeren arbeide opp mot 100 % stilling, for så ikke å bli benyttet overhode dersom oppdragsmengden minsker. Slik det fremgår av fremstillingens påfølgende analyse, er det gode grunner som taler for at denne praksisen er ulovlig.

⁹² Johansen, Stueland (2011) s. 594

⁹³ Blant annet drøftet Karen Sophie Steen i LOs juridiske avdeling dette i et foredrag under Oslofjordkonferansen fra 2009 (Power Point)

⁹⁴ Johansen, Stueland (2011) s. 594

Det må herunder nevnes at vikarbyrådirektivet ble implementert i norsk rett med lov av 22. juni 2012 nr. 33, som trer i kraft 1. januar 2013⁹⁵. Gjennom Direktivet styrkes rettighetene til innleide arbeidstakere på flere områder, herunder lønnsrettigheter og arbeidsvilkår.

Vikarbyrådirektivet regulerer imidlertid *kun* hva bemanningsforetaket skal sikre overfor «utleid arbeidstaker», jf. aml. § 14-12a. Følgelig gjelder ikke de nye reglene eventuelle rettigheter for arbeidstakeren i periodene mellom oppdrag.

Ut fra analysen i del III kan rettsstilstanden synes å være at arbeidsgiver er bundet av grensene for midlertidig ansettelse når de skal benytte tilkallingshjelper. Det som skal vurderes i neste del er om den *rettslige grensen* mellom en reell fast ansettelse og lovlige midlertidige ansettelser støtter opp under denne foreløpige rettsoppfatningen.

⁹⁵ Rådsdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid

Del IV: De materielle grensene for adgangen til å avtale midlertidig ansettelse – betydningen av formelt tidsubegrensede arbeidsavtaler

10. Høyesterett om grensene for lovlig midlertidig ansettelse

10.1 Hvilken rolle spiller domstolenes praksis rundt grensene for lovlig midlertidig ansettelse?

Innledningsvis i oppgavens hoveddel fremgår det at vurderingen av hvorvidt en arbeidstaker er fast eller midlertidig ansatt i utgangspunktet beror på hva partene har avtalt⁹⁶. Dersom arbeidsavtalen er tidsubegrenset er den i utgangspunktet en avtale om fast ansettelse. Det er likevel, som jeg skriver innledningsvis i kapittel 7, ingen formelle begrensninger i arbeidsmiljøloven i adgangen til å inngå avtale om fast ansatte. På den andre siden er adgangen til å inngå avtale om midlertidig ansettelse, slik det er redegjort for i kapittel 8, uttømmende angitt i arbeidsmiljøloven. Det er ikke tvil om at det er arbeidsavtalens *materielle innhold* som er avgjørende for hvorvidt en avtale om fast eller midlertidig ansettelse er rettslig gyldig.

Tilsigelsesavtaler som arbeidsavtale står i en særstilling, sammenlignet med de typiske arbeidsavtaler om fast eller midlertidig ansettelse. Dette fordi tilsigelsesavtaler normalt sett ikke inneholder en avtale om opphørstidspunkt. Det er også en tendens ved tilsigelsesavtaler at det er uklart mellom partene hvorvidt arbeidstakeren er fast ansatt eller ikke. Som analysen hittil har vist kan man likevel ikke herfra slutte at de verken er lovlige avtaler om fast eller midlertidig ansettelse. Dette må avgjøres ut fra en analyse av om arbeidsavtalen utgjør et reelt fast ansettelsesforhold, eller om de materielle begrensningene til å avtale midlertidig ansettelse er overholdt.

I Høyesterett har de en rekke ganger tatt stilling til om arbeidsavtaler er lovlige ut fra de materielle begrensningene i avtale om midlertidig ansettelse. Disse rettsavgjørelsene har stor, om ikke avgjørende betydning for å avgjøre om arbeidsavtaler uten angitt stillingsprosent er betinget av grensene for midlertidig ansettelse. Den følgende analysen tar utgangspunkt i Statfjorddommen, Norges Varemesse-kjennelsen, Braaten-dommen og Ambulansedommen, som de mest sentrale rettsavgjørelsene på området. Det vil først bli gitt en kort presentasjon av faktum i dommene, før jeg går over i analysen av Høyesteretts respektive begrunnelser i lys av fremstillingens problemstilling.

⁹⁶ Se kapittel 5

10.2 Faktum i dommene

I Statfjorddommen fra 1989 gikk en kvinnelig arbeidstaker til søksmål mot sin arbeidsgiver SAS Catering AS, med krav om erstatning for en periode på omtrent 2,5 år hun mente seg ulovlig midlertidig ansatt⁹⁷. Hun hadde arbeidet som vikar for virksomheten i en tilsigelsesordning. Arbeidsgiveren hevdet at vikariatene var lovlige etter dagjeldende aml. § 58 nr. 7, annet ledd. Høyesterett vurderte kvinnens vikariater til å være i strid med vilkårene for midlertidig ansettelse, slik at kvinnen var ansatt som fast ansatt og hadde tilhørende stillingsvern.

I Norges Varemesse-kjennelsen fra 1997 var spørsmålet om fire arbeidstakere som var ansatt på tilsigelse hos Norges Varemesse hadde rett til å stå i stillingen etter reglene for fast eller midlertidig ansettelse, i tiden før søksmål om eventuell ugyldig oppsigelse var avgjort⁹⁸. Høyesterett kom frem til at arbeidstakerne var ulovlig midlertidig ansatt, slik at de hadde krav på å stå i stillingen under saksgangen etter reglene for fast ansatte, daværende aml. § 61 nr. 4 (nåværende § 15-11 nr. 1)⁹⁹.

I Braaten-dommen fra 2005 var arbeidstakeren ansatt fast som lagermedarbeider hos Kjell Braaten AS, og han arbeidet tilnærmet full tid i omtrent ett år¹⁰⁰. Han hadde ingen angitt stillingsprosent i arbeidsavtalen, og arbeidstiden var angitt som «behovsrelatert». Arbeidstakeren krevde arbeidsgiver for erstatning for brudd på reglene om midlertidig ansettelse. Her kom Høyesterett frem til at arbeidsforholdet måtte likestilles med en ulovlig midlertidig ansettelse, og arbeidstakeren ble tilkjent erstatning.

Ambulansedommen er fra 2006, og arbeidstakeren var ansatt som tilkallingshjelp i ambulansetjenesten i Akershus fylkeskommune¹⁰¹. Høyesterett kom også her til at arbeidsforholdet måtte anses som en ulovlig midlertidig ansettelse, slik at ambulansesjåføren var fast ansatt.

I disse fire rettsavgjørelsene kom altså Høyesterett fram til arbeidsavtalene var ulovlige ut fra grensene for midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljølovens regler. Jeg vil komme tilbake til hvilken betydning dette har for lovligheten av arbeidsavtaler uten angitt stillingsprosent under punkt 11. I de påfølgende punktene vil fokuset rettes mot hvilken begrunnelse Høyesterett gir

⁹⁷ Rt. 1989 s. 1116

⁹⁸ Rt. 1997 s. 277

⁹⁹ Jf. punkt 7.5

¹⁰⁰ Rt. 2005 s. 826

¹⁰¹ Rt. 2006 s. 1158

for at arbeidsavtalene er ulovlige. Dette fordi rammene for midlertidig ansettelse vil bidra til å avgjøre hvilke materielle krav som ligger til grunn for en lovlig *fast* ansettelse.

10.3 Langvarig, stabilt behov for ekstra arbeidskraft

Det er et uttalt prinsipp at dersom det er et varig behov for ekstra arbeidskraft i en virksomhet, skal dette behovet dekkes i form av fast ansettelse. Jan Fougner har formulert dette som at «når arbeidet uten ulempe av betydning kan organiseres ved fast ansettelse, skal den løsningen velges»¹⁰².

Høyesteretts begrunnelse i Statfjorddommen fra 1989 er sentral for prinsippet om fast ansettelse ved varig behov for ekstra arbeidskraft. I dommen tar Høyesterett utgangspunkt i bedriftens behov for vikarer, for å vurdere hvorvidt arbeidstakerens vikariater var inngått i strid med begrensningene for midlertidig ansettelse. De uttaler at det ikke i seg selv er ulovlig «at en bedrift nytter samme vikar gang på gang. Lovens bestemmelser og formål sett i sammenheng kan imidlertid i visse, særlige tilfeller sette grenser for hva som lovlig kan avtales av fortløpende vikariater uten at arbeidstakeren nyter godt av et stillingsvern»¹⁰³.

Uttalelsen har prinsipiell betydning, da Høyesterett med dette anerkjenner at en vikar kan oppnå krav om fast ansettelse, selv om arbeidstakeren isolert sett utfører arbeid i stedet for en eller flere fraværende arbeidstakere, og således i utgangspunktet har et lovlig vikariat etter aml. § 14-9 (1) bokstav b.

Spørsmålet blir hvor grensen for ulovlige vikariater må trekkes. For å avgjøre hvor denne grensen går er det for det første av betydning hvor stor virksomheten er. I Høyesterett har virksomheter med mer enn 200 årsverk vært kategorisert som større virksomheter¹⁰⁴.

Videre er fraværsprosenten blant de fast ansatte i virksomheten et avgjørende vurderingsmoment¹⁰⁵. Når Høyesterett vurderte fraværsprosenten blant servicemedarbeiderne i Statfjorddommen fant de at fraværsprosenten lå et sted mellom 10 til 14 for den arbeidstakergruppen den saksøkende kvinnen arbeidet for. Førstvoterende uttaler så at

¹⁰² Fougner, Jan: «Læren om fast ansettelse ved varig behov», *Arbeidsrett*, nr. 2 2009, s. 98-102 på s. 99

¹⁰³ Rt. 1989 s. 1116, s. 1120

¹⁰⁴ Fougner (2009) s. 101

¹⁰⁵ 'Ibid'

fraværsprosenten «har vært stabil og etter min vurdering til enhver tid påregnelig for bedriften»¹⁰⁶.

Ettersom fraværsprosenten var stabil, hadde kvinnen arbeidet i nærmest kontinuerlige vikariater over ca. 2,5 år. Høyesterett uttaler med dette at kvinnens «tjenesteforhold [...] bærer preg av at hun fast, over lang tid, har fylt et generelt stort vikarbehov for bedriften»¹⁰⁷.

Uttalelsen har blitt stående som en rettsgrunnsetning, og ble fulgt opp i forarbeidene til endringsloven i 1995¹⁰⁸. Det er derfor i dag uomtvistet at en bedrift ikke kan dekke et konstant, forutsigbart behov for vikarer gjennom bruk av midlertidige ansatte.

Vikarbehovet ble også avgjørende i Ambulansedommen, der Høyesterett uttaler at «et fast arbeidskraftsbehov skal ikke dekkes ved vikariater, men med en større grunnbemanning av fast ansatte»¹⁰⁹. I det året den saksøkende vikaren hadde jobbet i ambulansetjenesten var fraværet 27 %, og dette kategoriserte Høyesterett som høyt.

Det følger med dette av rettspraksis at det er ulovlig å ha midlertidig ansettelsesavtaler med arbeidstakere dersom arbeidsforholdet er ment å dekke et langvarig og stabilt arbeidskraftsbehov i virksomheten. Det har herunder ikke betydning at grunnstaben isolert sett kan dekke arbeidskraftsbehovet innen den aktuelle arbeidstakergruppen fullt ut, dersom fraværet er konstant. Regelen samsvarer godt med hovedregelen om fast ansettelse, ettersom et *konstant arbeidskraftsbehov* naturlig nok tilsier at bruk av midlertidige arbeidsavtaler er ulovlig.

10.4 Tilknytningskravet

Det er ikke bare et langvarig, stabilt behov for arbeidskraft som gjør at midlertidig ansettelse kan være ulovlig. Høyesterett har også vist til et krav om at vikaren må ha en tilstrekkelig tilknytning til den virksomheten han eller hun krever fast ansettelse hos. Dette kommer klart til uttrykk i Ambulansedommen som at «den enkelte ansatte [må] ha en tilstrekkelig fast tilknytning til bedriften for å kunne kreve fast ansettelse»¹¹⁰.

¹⁰⁶ Rt. 1989 s. 1116, s. 1121

¹⁰⁷ 'Ibid'

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 165

¹⁰⁹ Rt. 2006 s. 1158, avsnitt 39

¹¹⁰ Rt. 2006 s. 1158 avsnitt 39

Tilknytningsvurderingen er et spørsmål om vikaren, eller tilkallingshjelpen, er berettiget fast ansettelse i virksomheten, ut fra de arbeidsoppgaver og den kontinuiteten i arbeidet den midlertidige ansettelsen har medført¹¹¹.

Tilknytningskravet er et viktig moment i vurderingen av om arbeidstakeren har oppnådd stillingsvern. Dette kommer indirekte til uttrykk i Statfjorddommen, da Høyesteretts vurdering av ansettelsesforholdet bygger på hvorvidt servicemedarbeideren hadde arbeidet jevnlig og i så stor grad at det var naturlig å gi henne stillingsvern for det arbeidet hun hadde utført¹¹².

Det følger av dette at dersom en virksomhet dekker et stabilt fraværbehov ved å benytte mange ulike vikarer, er dette i seg selv ulovlig etter grensene for midlertidig ansettelse. Likevel kan tilknytningen til virksomheten for den enkelte vikar være så svak at vedkommende ikke er berettiget stillingsvern for det arbeidet han eller hun har utført.

10.5 Betydning av at arbeidstakeren ikke har arbeidsplikt

Et gjennomgående argument fra arbeidsgiversiden, mot at tilsigelsesavtaler er ulovlig, har vært at arbeidstakeren ikke har en plikt til å påta seg arbeid etter arbeidsavtalen¹¹³. Praksis fra Høyesterett viser imidlertid at manglende arbeidsplikt etter arbeidsavtalen ikke har vært avgjørende for hvorvidt arbeidsavtalen er lovlig etter lovens regler om midlertidig ansettelse.

I Norges Varemesse-kjennelsen uttaler Høyesteretts kjæremålsutvalg at Lagmannsretten blant annet har vurdert at «fram møte til hver enkelt messearrangement har skjedd uten særskilt tilkalling», og videre har «Lagmannsretten ikke funnet det avgjørende at kjæremotparten strengt tatt ikke hadde en forpliktelse til å møte og utføre arbeidet under hvert enkelt messearrangement»¹¹⁴. Kjæremålsutvalget sluttet seg enstemmig til Lagmannsrettens fortolkning av reglene om midlertidig ansettelse.

Likeså hadde ikke arbeidstakeren i Braaten-dommen en arbeidsplikt etter avtalen. Også her hadde likevel arbeidstakeren møtt opp til arbeid på lageret på daglig basis¹¹⁵. Høyesterett tar ikke stilling til hvilken betydning fraværet av arbeidsplikt kan ha, men det fremgår klart av

¹¹¹ Fougner (2009) s. 100

¹¹² Rt. 1989 s. 116, s. 1121

¹¹³ Se punkt 3.1 for definisjon av tilsigelsesavtaler

¹¹⁴ Rt. 1997 s. 277, s. 279

¹¹⁵ Rt. 2005 s. 826, avsnitt 3

domspremissene at de ikke har tillagt denne avtaleklausulen vekt i sin vurdering av hvorvidt arbeidsforholdet var en ulovlig midlertidig ansettelse.

Det samme gjelder for Ambulansedommen, der arbeidstakeren også arbeidet som vikar på tilsigelse. Det fremgikk klart av arbeidsavtalen at han kunne avslå de vakter som ble tilbudt¹¹⁶. Høyesteretts begrunnelse bygger som nevnt overfor på virksomhetens vikarbehov, og ikke hvorvidt arbeidstakeren hadde en avtalebestemt frihet til å jobbe ved tilkalling.

Det kan derfor sluttet ut fra disse rettsavgjørelsene at manglende arbeidsplikt etter arbeidsavtalen ikke har betydning for hvorvidt en tilsigelsesavtale er en avtale om ulovlig midlertidig ansettelse.

10.6 Dommenes betydning for det materielle innhold i fast ansettelse

Som nevnt innledningsvis under del IV kan grensene for lovlige midlertidige ansettelser ha betydning for det materielle innholdet i fast ansettelse. Dette standpunktet vil jeg, i lys av de beskrevne høyesterettsavgjørelsene, gjøre nærmere rede for her.

10.6.1 Ubalansen i tilsigelsesavtaler

For å komme nærmere lovligheten av arbeidsavtaler uten angitt stillingsprosent har Braaten-dommen særlig stor betydning. I dommen går det frem av Høyesteretts argumentasjon at arbeidsavtalen hadde en grunnleggende avtalerettslig ubalanse. Førstvoterende uttaler at «[n]år avtalen anga arbeidstiden til å være «behovsrelatert», ble det bare siktet til arbeidsgiverens behov. På den måten anga avtalen bare en ramme, som det var opp til arbeidsgiveren å gi innhold. A ble gitt utsikt til arbeid og inntekt, alt etter arbeidsgiverens behov og vilje til å benytte seg av ham»¹¹⁷.

Uttalelsen er særdeles interessant i relasjon til lovligheten av tilsigelsesavtaler. Dersom premisset leses isolert, kan det tolkes slik at Høyesterett avskjærer arbeidsgivers mulighet til å inngå tilsigelsesavtaler på generelt grunnlag.

Uttalelsen må imidlertid tolkes i lys av at arbeidstakeren i dommen var ansatt fast, og dette var også arbeidsgivers påstandsgrunnlag. Jeg tolker dermed Høyesteretts vurdering i sammenheng med hva en fast ansettelse materielt må inneholde for å være lovlig. En slik tolkning støttes av uttalelsen i dommens avsnitt 31, der Høyesterett bemerker arbeidsgivers

¹¹⁶ Rt. 2006 s. 1158, avsnitt 3

¹¹⁷ Rt. 2005 s. 826, avsnitt 28

argument om at tilsigelsesavtaler, der tilknytningen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er løsere enn ved alminnelige faste ansettelse, er nødvendig i mange virksomheter. Her skriver førstvoterende at bruken av slike ordninger «i det enkelte tilfelle måtte vurderes i forhold til de grenser for adgangen til midlertidige arbeidsavtaler».

Marit Frogner skriver i 2005 at Høyesteretts konstruksjon er kunstig for vurderingen av lovligheten av tilsigelsesavtaler, ettersom «det allerede er avtalt fast ansettelse», og «konsekvensen av ulovlig midlertidighet imidlertid [vil] være at det må bedømmes som et fast arbeidsforhold»¹¹⁸.

Jeg er ikke enig i denne tolkningen av hvordan Høyesterett begrunner at arbeidsavtalen må likestilles med en ulovlig midlertidig ansettelse. Da Høyesterett uttaler at tilsigelsesavtaler må tolkes i lys av reglene om midlertidig ansettelse, forstår jeg dette som at Høyesterett ikke ser noen rettslige hindre for at slike arbeidsavtaler inngås, så fremt den enkelte tilsigelse faller innenfor arbeidsmiljølovens begrensning i adgangen til midlertidige ansettelse.

Tilsigelsesavtaler gir i utgangspunktet arbeidstakeren en rett til å bli benyttet som midlertidig ansatt når behovet i virksomheten oppstår. Dette er derfor en rettighet som strekker seg lenger enn dersom arbeidstakeren kun ble ansatt for å dekke et kortvarig behov for økt arbeidskraft, uten at en tilsigelsesavtale lå til grunn for den midlertidige ansettelsesavtalen. Slik sett gir tilsigelsesavtaler arbeidstakeren flere rettigheter enn ved én enkelt arbeidsavtale om midlertidig ansettelse.

Dersom tilkallingshjelpen likevel jobber utover rammen for lovlig midlertidig ansettelse, er den enkelte tilkalling som faller utenfor lovens begrensning i adgangen til midlertidige ansettelse etter aml. § 14-9 bokstav a eller b *ulovlig*. Det er denne bruken av tilsigelsesavtaler som kan gi grunnlag for et stillingsvern for arbeidstakeren, fordi tilsigelsesavtalen da etter min mening er en ulovlig avtale om midlertidig ansettelse.

Denne tolkning av Høyesteretts uttalelse i Braaten-dommen vil slik jeg ser det ivareta balansen mellom arbeidsgiver og arbeidstakers interesse i avtaleforholdet, når lovens adgang til å bruke midlertidig ansettelse overholdes.

¹¹⁸ Frogner (2005) s. 241

10.6.2 Stillingsvernet

Ut fra de fire analyserte høyesterettsavgjørelsene er det etter min vurdering reglene om stillingsvern som er avgjørende for om en midlertidig ansettelse er lovlig eller ikke. Dette har sammenheng med at unntaket fra fast ansettelse er strengt avgrenset fordi en midlertidig ansatt ikke er vernet mot oppsigelse. I et fast arbeidsforhold har arbeidstakeren en lovbestemt oppsigelsesfrist som ikke kan fravikes ved avtale. Ved kortvarige midlertidige ansettelser er derimot arbeidstakeren ikke vernet mot oppsigelse, og arbeidsforholdet gir ikke grunnlag for en oppsigelsesfrist der arbeidstakeren har krav på lønn. Spørsmålet om en midlertidig ansettelse er lovlig, blir derfor et underliggende spørsmål om arbeidstakeren utfører et arbeid i virksomheten som berettiger stillingsvern, slik at arbeidstakeren skal være fast ansatt.

Betydningen av stillingsvernsreglene i vurderingen av lovlige midlertidige ansettelser, kommer først til uttrykk i Statfjorddommen. Her beror Høyesteretts vurdering av ansettelsesforholdet på hvor grensen går «for fortløpende vikariater uten at arbeidstakeren nyter godt av et stillingsvern»¹¹⁹. Slik setter Høyesterett opp midlertidig ansettelse som en motpol til stillingsvernsreglene.

I Braaten-dommen kommer det enda klare til uttrykk i hvilken grad Høyesterett anerkjenner lovligheten av arbeidsavtaler uten angitt stillingsprosent, i lys av stillingsvernsreglene. Høyesterett tolker ikke avtalen til å være en midlertidig arbeidskontrakt med den begrunnelse at avtalen etter sin ordlyd var tidsubestemt. Begrunnelsen for at avtalen var ulovlig er at den «mangler helt den trygghet for arbeidstakeren som blant annet følger av arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern ved fast ansettelse»¹²⁰.

Høyesterett mener derfor at det manglende stillingsvernet etter avtalen medfører at arbeidsavtalen må likestilles med en ulovlig midlertidig arbeidsavtale¹²¹. Jeg tolker Høyesteretts begrunnelse dithen at mangelen på stillingsvern etter tilsigelsesavtalen dannet grunnlaget for at arbeidsavtalen ikke kunne anses som en reell avtale om fast ansettelse.

10.6.3 Konsekvensen av dom for ulovlig midlertidig ansettelse

I alle dommene inntatt i denne fremstillingens analyse har resultatet blitt at arbeidstakeren er ulovlig midlertidig ansatt. Den materielle konsekvensen av en ulovlig midlertidig ansettelse er

¹¹⁹ Rt. 1989 s. 1116, s. 1120

¹²⁰ Rt. 2005 s. 826, avsnitt 30

¹²¹ 'Ibid'

at arbeidstakeren regnes som fast ansatt, samt at arbeidsgiver må utbetale erstatning til arbeidstakeren. Dette vil det bli nærmere redegjort for i kapittel 11. Fremstillingens definisjon av tilsigelsesavtaler viser til at avtalene kan inngås tidsubegrenset, altså tilsynelatende som en avtale om fast ansettelse uten angitt stillingsprosent. Spørsmålet blir da hvordan Høyesterett har angrepet dette når de har gitt arbeidstaker fast ansettelse i medhold av bruddet på grensene for midlertidig ansettelse.

For å komme nærmere et svar på spørsmålet må det trekkes frem en vesentlig forskjell på faktum i Braaten-dommen og de tre øvrige avgjørelsene. I Statfjorddommen, Ambulansedommen og Norges Varemesse-kjennelsen var de respektive arbeidsgivernes påstand at de ansatte var *lovlig midlertidig ansatt*. I Braaten-dommen var det ikke bestridt av partene at ansettelsesforholdet ikke oppfylte lovens vilkår for midlertidig ansettelse, men arbeidsgiver påstår her at arbeidstakeren var *lovlig fast ansatt*.

I Braaten-dommen bestrider ikke Høyesterett i utgangspunktet at arbeidstakeren var fast ansatt. Det Høyesterett begrunner avgjørelsen i er at det materielle innholdet i arbeidsavtalen streid mot de kvalitative rettighetene en *fast ansatt* har etter arbeidsmiljølovens regler¹²². Dette står i motsetning til de tre andre avgjørelsene, der de materielle kravene til *midlertidige ansettelse* var overskredet.

Følgen av dette i Braaten-dommen ble at avtalen ble likestilt med en ulovlig midlertidig ansettelse, fordi avtalen innebar en omgåelse av reglene om stillingsvern. Dette fordi arbeidstakeren verken hadde krav på lønn eller arbeid etter avtalen¹²³. Arbeidstakeren ble følgelig tilkjent erstatning fra Kjell Braaten AS, etter erstatningsreglene for ulovlig midlertidig ansettelse.

Dette bringer analysen tilbake til fremstillingens underproblemstilling, og det er avgjørende å vurdere hvilke rettsvirkninger det har at en arbeidsavtale uten angitt stillingsprosent blir vurdert som en ulovlig midlertidig ansettelse.

I Braaten-dommen kommer ikke den rettslige virkningen av arbeidsforholdet på spissen, fordi arbeidstakeren ikke ønsket å fortsette i stillingen. Dersom arbeidstakeren hadde krevd å fortsette i stillingen hadde han hatt krav på dette etter arbeidsmiljølovens regler. Men i denne dommen *var* arbeidstakeren fast ansatt etter arbeidsavtalens ordlyd.

¹²² Rt. 2005 s. 826, avsnitt 30

¹²³ 'Ibid'

Etter min mening ligger det derfor en klar forutsetning for domsresultatet i Braaten-dommen at arbeidsavtalen han var ansatt på ikke ga grunnlag for en reell fast ansettelse. Dersom han skulle fortsatt i stillingen måtte dette innebære en endring av avtalen, slik at han var fast ansatt i en stillingsprosent. Dette siden det er stillingsprosenten som etter Høyesteretts argumentasjon gir grunnlaget for stillingsvernet, og det var mangelen på stillingsvern som utløste erstatningskravet for ulovlig midlertidig ansettelse.

I Ambulansedommen krevde arbeidstakeren å fortsette i sin stilling. Her var partene derimot på forhånd *enige* om hvilken stillingsprosent ambulansesjåføren skulle få dersom Høyesterett kom frem til at han var fast ansatt. Dette uttrykker også etter min mening en forutsetning om at en fast ansettelse også innebærer en avtale om stillingsprosent.

11. De materielle og prosessuelle virkninger av en ulovlig midlertidig ansettelse

11.1 Rettsvirkninger: Arbeidsmiljøloven § 14-11

Under kapittel 10 fremgår det at lovens materielle grenser for midlertidig ansettelse er avgjørende for lovligheten av arbeidsavtaler uten angitt stillingsprosent. Grensen for en ulovlig midlertidig ansettelse korresponderer etter mine vurderinger med de arbeidsforhold der arbeidstakeren har stillingsvern etter arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler. I de tilfellene domstolen avsier dom for ulovlig midlertidig ansettelse, er rettsvirkningene hjemlet i aml. § 14-11.

Det følger av § 14-11 (1) at ved brudd på reglene om midlertidig ansettelse skal retten «etter påstand fra arbeidstaker avsi dom for at det foreligger et fast arbeidsforhold eller at arbeidsforholdet fortsetter». Etter bestemmelsens annet ledd har arbeidstakeren krav på erstatning fra arbeidsgiveren.

Ordlyden «fast ansettelsesforhold eller arbeidsforholdet fortsetter» peker hen til at arbeidstakeren enten gjenopptar arbeidet i virksomheten, men nå som fast ansatt, eller at arbeidsforholdet fortsetter dersom arbeidstakeren har stått i stillingen frem til dommen foreligger. For tilfeller der arbeidstakeren har vært midlertidig ansatt, i en heltids- eller deltidsstilling, oppstår det i utgangspunktet ingen problemer ved at arbeidstakeren får et fast arbeidsforhold. Arbeidstakeren vil her fortsette i sin stilling, men uten at arbeidsavtalen er tidsbegrenset.

Tilsigelsesavtaler særpreges derimot av at arbeidstiden er avtalt mellom partene til å være behovsrelatert, ut fra arbeidskraftsbehovet i virksomheten. Ved at loven gir arbeidstakeren krav på fast ansettelse i tilfelle arbeidsavtalen er en ulovlig avtale om midlertidig ansettelse, gir ikke ordlyden i bestemmelsen i § 14-11 (1) et større bidrag til det faste ansettelsesforholdets materielle innhold, enn hovedregelen om fast ansettelse i § 14-9 (1) første punktum.

Det oppstår derfor et spørsmål om arbeidstakerens rett til å kreve fast ansettelse i medhold av § 14-11 (1), også hjemler et prosessuelt krav for arbeidstakeren om å legge ned påstand om stillingsprosent for retten. Dette der stillingsprosenten ikke fremgår av arbeidsavtalen.

Slik det nevnes under kapittel 7 er det ingen bestemmelser i arbeidsmiljøloven som hjemler krav til verken stillingsprosent eller minimum antall arbeidstimer ved fast ansettelse. Ved dom på at arbeidsforholdet er fast etter aml. § 14-11 vil derfor spørsmålet om hva som utgjør en rettslig gyldig fast ansettelse aktualiseres, ettersom det ikke kan hjemles krav til stillingsprosent etter tilsigelsesavtalen.

Det følger av forarbeidene til § 14-11 at «[e]n rett til fast ansettelse i disse tilfeller innebærer i utgangspunktet ingen endring i disse arbeidstakernes arbeidsbetingelser eller vilkår. De vil fortsatt kunne være ansatt for å utføre det aktuelle sesongarbeid eller samme type arbeid eventuelt stillingsandel som i den midlertidige avtalen, men da som fast ansatt»¹²⁴.

For de alminnelige midlertidige arbeidskontrakter, der arbeidstakerens stillingsprosent eller arbeidstid fremgår av arbeidsavtalen, byr i utgangspunktet ikke denne vurderingen på nærmere problemer. For den arbeidstaker som *ikke har en avtale om arbeidstid* med sin arbeidsgiver, må arbeidstakeren kunne kreve å få utlagt en stillingsprosent i arbeidsavtalen, som et resultat av dom for fast ansettelse, jf. aml. § 14-11.

For det første begrunner jeg dette kravet i resultatet i både Braaten-dommen og Ambulansedommen. I Braaten-dommen var det mangelen på utsikt til arbeid og dermed lønn som medførte at arbeidsavtalen ikke kunne anses som en reell fast ansettelse. I Ambulansedommen ble partene enige om arbeidstakerens stillingsprosent i det tilfellet arbeidstakeren skulle gis medhold i kravet om fast ansettelse.

Et videre grunnlag for at arbeidstakeren skal ha krav på en fastlagt stillingsprosent der denne får medhold i kravet om fast ansettelse fremgår av forarbeidene til endringsloven i 2009, da

¹²⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 216

fireårsregelen i § 14-9 (5) ble innført. Departementet uttaler at «[e]tter [vår] mening lar spørsmålet om det nærmere innhold i den faste ansettelsen seg vanskelig fastslå i en regel i loven. Dette er spørsmål som må vurderes konkret i den enkelte sak blant annet ved hjelp av de momenter domstolene har trukket opp. Det kan synes som et naturlig utgangspunkt å vurdere hvilken stillingsbrøk arbeidstaker gjennomsnittlig har arbeidet i, slik at det foretas en form for gjennomsnittsberegning»¹²⁵.

Selv om forarbeidsuttalelsen ikke retter seg mot regelen i § 14-11, gir den likevel veiledning i at når arbeidstakeren er fast ansatt, har arbeidstakeren krav på en stillingsprosent i arbeidsavtalen.

I motsatt tilfelle vil tilsigelsesavtalen bestå i sin form, og da er et søksmål om fast ansettelse illusorisk. Dette fordi det fremgår av Braaten-dommen og de øvrige høyesterettsavgjørelsene at en fast ansettelse innebærer visse krav til økonomisk forutberegnelighet for arbeidstakeren. Etter min mening må derfor en reell fast ansettelse innebære en viss økonomisk garanti overfor arbeidstakeren, i form av en nærmere avtale om stillingsprosent eller arbeidstid.

11.2 Bør dette uttrykkelig lovreguleres?

Det fremgår ikke uttrykkelig av § 14-11 at arbeidstakeren har rett til å nedlegge påstand om det materielle innholdet i arbeidsavtalen om fast ansettelse. Hva en ulovlig midlertidig ansettelse *materielt sett* medfører er følgelig ikke uttrykkelig presisert. Etter min mening bør dette gjøres klarere i bestemmelsens ordlyd, slik at forutberegneligheten ved fastsettelsesdom på fast ansettelse kommer til syne, både overfor arbeidsgiver og arbeidstaker. Dette kan også danne et bedre grunnlag for både arbeidstaker og arbeidsgiver til å argumentere for hvilken stillingsprosent vedkommende arbeidstaker skal ha, for det tilfellet at domstolene kommer frem til at arbeidstaker er fast ansatt..

Som nevnt mener Departementet at stillingsprosenten må avgjøres ut fra en gjennomsnittsberegning, for de tilfeller fireårsregelen trer i kraft og gir den midlertidige ansatte krav på stillingsvern. Jeg ser at det retts teknisk er vanskelig å utforme en bestemmelse over det nærmere innholdet i den faste ansettelsen. Det bør likevel etter min mening presiseres at vurderingen, i tilfelle avtalen ikke innehar bestemmelser om arbeidstid, skal avgjøres ut fra rettens skjønn.

¹²⁵ Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s. 44

Avslutning

Del V: Konklusjon og avsluttende tankekors

12. Konklusjon

12.1 Oppsummering

Denne fremstillingen har tatt for seg tilsigelsesavtaler som arbeidsavtale i norsk rett. Som det ble pekt på innledningsvis er tilsigelsesavtaler en vidtgående brukt avtaleform i både privat og offentlig sektor. Tilkallingshjelpene skal dekke behovet for ekstra arbeidskraft i virksomhetene over en begrenset periode, i de tilfellene den faste arbeidsstaben ikke klarer å dekke virksomhetens behov for arbeidskraft. Det er utvilsomt en fordel for både arbeidsgiver og virksomheten i sin helhet at behovet for arbeidskraft utover grunnbemanningen dekkes opp med arbeidstakere som kjenner virksomheten. Det er ikke behov for opplæring, og tilkallingshjelpen vil kunne møte på kort varsel.

Fremstillingen har imidlertid også pekt på problemene som oppstår ved bruk av tilsigelsesavtale. Utover avtalen om at arbeidstaker skal tilkalles når behovet for dens arbeidskraft oppstår, er det ofte verken drøftet eller skriftlig avtalt mellom partene om arbeidstakeren er å anse som en fast eller midlertidig ansatt. I alle tilfeller viser analysen at det ikke er arbeidsavtalen som avgjør om tilkallingshjelpens arbeid i virksomheten er lovlig. Det er lovens grenser som avgjør hvilke rettigheter den enkelte tilkallingshjelpen kan påberope seg i arbeidsforholdet.

Fremstillingen har gått grundig inn i en analyse av lovens hovedregel om fast ansettelse, og sammenlignet hovedregelen med lovens unntak om grensene for midlertidige ansettelse. Det har vist seg gjennom hele analysen at den store forskjellen mellom faste og midlertidige ansettelse er at de fast ansatte er *vernet mot oppsigelse* gjennom reglene i arbeidsmiljøloven. Dersom arbeidstakeren ikke skal ansettes fast må derfor arbeidsgiver ha gode grunner for seg, ettersom disse arbeidstakerne ikke har et reelt oppsigelsesvern.

12.2 Konklusjon

For at en arbeidsavtale uten angitt stillingsprosent skal være lovlig, er bruken av den ansattes arbeidskraft betinget av å falle innunder arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse. Dersom arbeidsgiver skal ansette en arbeidstaker fast, forutsetter en reell fast ansettelsen at

arbeidstakeren etter avtalen kan forutberegne sine utsikter til arbeid og inntekt. Dersom arbeidsavtalens avtale om arbeidstid ikke danner grunnlag for en stillingsprosent, må arbeidsavtalen holde seg innenfor rammene av lovlige midlertidige ansettelse.

En lovlig tilsigelsesavtale må ikke benyttes i tilfeller der det er et stabilt og forutsigbart fravær av virksomhetens grunnbemanning, innenfor den stillingsgruppen tilkallingshjelpen arbeider i. Da er grensen for bruk av midlertidig ansettelse overskredet, og tilkallingshjelpen må regnes som fast ansatt. Beregningen av fraværet må gjøres konkret, ut fra virksomhetens størrelse, og hvilken stilling tilkallingshjelpen har.

Dersom tilkallingshjelpen dekker et arbeidskraftsbehov som faller utenfor grensene for bruk av midlertidige ansettelse, skal tilkallingshjelpen regnes som fast ansatt. I de tilfeller partene ikke kan bli enige om en eventuell fast ansettelse, kan tilkallingshjelpen få dom på sitt ansettelsesforhold eller prosessreglene i aml. § 14-11, jf. kapittel 17.

Dersom tilkallingshjelpen får dom på at han eller hun er fast ansatt i virksomheten, har arbeidstakeren krav på en fastlagt stillingsprosent. Den konkrete stillingsprosenten må avgjøres ut fra en skjønnsmessig vurdering av vedkommende arbeidstakers gjennomsnittlige stillingsprosent forut for det tidspunktet konflikten om arbeidsavtalens innhold oppstod med arbeidsgiver.

Det er i alle tilfeller arbeidsgiverens ansvar å sørge for at virksomhetens bruk av tilkallingshjelpen holder seg innenfor grensene for lovlig midlertidige ansettelse.

13. Avsluttende bemerkninger om bruken av tilsigelsesavtaler

13.1 Arbeidsgivers økonomiske risiko

Slik det fremgår av fremstillingen har arbeidsgiveren den økonomiske risikoen for hvorvidt det er bruk for en fast ansatt arbeidstakers arbeidskraft. Arbeidstakeren har krav på å motta lønn slik dette er avtalt i arbeidsavtalen. Dersom behovet for arbeidskraft i virksomheten minsker, vil oppsigelsesfristene verne om arbeidstakerens rett til å motta lønn i oppsigelsestiden.

Dersom arbeidskraftsbehovet i en virksomhet er varierende, blir det et spørsmål om hvor grensen går for at arbeidsgiver kan flytte den økonomiske risikoen for redusert arbeidskraftsbehov over på arbeidstaker. Grensene for når arbeidsgiver kan inngå midlertidige korttidskontrakter med arbeidstakere er sterkt begrenset i arbeidsmiljøloven.

I grensedragningen mellom hvem av partene som har den økonomiske risikoen er arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesfrister av avgjørende betydning. Dersom arbeidstakeren er midlertidig ansatt på kortvarige kontrakter, har han ingen oppsigelsestid i avtalen. Arbeidsforholdet avsluttes etter hvert enkelt oppdrag arbeidstakeren har utført for arbeidsgiveren. Dersom arbeidstakeren er fast ansatt, bærer arbeidsgiver den økonomiske risikoen i arbeidsforholdet under oppsigelsestiden, hvis nedgang i virksomhetens aktivitet må føre til nedbemanning. Plikten til å utbetale lønn i arbeidstakerens oppsigelsestid er en plikt arbeidsgiveren ikke kan avtale seg bort i fra.

I tilsigelsesavtaler er det arbeidstaker som har den økonomiske risikoen for hvorvidt det er bruk for dens arbeidskraft. Når det ikke er behov for vedkommendes arbeidskraft i virksomheten, har arbeidsgiveren ingen lønnforpliktelser overfor arbeidstakeren.

Dersom arbeidsgiver skal gis mulighet til å benytte tilkallingshjelper uavhengig av grensene for lovlige midlertidige ansettelser, kan dette være økonomisk lønnsomt for arbeidsgiver. Han kan slutte å tilkalle de mindre effektive arbeidstakerne, og bruke arbeidstakerne han er mest fornøyd med, uten å måtte forholde seg til det lovfestede oppsigelsesvern.

Dette vil være en rettstilstand som ikke samsvarer med norske arbeidsmiljørettslige regler. Arbeidsmiljøloven bygger på et prinsipp om at arbeidsgiver i utgangspunktet bærer det økonomiske ansvaret for variasjoner i behovet for arbeidskraft. Dersom arbeidstakere uten angitt stillingsprosent ikke skal ha et vern, vil arbeidstakers oppsigelsesvern langt på vei falle bort.

13.2 Tilsigelsesavtaler er lovlige

Tilsigelsesavtaler er som allerede nevnt flere ganger inngått som tidsubestemte arbeidsavtaler. En tidsubestemt arbeidsavtale er i utgangspunktet en avtale om fast ansettelse. Konklusjonen her viser imidlertid at tilsigelsesavtaler er avtaler om løpende, kortvarig midlertidig ansettelse.

Dette kan derfor virke som et paradoks. I virkeligheten er dette likevel, etter min mening, ikke problematisk. Det er ikke lovstridig for arbeidsgiver å inngå en tidsubegrenset arbeidsavtale med en arbeidstaker, der arbeidstaker skal arbeide ved behov. Det er den *enkelte tilkalling* som retts teknisk er en avtale om midlertidig ansettelse.

Når tilkallingene av arbeidstakeren går ut over de grenser som stilles i medhold av lovens bestemmelser om midlertidig ansettelser, først da er arbeidsavtalen ulovlig. En

tilsigelsesavtale er derfor i realiteten en opsjon for arbeidsgiveren til å benytte tilkallingshjelpen når det er et midlertidig behov for ham eller henne, og behovet kan hjemles i aml. § 14-9, bokstav a eller b. Bruken av tilkallingshjelpen utover dette er et misbruk av denne arbeidsavtaleformen, og det er misbruket rettsreglene er ment å ramme.

Slik det fremgår av fremstillingens punkt 1.2 er det flest kvinner som jobber som ekstrahjelper i Norge¹²⁶. Det fremgår også av statistikken jeg viser til at det er flest unge arbeidstakere som er ansatt som ekstrahjelper. Jeg har ikke funnet en konkret statistikk på om det er ønskelig fra denne arbeidstakergruppens side ikke å være fast ansatt, eller om de ser seg tvunget til å jobbe som ekstrahjelper grunnet problemer med å få fast ansettelse. For mange arbeidstakere kan en tilsigelsesavtale være hensiktsmessig, fordi det ikke passer med ens livssituasjon å være i fast arbeid. Imidlertid er det alltid et samfunnsmessig ønske om å få flest mulig arbeidstakere i fast arbeid, så langt dette er mulig.

¹²⁶ Jeg understreker igjen at jeg ikke har funnet konkret statistikk over antall arbeidstakere er ansatt på tilsigelsesavtale

KILDEREGISTER

Lover:

Arbeidervernloven: Lov om arbeidervern av 19. juni 1936 nr. 8 (opphevet)
Lov om arbeidervern av 7. desember 1956 nr. 2
(opphevet)

Arbeidsmiljøloven: Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. av 4. februar
1977 nr. 4 (opphevet)
Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av
17. juni 2005 s. 92

Lovforarbeider:

Odelstingsproposisjoner:

Ot.prp.nr.41 (1975-1976)

Ot.prp.nr.50 (1993-1994)

Ot.prp.nr.78 (1993-1994)

Ot.prp.nr.70 (1998-1999)

Ot.prp.nr.49 (2004-2005)

Ot.prp.nr.54 (2008-2009)

Odelstingsinnstillinger:

Innst.O.nr.2 (1994-1995)

Proposisjoner til Stortinget:

Prop. 104 L (2009-2010)

Norges offentlige utredninger

NOU 1999:34

NOU 2004: 5

Avgjørelser fra Høyesterett:

Rt. 1985 s. 1141

Rt. 1986 s 879

Rt. 1989 s. 1116

Rt. 1997 s. 277

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 2001 s. 418

Rt. 2001 s. 1413

Rt. 2005 s. 826

Rt. 2006 s. 1158

Rt. 2009 s. 685

Rt. 2009 s. 1465

Traktater:

EØS: Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Inn tatt i Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 27. november 1992 nr. 109

Direktiv:

Rådskildirektiv 1993/104/EC av 23. november 1993 om visse aspekter ved organiseringen av arbeidstid

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

Rådskildirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid

Litteratur:

Fanebust:

Arne Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 3. utgave, Oslo 1995

Friberg:

Odd Friberg, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer av Odd Friberg*, Oslo 6. utgave Oslo 1970

Odd Friberg, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer av Odd Friberg*, Oslo 1978

Jakhelln:

Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Oslo 2006

Johansen, Stueland:

Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland, *Arbeidsmiljøloven kommentarer og praksis*, Oslo 2011

Jakhelln, Aune, Kroken og Leth:

Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Leth, *Arbeidsrett.no*, 3. utgave, Oslo 2011

Artikler i tidsskrift:

Jenum Hotvedt

Marianne Jenum Hotvedt, «Utvikling eller brudd? Når diskrimineringsvern møter arbeidstakervern», *Arbeidsrett og Arbeidsliv*, 6. bind 2012

Frogner

Frogner, Marit, ««Tilsligelsesavtaler» - kommentarer til Høyesteretts dom av 27. juni 2005», *Arbeidsrett*, nr. 04 2005, s. 237-242

Evju:

Stein Evju, «Tilsligelsesavtaler – omgåelse av midlertidig ansettelse – Høyesteretts dom 27. juni 2005 (HR-2005-01028-A)», *Nytt i Privatretten*, nr. 03 2005, s. 2

Fougner:

Fougner, Jan: «Læren om fast ansettelse ved varig behov» (2009), *Arbeidsrett*, nr. 02 2009, s. 98-102

Kilder fra Internett

SSBs Statistikkbank:

Arbeidskraftsundersøkelsen 2011, tabell 08477

(Midlertidige ansatte, etter kjønn og ansettelsestype):

http://statbank.ssb.no/statistikkbanken/Default_FR.asp?Productid=06.01&PXSid=0&nvl=true&PLanguage=0&tilside=selecttable/MenuSelP.asp&SubjectCode=06

Sist besøkt: 29.11.12 kl. 15.38

Artikkel SSB: Link til arbeidskraftsundersøkelsen

Tilleggsundersøkelsen om arbeidstidsordninger, 2. kvartal 2004, av Tor Petter Bø, 23. november 2004:

http://ssb.no/vis/magasinet/slik_lever_vi/art-2004-11-23-01.html

Sist besøkt: 29.11.12 kl. 15.38

Artikkel EWCO: Link til rapport fra EWCO (2010):

“Flexible forms of work: ‘very atypical’ contractual arrangements”:

<http://www.eurofound.europa.eu/ewco/studies/tn0812019s/tn0812019s.htm>

Sist besøkt: 29.11.12 kl. 15.37

NHO Service: Link til rapport om bemanningsbransjen fra 2011

Verdt å vite om bemanningsbransjen

<http://www.nhoservice.no/getfile.php/Filer/Dokumenter%20Bemanningsbransjen/Verdt%20%E5%20vite%20om%20bemanningsbransjen%202011-2012.pdf>

Sist besøkt 26.11.12 kl. 10.45

NHO Standardavtale: Link til standardavtalen på NHOs hjemmesider:

Standardavtale uten garantilønn:

<http://www.nhoservice.no/article.php?articleID=258&categoryID=227>

Sist besøkt: 29.11.12 kl. 15.36

Foredrag av Karen Sophie Steen: Link til foredrag under Oslofjordkonferansen 05.05.09:

Faste ansettelser i bemanningsbyråer- blindspor eller realistisk krav?

http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CDkQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.bygningsarbeider.no%2Fsites%2Fbygningarbeider.no%2Ffiles%2Fvedlegg%2FKaren%2520Sophie%2520Steen.%2520Faste%2520ansetelser%2520i%2520bemanningsbyr%25C3%25A5er.%2520Oslofjordkonferansen%2520mai%252009.ppt&ei=oT2zUOnxNrGM0wX9_YHYDA&usg=AFQjCNFQ8hOBdbvReUIaXvlnB30oZeWZ8Q&sig2=vJEeS6EPfLylBMcnObNLfA

Sist besøkt 26.11.12 kl. 11.00