Arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstav f

”Om innføring av generell adgang til midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven og betydningen for norsk retts oppfyllelse av kravene i Rådsdirektiv 1999/70/EF”

Kandidatnummer: 276

Antall ord: 13909

JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2015

Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING 4

1.1. Presentasjon av oppgavens tema og problemstilling 4
1.1.1. Omfanget av midlertidige ansettelser i Norge 2015 5

1.2. Avgrensning 5

1.3. Sentrale begreper 6

1.4. Hensyn bak reglene 6
1.4.1. Hensyn som ivaretas av aml. § 14-9 første ledd bokstav f 6
1.4.2. Fleksibilitet ved usikkerhet knyttet til arbeidskraftsbehovet 6
1.4.3. Fleksibilitet ved usikkerhet knyttet til arbeidstakers egnethet 7

2 HISTORISK UTVIKLING AV REGLENE OM MIDLERTIDIG ANSETTELSE I NORSK RETT 7

2.1. Utviklingen av begrensninger i adgangen til å avtale midlertidig ansettelse 8

2.2. Tidligere forslag om generell adgang til midlertidig ansettelse 9

3 RETTSKILDER 10

3.1. Norsk rett 10
3.1.1. Den nye generelle hjemmelen 10
3.1.1.1. Krav til maksimal ansettelsesperiode 10
3.1.1.2. Kvotebegrensning 11
3.1.1.3. Karantenebegrensning 11
3.1.2. Begrensning for hvor lenge den enkelte kan være midlertidig ansatt - fireårsregelen/treårsregelen 12

3.2. EU-rettens grenser for nasjonal rett om midlertidig ansettelse 12
3.2.1. Midlertidig ansettelsesdirektivet 12
3.2.2. Rettspraksis etter direktivet 13

4 MIDLERTIDIG ANSETTELSE PÅ GENERELT GRUNNLAG ETTER NORSK RETT 14

4.1. Midlertidig ansettelse første gang på generelt grunnlag - hvilken type stilling? 14

4.2. Karanteneregelen 15
4.2.1. Krav til stillingen som kan hindre at karantenetid inntrer 15
4.2.1.1. Videreføring i fast stilling - krav til omfang og arbeidsoppgaver 15
4.2.1.2. Videreføring i midlertidig stilling på annet grunnlag 17
4.2.1.2.1. Krav til omfang og arbeidsoppgaver 17
4.2.1.2.2. Krav til varighet? 18
4.2.2. Den inntrådte karantenens omfang 19
4.2.2.1. ”Arbeidsoppgaver av samme art” 19
4.2.2.2. ”Virksomhet” og enheter 20
4.2.2.2.1. Begrepet ”virksomhet” 20
4.2.2.2.2. Mulighet for avgrensning til enheter - en omgåelsesadgang? 20
4.2.2.2.3. Mulighet for avgrensning til enheter - håndheving og kontroll 21
4.2.2.3. Ny arbeidstaker til ansettelse som omfattes av karantenen - håndheving 22

4.3. Kvoteregelen **23**
4.3.1. Beregning 23
4.3.2. Rettsvirkninger ved brudd på kvoteregelen 24
4.3.3. Håndheving av kvoteregelen 25

5 FORHOLDET MELLOM DEN NORSKE ADGANGEN TIL MIDLERTIDIG ANSETTELSE OG EU-RETTEN **25**

5.1. Presentasjon av klausul 5 **25**

5.2. Forholdet mellom aml. § 14-9 første ledd bokstav f og EU-direktivet **26**
5.2.1. Beskyttelse ved karantene 26
5.2.2. Beskyttelse ved kvote 28

5.3. Gir treårsreglen tilstrekkelig beskyttelse mot misbruk? **29**
5.3.1. Fire-/treårsregelen og klausul 5 punkt b 29
5.3.2. EU-kommisjonens kritikk av svensk rett 29
5.3.3. Kravet til ”sammenhengende” ansettelse 30
5.3.3.1. Betydningen av opphold mellom ansettelsesforhold 30
5.3.3.2. Fravær ved arbeidstakers sykdom og lignende 32
5.3.3.3. Midlertidige ansettelser på grunnlag som ikke omfattes av fire- og treårsregelen 32
5.3.3.4. Konklusjon 34

6 NOEN PERSPEKTIVER **34**

6.1. Utvidelse av prøvetidsreglene som alternativ **35**

6.2. Økt sysselsetting og flere faste ansettelser? **36**

1 Innledning

1.1. Presentasjon av oppgavens tema og problemstilling

Den 7. april 2015 vedtok Stortinget endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.(arbeidsmiljøloven(aml.))[1]. Lovendringen trer i kraft 1. juli 2015. Det innføres en ny aml. § 14-9 første ledd bokstav f(heretter bokstav f) som åpner for generell adgang til midlertidig ansettelse for en tidsbegrenset periode. Det innføres også tilhørende kvote- og karanteneregler.

Utvidet adgang til å ansette midlertidig tjener i stor grad arbeidsgiver, som er den sterkere part i arbeidsforholdet. Dette bidrar til å gjøre innføring av bokstav f politisk omstridt. Det er stor politisk uenighet om hvordan en generell adgang til midlertidig ansettelse vil innvirke på arbeidsmarkedet. Et sentralt punkt synes å være hvorvidt økt adgang til midlertidig ansettelse vil medføre økt sysselsetting med flere faste ansettelser eller om det vil føre til en situasjon der faste ansettelser erstattes med midlertidige[2].

Denne avhandlingen tar sikte på en analyse av aml. § 14-9 første ledd bokstav f og tilhørende kvote- og karantenebestemmelser. Jeg vil vurdere hvilke konsekvenser det kan få å innføre disse reglene. Herunder vil jeg se på svakheter ved lovvedtaket og problemer som vil kunne oppstå i praksis. Jeg tar utgangspunkt i ordlyd og forarbeider. Sentralt står regjeringens lovforslag i Prop. 39 L(2014-2015), som ble etterfulgt av Arbeids- og sosialkomiteens innstilling i Innst. 208 L(2014-2015). Av naturlige årsaker eksisterer det foreløpig ingen rettspraksis som kan gi tolkningsbidrag til forståelsen av de nye reglene.

Norge har internasjonale forpliktelser gjennom EØS-avtalen. Jeg vil derfor også vurdere hvorvidt norsk rett oppfyller kravene i Rådsdirektiv 1999/70/EF etter innføring av generell adgang til midlertidig ansettelse.

Hovedregelen i arbeidsmiljøloven er at arbeidstaker skal ansettes fast, jf. aml. § 14-9 første ledd. Dersom arbeidstaker skal sies opp må dette være ”saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold”, jf. aml. § 15-7 første ledd. Stillingsvernsreglene skal ivareta viktige formål med arbeidsmiljøloven. Særlig skal reglene ”sikre trygge ansettelsesforhold”, jf. aml. § 1-1 bokstav b.

Reglene om stillingsvern gjelder for faste ansatte. Reglene gjelder også for en midlertidig ansatt gjennom den avtalte arbeidsperioden, jf aml. § 14-9 femte ledd nytt andre punktum. En midlertidig ansettelse er imidlertid tidsbegrenset. Det innebærer at arbeidstaker ikke er beskyttet av stillingsvernsreglene ved utløpet av den avtalte arbeidsperioden, jf. aml. § 14-9

---

[1] Endres ved Lov 24. april 2015 nr. 20 om endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold)

[2] LO, Høring, referanse: 14/2874-22 440.01/NIKR, side7 og prop. 39 L(2014-2015) s. 109

femte ledd første punktum. Hensynet til arbeidstaker tilsier derfor at arbeidsgivers adgang til å ansette midlertidig bør begrenses.

De øvrige reglene som gir adgang til å ansette arbeidstaker midlertidig fremgår av aml. § 14-9 første ledd bokstav a-e. Dette gjelder når arbeidet er av midlertidig karakter, ved vikariat, i praksisarbeid, for deltakere i arbeidsmarkedstiltak og for ledere i den organiserte idretten.

1.1.1. Omfanget av midlertidige ansettelser i Norge 2015

I følge Statistisk sentralbyrås Arbeidskraftsundersøkelse var totalt 7,2 % av alle arbeidstakere midlertidig ansatt i 1. kvartal 2015. Bruk av midlertidige ansettelser er mest utbredt i undervisnings-, helse- og sosialsektoren. I disse to sektorene, arbeidet henholdsvis 12 og 11 prosent av de ansatte midlertidig per 1. kvartal 2015. Midlertidige ansettelser er også utbredt i overnattings- og serveringsvirksomhet. I denne sektoren var 7,8 % midlertidig ansatt per 1. kvartal 2015[3].

Forarbeidene til bokstav f viser at andelen midlertidige ansatte varierer i ulike deler av befolkningen. Omtrent 60 % av de midlertidig ansatte er kvinner. Blant arbeidstakere under 25 år er nær 25 % midlertidig ansatt. Når det gjelder innvandrere er andelen 14 %[4].

Grunnlagene for midlertidige ansettelser fordeler seg slik at i ”overkant av 40 prosent av de midlertidige ansatte er i vikariater, i underkant av 20 prosent er i engasjement eller i prosjektansettelse, 16-18 prosent er ekstrahjelp og i overkant av 10 prosent er i en lærling- eller praktikantstilling. Under 1 prosent av de midlertidig ansatte er deltakere på arbeidsrettede tiltak”[5].

1.2. Avgrensning

Oppgaven omhandler midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljøloven. Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn(tjenestemannsloven), som regulerer ”arbeidstakere tilsatt i statens tjeneste”, jf. lovens § 1 nr. 1, behandles ikke.

Jeg avgrenser videre mot andre ”atypiske arbeidsforhold”, som åremålsansettelse og innleie av arbeidstakere.

Oppgaven vil drøfte de materielle vilkår for midlertidig ansettelse etter de nye reglene. Drøftingsplikten, jf. aml. § 14-9 første ledd siste punktum, vil kort bli omtalt, men blir ikke undergitt noen inngående behandling.

En ytterligere reell begrensning for bruken av ansettelse etter § 14-9 første ledd bokstav f, er at det ikke kan inngås individuell avtale om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden for de som ansettes på dette grunnlag[6]. Dette behandles ikke nærmere i oppgaven.

---

[3] SSB, Arbeidskraftsundersøkelsen, 1. kvartal 2015, (30. april 2015), http://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/statistikker/aku/kvartal/2015-04-30
[4] Prop. 39 L(2014-2015) s. 97
[5] Prop. 39 L(2014-2015) s. 97-98
[6] Prop. 39 L(2014-2015) s. 112

1.3. Sentrale begreper

Stillingsvernsreglene skal balansere styrkeforholdet mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren. Partene er henholdsvis rettighets- og pliktsubjekt etter reglene om midlertidig ansettelse. Avgrensningen av arbeidstaker- og arbeidsgiverbegrepet følger vanlig arbeidsrettslig terminologi, jf. aml. § 1-8.

Virksomhetsbegrepet er et sentralt begrep, blant annet for å angi virkeområdet for begrensningene knyttet til den nye bokstav f. Dette behandles nærmere i avsnitt 4.2.2.2 og 4.3.1.

1.4. Hensyn bak reglene

Adgangen til å fravike stillingsvernsreglene skaper et spenningsfelt ved reglene om midlertidig ansettelse. Hovedhensynene som står mot hverandre ved bruk av midlertidig ansettelse er på den ene siden hensynet til arbeidsgivers behov for fleksibilitet. På den andre siden står arbeidstakers behov for stabilitet og trygghet i arbeidsforholdet.

I de følgende avsnittene skal jeg redegjøre for de hensynene som skal ivaretas av bokstav f. Jeg presenterer også andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven som ivaretar de samme hensynene. Poenget er å se på hvordan bokstav f vil forholde seg til de allerede eksisterende reglene.

1.4.1. Hensyn som ivaretas av aml. § 14-9 første ledd bokstav f

Utvidet adgang til midlertidig ansettelse ivaretar generelt hensynet til arbeidsgivers behov for fleksibilitet. Arbeidsgiver har behov for fleksibilitet på flere måter. Det kan være for å redusere risikoen ved ansettelse når det er usikkerhet knyttet til arbeidstakers egnethet[7]. Videre kan det være usikkerhet knyttet til behovet for arbeidskraft, særlig i en oppstartsfase eller ved en omorganisering[8].

Bokstav f oppstiller ingen vilkår for anvendelse utover en tidsbegrensning på 12 måneder, se nærmere om dette i avsnitt 3.1.1.1. Så lenge bestemmelsen ikke oppstiller noen vilkår, vil bokstav f kunne ivareta arbeidsgivers behov for fleksibilitet knyttet til både usikkerhet ved arbeidstakers egnethet og arbeidskraftbehovet. Målet er at den økte fleksibiliteten skal gjøre at arbeidsgiver våger å ta sjansen på å ansette usikre arbeidssøkere som sliter med å komme seg inn på arbeidsmarkedet[9].

1.4.2. Fleksibilitet ved usikkerhet knyttet til arbeidskraftsbehovet

Arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstav a(heretter bokstav a) åpner for midlertidig ansettelse når ”arbeidet er av midlertidig karakter”. Ordlyden er endret, men uten at det er

[7] Prop. 39 L(2014-2015) s. 110
[8] Prop. 39 L(2014-2015) s. 111
[9] Prop. 39 L(2014-2015) s. 95

ment å innebære en materiell endring[10]. Bestemmelsen ivaretar arbeidsgivers behov for å ansette midlertidig ved varierende arbeidskraftsbehov. Dette gjelder ved sesongsvingninger og ved korte, uforutsigbare situasjoner[11]. Bokstav f og bokstav a ivaretar dermed det samme behovet hos arbeidsgiver.

Bokstav f åpner også for at arbeidsgiver kan ansette arbeidstaker midlertidig ved usikkerhet om arbeidskraftbehovet i en oppstartsfase og ved omorganisering[12]. Det er imidlertid uttrykkelig presisert i forarbeidene til bokstav a at bestemmelsen ikke hjemler midlertidig ansettelse "ved usikkerhet om eventuell fremtidig reduksjon i arbeidsmengde, omorganisering eller lignende"[13].

Det er dermed klart at bokstav f utvider virkeområdet for midlertidige ansettelser sammenliknet med bokstav a. Bokstav f går lenger i å ivareta arbeidsgivers behov for fleksibilitet til å kunne tilpasse arbeidsstokken ved behov. Kombinert med at bokstav f ikke oppstiller vilkår for anvendelse, er det grunn til å anta at bestemmelsen i stor utstrekning vil gjøre bokstav a overflødig.

1.4.3. Fleksibilitet ved usikkerhet knyttet til arbeidstakers egnethet

I arbeidsmiljøloven er det prøvetidsreglene, jf. aml. § 15-6, som til nå har ivaretatt arbeidsgivers behov for fleksibilitet i ansettelsen ved usikkerhet knyttet til arbeidstakers egnethet for stillingen. Bokstav f bryter med denne tradisjonen.

Bokstav f utvider i praksis tidsrommet der arbeidsgiver kan prøve ut arbeidstakers egnethet, uten å måtte ansette vedkommende fast. Arbeidsgiver kan ansette arbeidstaker midlertidig på generelt grunnlag i inntil tolv måneder, se avsnitt 3.1.1.1. Prøvetid kan avtales for en periode på inntil seks måneder, jf. aml. § 15-6 tredje ledd. Bokstav f legger dermed til rette for at arbeidsgivers behov for fleksibilitet i større grad kan vektlegges enn den tidligere rettstilstanden åpner for.

Bokstav f kan imidlertid bare brukes en gang i en og samme stilling. Dersom en arbeidstaker ikke er egnet for stillingen, kan ikke arbeidsgiver prøve ut en annen arbeidstaker i samme stilling med grunnlag i bokstav f. Dette på grunn av reglene om karantene, se avsnitt 3.1.1.3. Dersom arbeidsgiver ønsker å prøve ut arbeidstaker nummer to i samme stilling må vedkommende bruke prøvetidsreglene.

2 Historisk utvikling av reglene om midlertidig ansettelse i norsk rett

I dette kapittelet vil jeg foreta en presentasjon av bakgrunnen for og utviklingen av reglene som regulerer adgangen til å ansette midlertidig.

---

[10] Prop. 39 L(2014-2015) s. 118
[11] Ot.prp. nr.24(2005-2006) s. 3-4
[12] Prop. 39 L(2014-2015) s. 111
[13] Ot.prp. nr.24(2005-2006) s. 4

2.1. Utviklingen av begrensninger i adgangen til å avtale midlertidig ansettelse

Det var først ved innføring av lovfestede oppsigelsesfrister og oppsigelsesvern at behovet for regulering av adgangen til å ansette arbeidstaker midlertidig oppsto. Det var på dette tidspunktet at det oppsto en fare for at arbeidsgiver forsøkte å omgå reglene om stillingsvern ved å ansette arbeidstaker midlertidig[14].

Arbeidervernloven av 1936 dekket de fleste arbeidsforhold til lands, og var den første alminnelige lov om arbeidervern[15].

I lovens paragraf 33 nr. 1 ble det innført en oppsigelsesfrist på 14 dager eller en måned. Videre oppstilte loven et saklighetskrav ved oppsigelse. For en arbeidstaker som i samme bedrift hadde vært sammenhengende ansatt i minst 3 år etter fylte 21 år, måtte oppsigelsen ha saklig grunn i "bedriftsinnehaverens, arbeiderens eller bedriftens forhold", jf. § 33 nr. 3. Med dette ble arbeidstakerne gitt en vid adgang til å få en rettslig prøving av det saklige grunnlaget for en oppsigelse[16].

Paragraf 33 nr. 1 siste ledd slo fast at oppsigelsesfristen ikke skulle gjelde for "arbeider som uttrykkelig er antatt(….) til utførelse av et bestemt arbeid av forbigående art". Lovens system må forstås slik at arbeidstakere som var ansatt til å utføre et bestemt arbeid av forbigående art, heller ikke var omfattet av saklighetskravet ved den avtalte arbeidstidens utløp.

I underrettspraksis som omhandler § 33 finner en saker der avtaler om midlertidighet er blitt underkjent. Et eksempel er Trondheim byretts dom av 21. desember 1939. Retten uttalte at adgangen til å ansette arbeidstaker til å utføre et bestemt arbeid av forbigående art bare tok sikte på "sådanne arbeidstilfelle hvor det på forhånd er klart hvilket avgrenset, bestemt arbeid det skal utføres, og dermed også klart, at når det konkrete, bestemte arbeid er utført, er også arbeidsforholdet opphørt"[17]. Muligheten for arbeidsgiver til å ansette arbeidstaker midlertidig var allerede på denne tiden tilsynelatende i en viss utstrekning begrenset. I juridisk teori er det imidlertid lagt til grunn at det bare var adgang til å sensurere slike arbeidsavtaler dersom det forelå en omgåelseshensikt[18].

Tjue år senere ble arbeidervernloven av 1936 revidert og erstattet med lov om arbeidervern av 7. desember 1956[19]. Reglene om tidsbegrensede ansettelseskontrakter ble ikke vesentlig endret. Det fulgte av lovens § 41 annet ledd at arbeidstaker som var ansatt for å utføre "et bestemt arbeid av forbigående art" kunne sies opp før utløpet av den avtalte arbeidstiden med en dags varsel.

Ved ny revisjon av arbeidervernlovgivningen ble reglene om midlertidig ansettelse inntatt i Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. av 4. februar 1977 § 58 punkt 7 annet ledd. En

---

[14] Arne Fanebust, Innføring i arbeidsrett, den individuelle del, 3. utgave, Universitetsforlaget 2013, s. 74
[15] Ot.prp. nr.50 (1993-1994) s. 32
[16] Ferdinand Rømcke, Vern mot oppsigelser i arbeidslivet-systematisk oversikt over dommer vedr. arbeidervernlovens § 33 1937-1941, Olaf Norlis forlag, Oslo 1942, s. 2
[17] Trondheim byretts dom, 21. desember 1939, sak nr. 140/39 A
[18] Odd Friberg, Arbeidsmiljøloven med kommentarer av Odd Friberg, Tanum-Norli, Oslo 1978, s. 304
[19] Ot.prp. nr. 3(1975-1976) s. 5

viktig forskjell fra tidligere var at loven nå satte eksplisitte skranker for i hvilke situasjoner det var adgang til å inngå midlertidige arbeidsavtaler[20]. Det fulgte av § 58 punkt 7 annet ledd at ansettelse for et bestemt tidsrom eller for et bestemt arbeid av forbigående art bare rettsgyldig kunne avtales når "arbeidets karakter" tilsa det. Vilkåret åpnet for midlertidige ansettelser når arbeidet hadde et tidsbegrenset preg og skilte seg fra de arbeidsoppgaver som løpende ble utført hos arbeidsgiver[21]. Paragraf 58 punkt 7 annet ledd ga også hjemmel for midlertidig ansettelse ved praksisarbeid eller vikariat.

Adgangen til midlertidig ansettelse ble strammet inn ved endringslov av 6. januar 1995 nr. 2. Flertallet i stortingskomiteen bestemte at "trygghet og stabilitet for den enkelte arbeidstaker i tråd med arbeidsmiljølovens formålsparagraf" måtte gå foran hensynet til fleksibilitet[22]. Reglene om midlertidig ansettelse ble derfor samlet i en ny § 58 A. Det ble vedtatt et tilleggskrav til "arbeidets karakter" om at "arbeidet adskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften".

Reglene ble på nytt revidert i 2005. Bestemmelsene i § 58 A ble videreført[23], og ble samlet i arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstav a-e.

2.2. Tidligere forslag om generell adgang til midlertidig ansettelse

Flere ganger tidligere har det blitt foreslått å innføre en adgang til midlertidig ansettelse på generelt grunnlag.

Ved arbeidet med revisjon av arbeidsmiljøloven i 1992 var generell adgang til midlertidig ansettelse for en viss kvote av arbeidstokken og innenfor bestemte tidsgrenser, et av flere forslag fra arbeidsmiljølovutvalget. Utvalget begrunnet forslagene med at mange virksomheter brukte midlertidige ansettelser i større utstrekning enn loven åpnet for. Flertallet i utvalget mente at det var nødvendig med en "viss justering som fanger opp en del av praksisen, men samtidig markerer klare grenser som kan følges opp"[24]. Et mindretall i utvalget mente imidlertid at utvidet adgang til midlertidig ansettelse ville resultere i svekket stillingsvern for arbeidstakerne, og ikke nødvendigvis medføre økt sysselsetting[25]. Forslagene ble ikke fulgt opp i arbeidsmiljølovutvalgets endelige lovforslag[26].

I 2003 foreslo Arbeidsdepartementet en generell adgang til å ansette en og samme arbeidstaker midlertidig i 12 måneder over en periode på tre år. Begrunnelsen for forslaget var at det kunne gi økt fleksibilitet til nyetablerte virksomheter med usikkert arbeidskraftsbehov, men også for etablerte virksomheter i forbindelse med store omstillingsprosesser. I tillegg kunne økt adgang til midlertidig ansettelse lette veien inn på arbeidsmarkedet for

[20] Odd Friberg, Arbeidsmiljøloven med kommentarer av Odd Friberg, Tanum-Norli, Oslo 1978, s. 304
[21] Ot.prp. nr 50 (1993-1994) s. 165-166
[22] Innst. O nr. 2 (1994-1995) s. 33
[23] Ot.prp. nr. 24(2005-2006) s. 5
[24] NOU 1992: 20 s. 174
[25] NOU 1992: 20 s. 174-175
[26] NOU 1992: 20 s. 242

arbeidssøkere som sto utenfor. Dette kunne gi arbeidserfaring og øke muligheten for en fast ansettelse etter en tid[27].

Forslaget ble videreført i 2004 av Arbeidslivslovutvalget[28].

Ved utarbeidelsen av arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 ble disse forslagene fulgt opp[29] og det ble vedtatt en ny § 14-9 første ledd bokstav g. Bestemmelsen åpnet for midlertidig ansettelse:

”for en periode på inntil seks måneder. Perioden kan forlenges slik at samlet ansettelsesperiode utgjør 12 måneder. Arbeidsgiver kan ikke bytte ut en arbeidstaker ved å ansette en ny arbeidstaker for å utføre det samme arbeidet”.

Før Arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 trådte i kraft, skjedde et regjeringsskifte. Det nye Stortinget opphevet den generelle adgangen til midlertidig ansettelse. Begrunnelsen var at bestemmelsen brøt med hovedregelen i norsk arbeidsrett om at ansettelser skal være faste. I tillegg mente departementet at det ikke var dokumentert at generell adgang til midlertidig ansettelse var et godt virkemiddel for å oppnå et mer inkluderende arbeidsliv[30].

3 Rettskilder

3.1. Norsk rett

Arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd første punktum angir hovedregelen om at arbeidstaker skal ansettes fast. Fast ansettelse vil si at arbeidsavtalen er tidsubegrenset og at arbeidstaker er omfattet av det alminnelige oppsigelsesvernet. Se også innledningsvis i avsnitt 1.1. Adgang til å fravike hovedregelen har frem til nå vært gitt i § 14-9 første ledd bokstav a-e. Den nye bokstav f vil inngå som et ytterligere unntak fra hovedregelen om fast ansettelse.

3.1.1. Den nye generelle hjemmelen

3.1.1.1. Krav til maksimal ansettelsesperiode

Det følger av aml. § 14-9 første ledd ny bokstav f første punktum at midlertidig ansettelse kan avtales

”for en periode på inntil tolv måneder”.

Ordlyden i bokstav f oppstiller ingen vilkår for at arbeidsgiver skal kunne ansette arbeidstaker midlertidig. Den hjemler dermed midlertidig ansettelse uavhengig av om arbeidsoppgavene er

[27] Ot.prp. nr. 12(2003-2004) s. 18
[28] NOU 2004: 5 s. 300
[29] Ot.prp. nr. 49(2004-2005) s. 215
[30] Ot.prp. nr 24(2005-2006) s. 4

av tidsavgrenset eller varig karakter[31]. Dette er et brudd med de øvrige grunnlagene for midlertidig ansettelse i aml. § 14-9 første ledd, som tillater midlertidig ansettelse når arbeidet er av midlertidig karakter, se avsnitt 2.1.

Midlertidig ansettelse etter bokstav f kan avtales for inntil 12 måneder. Arbeidsgiver har mulighet til å forlenge arbeidsperioden dersom den i utgangspunktet ble inngått for et kortere tidsrom. Samlet må ansettelsen etter bokstav f likevel ikke overstige 12 måneder[32].

Det er to viktige begrensninger knyttet til den generelle adgangen til midlertidig ansettelse. Disse presenteres nedenfor. Formålet med begrensningene er å hindre at "varige arbeidsoppgaver utføres av en eller flere midlertidig ansatte over tid"[33]. I praksis innebærer dette, til tross for bestemmelsens ordlyd, at bokstav f primært må anvendes ved midlertidige behov.

3.1.1.2. Kvotebegrensning

Den første begrensningen er kvoteregelen. Det følger av aml. § 14-9 første ledd ny bokstav f andre punktum at

"[s]like avtaler kan omfatte inntil 15 prosent av arbeidstakerne i virksomheten, avrundet oppover, likevel slik at det kan inngås avtale med minst én arbeidstaker".

Kvoteregelen setter et tak på antall ansatte i virksomheten som kan være ansatt på grunnlag av bokstav f til enhver tid. Regelen om at minst en arbeidstaker kan være ansatt på dette grunnlaget er gitt av hensyn til små bedrifter der praktisering av 15%-grensen ville medføre at ingen arbeidstaker kunne ansettes midlertidig på generelt grunnlag.

3.1.1.3. Karantenebegrensning

Den andre begrensningen er karanteneregelen i aml. § 14-9 nytt syvende ledd. Det følger av bestemmelsen at

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

Karanteneregelen avskjærer at samme eller annen arbeidstaker kan ansettes etter bokstav f de neste 12 månedene, fra og med første arbeidsdag etter at arbeidsforholdet som utløste karantenen opphører. Kravet på 12 måneder er absolutt, slik at lengden på arbeidsperioden som "utløste" karantenen er uten betydning. Departementet begrunner dette med at de ikke ønsker å bidra til økt bruk av kortvarige, midlertidige ansettelser[34]. Dersom flere i

---

[31] Prop. 39 L(2014-2015) s. 111
[32] Prop. 39 L(2014-2015) s. 113
[33] Prop. 39 L(2014-2015) s. 111
[34] Prop. 39 L(2014-2015) s. 113

virksomheten er ansatt etter bokstav f til å utføre arbeidsoppgaver av samme art, vil 12 måneders karantene inntre hver gang arbeidsgiver velger å avslutte et av disse arbeidsforholdene. Dette innebærer at det vil kunne bli overlappende karanteneperioder[35].

Karantene inntrer ikke dersom arbeidstaker tilbys videre fast ansettelse eller ansettelse på et annet midlertidig grunnlag etter § 14-9 første ledd bokstav a-e i virksomheten. Det samme gjelder dersom arbeidstaker takker nei til videre ansettelse eller selv går til oppsigelse før den avtalte arbeidsperioden er over[36].

I første del av hoveddelen skal jeg analysere bokstav f, samt kvote- og karantenereglene.

3.1.2. Begrensning for hvor lenge den enkelte kan være midlertidig ansatt - fireårsregelen/treårsregelen

Retten til fast ansettelse etter fire år sammenhengende som midlertidig ansatt på grunnlag av aml. § 14-9 første ledd bokstav a og b, ble innført i aml. av 17. juni 2005 § 14-9 femte ledd andre punktum, i tråd med prinsippene i tjenestemannsloven[37]. Bestemmelsen ble vedtatt videreført ved lovens ikrafttredelse 1. januar 2006[38].

I forarbeidene ble innføring av fireårsregelen begrunnet med at den kunne bidra til å understreke hovedregelen om fast ansettelse, og at midlertidige ansettelser var forbeholdt midlertidige behov. Dette skulle forhindre at arbeidstakere ble værede i "evigvarende" midlertidige kontrakter. Det ble også vist til kravene som fulgte av EU-direktivet om midlertidig ansettelse[39]. Departementet mente at en fireårsperiode ville ivareta hensynet til arbeidstaker og samtidig gi nok fleksibilitet for arbeidsgiver. En midlertidig ansettelse over fire år var en indikasjon på et permanent arbeidskraftsbehov. Det ble derfor ansett som rimelig at vedkommende arbeidstaker på dette tidspunktet ble beskyttet av kravet til saklig oppsigelse i loven[40].

Bestemmelsen er nå vedtatt endret i aml. § 14-9 nytt sjette ledd. Det må legges til grunn at forarbeider knyttet til den tidligere aml. § 14-9 femte ledd andre punktum også er relevant for tolkningen av den nye regelen. Det gjelder nå to ulike frister, på henholdsvis tre og fire år. Virkeområdet er utvidet til også å omfatte bokstav f. Dette behandles nærmere i hoveddelens kapittel 5.3.

3.2. EU-rettens grenser for nasjonal rett om midlertidig ansettelse

3.2.1. Midlertidig ansettelsesdirektivet

Forhandlinger mellom arbeidslivets parter i EU resulterte i en avtale om midlertidig ansettelse av 18. mars 1999. Kommisjonen utarbeidet et forslag til direktiv om midlertidig ansettelse,

[35] Prop. 39 L(2014-2015) s. 114
[36] Prop. 39 L(2014-2015) s. 113-114
[37] Ot.prp. nr. 49(2004-2005) s. 218
[38] Ot.prp. nr. 24(2005-2006) s. 5
[39] Ot.prp. nr. 49(2004-2005) s. 218
[40] Ot.prp. nr. 49(2004-2005) s. 218

som rådet vedtok den 28. juni 1999. Rådsdirektiv 1999/70/EF(heretter direktivet) hadde rammeavtalen mellom arbeidslivspartene som vedlegg[41]. Det ble avgjort i EØS-komiteen 12. mai 2000 å gjøre direktivet til en del av EØS-avtalen. Stortinget samtykket til dette 14. november samme år i St.prp. nr. 2(2000-2001). Direktivet trådte i kraft 10. juli 2002[42].

Bakgrunnen for direktivet er "Sosialpakten" som ble vedtatt i 1989. Pakten er en "videreføring av medlemsstatenes arbeid med å skape felles minsteregler innen EU i sosial- og arbeidsmarkedspolitikk"[43].

Av rammeavtalens klausul 1 følger at formålet med rammeavtalen, og dermed også direktivet, er å "bedre kvaliteten på midlertidig ansettelse ved å sikre prinsippet om likebehandling", jf. bokstav a. Videre er formålet å "opprette en ramme for å hindre misbruk som følge av at det benyttes gjentatte midlertidige arbeidsavtaler eller ansettelsesforhold", jf. bokstav b. Det må samtidig tas hensyn til fleksibilitet i arbeidslivet. Videre oppstiller direktivet kun minimumskrav til nasjonal lovgivning på området. Dette innebærer at arbeidstakerne kan gis bedre vilkår enn det direktivet krever[44].

Det følger av rammeavtalens klausul 2 nr. 1 at avtalen gjelder for midlertidig ansatte som har "en arbeidsavtale eller et ansettelsesforhold som definert ved lov, tariffavtale eller gjeldende praksis i den enkelte medlemsstat". Dette må forstås slik at direktivet gjelder uavhengig av rettsgrunnlaget for den midlertidige ansettelsen.

Den sentrale bestemmelsen for denne avhandlingen er direktivets klausul 5. En presentasjon av klausulen og dens krav til norsk rett behandles i del 5.

3.2.2. Rettspraksis etter direktivet

EU-domstolen har tatt stilling til tolkningen av direktivets klausul 5 i flere dommer. Adeneler[45] og Angelidaki[46] er særlig aktuell for denne oppgavens problemstilling.

I Adeneler ble en sak fra en gresk domstol forelagt EU-domstolen for uttalelse som følge av tvist om de nasjonale reglene som skulle gjennomføre direktivet. Rettssaken sto mellom Adeneler og 17 andre lønnsmottakere og deres arbeidsgiver ELOG. Saksøkerne hadde over flere år vært ansatt i de samme stillingene med grunnlag i flere midlertidige kontrakter med varighet på åtte måneder. Arbeidstakerne saksøkte sin arbeidsgiver og krevde fast ansettelse i samsvar med rammeavtalen. Arbeidstakerne mente de hadde ytet stabil innsats som tilsvarte faste og varige behov[47].

---

[41] Ot.prp. nr. 64(2001-2002) s. 1
[42] Ot.prp. nr. 64(2001-2002) s. 1
[43] Ot.prp. nr. 64(2001-2002) s. 1
[44] Ot.prp. nr. 64(2001-2002) s. 1
[45] Sak C-212/04, *Konstantinos Adeneler m.fl. mod Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, Sml. 2006 s. I-06057
[46] Sak C-378/07, *Kiriaki Angelidaki m.fl. mod Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis*, Sml. 2009 s. I-03071
[47] Sak C-212/04, *Konstantinos Adeneler m.fl. mod Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, Sml. 2006 s. I-06057 (avsnitt 24-26)

I Angelidaki hadde saksøkerne, herunder Angelidaki, i 2005 inngått private ansettelsesavtaler med den lokale myndigheten Nomarchiaki Autodioikisis Rethymnis. Kontraktene var tidsbegrenset til 18 måneder og ble ikke fornyet ved utløpet. Saksøkerne gjorde gjeldende at ansettelsesforholdene i virkeligheten hadde tjent et fast og varig behov. De hevdet dermed at arbeidsgiver var forpliktet til å tilby dem faste ansettelseskontrakter[48].

4 Midlertidig ansettelse på generelt grunnlag etter norsk rett

4.1. Midlertidig ansettelse første gang på generelt grunnlag - hvilken type stilling?

Arbeidsgiver er i bokstav f gitt adgang til å ansette arbeidstaker midlertidig i inntil 12 måneder uten at det stilles vilkår.

Spørsmålet er om det gjelder noen krav til omfanget av den stillingen som arbeidstaker tilbys første gang med grunnlag i bokstav f.

Bestemmelsens ordlyd oppstiller ingen krav til omfanget av stillingen som tilbys.

Heller ikke forarbeidene til bokstav f tar opp dette spørsmålet.

Generell adgang til midlertidig ansettelse skal tjene arbeidsgivers behov for fleksibilitet knyttet til arbeidskraftsbehovet. Det er derfor naturlig å anta at manglende henvisning til spørsmålet i ordlyd og forarbeider må tolkes slik at arbeidsgiver står fritt i valget av type stilling vedkommende ønsker å tilby arbeidstaker.

De lege ferenda er spørsmålet imidlertid om det burde vært oppstilt et krav til omfanget av den stillingen som arbeidstaker tilbys første gang etter bokstav f.

En viktig begrunnelse for innføring av bokstav f er at midlertidige ansettelser kan fungere som et springbrett inn i arbeidslivet, særlig for personer med redusert arbeidsevne og usikker produktivitet[49]. Arbeids-og Sosialdepartementet viser til OECDs tallmateriale som sier at sannsynligheten for å få en fast heltidsstilling er "klart større for personer som har hatt en midlertidig stilling enn dem som har vært arbeidsledige"[50]. Dersom denne kontakten med arbeidslivet opprettes ved en midlertidig ansettelse på deltid med lav stillingsprosent eller som ekstravakt, kan tilknytningen imidlertid være så svak at springbrettformålet likevel ikke oppnås. Dette underbygges av OECDs forskning som konkluderer med at midlertidige ansettelser også kan bli en felle dersom arbeidstaker blir værende på ulike midlertidige ansettelser over tid[51]. Det er trolig større fare for å bli værende i midlertidige stillinger dersom omfanget av stillingen som tilbys er liten. En ansettelse på heltid i 12 måneder vil på den annen side kunne gi arbeidstakeren stabil og god arbeidserfaring, noe som vil være verdifullt for arbeidstaker i kampen om videre ansettelse. Av hensyn til å sikre formålet om springbretteffekt burde det stilles krav til stillingens omfang.

---

[48] Sak C-378/07, *Kiriaki Angelidaki m.fl. mod Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis*, Sml. 2009 s. I-03071 (avsnitt 32-33)
[49] Prop. 39 L(2014-2015) s. 95
[50] Prop. 39 L(2014-2015) s. 100
[51] Prop. 39 L(2014-2015) s 99-100

De lege ferenda er konklusjonen at det burde vært oppstilt et krav til omfanget av den stillingen arbeidstaker tilbys første gang etter bokstav f. Hvilken grad av frihet arbeidsgiver eventuelt skal ha når det gjelder valg av stilling som tilbys, bør avklares.

4.2. Karanteneregelen

4.2.1. Krav til stillingen som kan hindre at karantenetid inntrer

Av aml. § 14-9 nytt syvende ledd tredje punktum følger at "når en arbeidstaker som er midlertidig ansatt etter første ledd bokstav f, ikke får videre ansettelse ved avtaleperiodens utløp, starter karanteneperioden på tolv måneder".

Forarbeidene fastslår at "ved avtaleperiodens slutt, vil arbeidsgiver stå fritt til enten å avslutte arbeidsforholdet (uten å oppgi grunn), eller å videreføre ansettelsen i fast stilling, eventuelt som en midlertidig ansettelse, men på et annet rettsgrunnlag" [52].

Det må nevnes at dersom arbeidsforholdet varer utover den avtalte arbeidsperioden uten at arbeidstaker tilbys en ny avtale om midlertidig ansettelse på et annet rettsgrunnlag eller fast stilling, kan arbeidstaker gå til søksmål og kreve fast ansettelse etter aml. § 14-11[53]. I slike tilfeller utløses ikke karantenen.

I det videre skal jeg analysere hvilke krav som må stilles til den faste ansettelsen eller den midlertidige ansettelsen på annet grunnlag, for at den skal oppfylle vilkåret "videre ansettelse".

4.2.1.1. Videreføring i fast stilling - krav til omfang og arbeidsoppgaver

Spørsmålet er hvilket omfang den faste stillingen må ha for å hindre at karantene inntrer.

Ordlyden "videre ansettelse" er tvetydig. En videre ansettelse kan forstås som at omfanget må være det samme som stillingen som videreføres. Samtidig taler ordlyden om videre *ansettelse*, ikke en videreføring av stillingen. En ansettelse kan omfatte ulike typer av stillinger.

Forarbeidene til aml. § 14-9 syvende ledd er tause om spørsmålet.

Som nevnt kunne arbeidsgiver ha valgt å avslutte arbeidsforholdet eller tilby en midlertidig stilling. Ut fra en "fra det mer til det mindre"-argumentasjon kan det hevdes at det da ikke kan stilles krav til omfanget av den faste stillingen som arbeidsgiver tilbyr.

På den annen side har arbeidsgiver en fordel ved å kunne avskjære karantenen som er ment å beskytte arbeidstaker. Dette tilsier at det likevel bør stilles krav til omfanget av den faste stillingen som tilbys. Som ved første gangs midlertidige ansettelse på generelt grunnlag er det stor forskjell for arbeidstaker å bli tilbudt videre ansettelse på heltid, deltid eller som ekstravakt.

---

[52] Prop. 39 L(2014-2015) s. 112
[53] Prop. 39 L(2014-2015) s. 114

En mulighet for arbeidsgiver til å avskjære karantenen ved å tilby arbeidstaker, som har arbeidet heltid i 12 måneder, en stilling som ekstravakt, vil i stor grad tjene arbeidsgivers behov for fleksibilitet. Dette kommer særlig på spissen dersom det er usikkerhet knyttet til arbeidstakers egnethet. Arbeidsgiver kan da ansette en usikker arbeidstaker i 12 måneder og dersom arbeidsgiver ikke er fornøyd, kan vedkommende arbeidstaker tilbys en videre ansettelse som ekstravakt. Dersom denne typen ansettelse avskjærer karantenetiden, kan arbeidsgiver ansette en ny arbeidstaker til å utføre arbeidsoppgaver av samme art i virksomheten, og dermed prøve ut om denne arbeidstakeren fungerer bedre. Her ser man en mulighet for at permanente arbeidsoppgaver utføres av flere midlertidige ansatte, samtidig som arbeidsgiver kan prøve ut ulike arbeidstakere med minimal risiko. Denne omgåelsesadgangen taler for at arbeidstaker må tilbys samme type stilling for at karantenen skal avskjæres.

Av hensynet til forutberegnelighet for arbeidstaker, sammenheng i regelverket og karantenebegrensningens effektivitet er det beste at den faste stillingen som avskjærer karantenen er av samme omfang som stillingen i den forutgående avtaleperioden. Dette er trolig også den mest nærliggende tolkningen ut fra ordlyden.

Som nevnt i avsnitt 1.1 og 1.4, er adgangen til midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven begrenset av hensyn til arbeidstaker. Derfor bør ikke reglene være til hinder for at arbeidstaker kan tilbys en stilling av *større* omfang som samtidig avskjærer karantenen. Hensynene som taler for at stillingen som tilbys bør være av samme omfang som i den allerede arbeidede perioden gjør seg ikke gjeldende i en slik situasjon. Dette forutsetter selvsagt at arbeidstaker har anledning og ønsker en stillingsutvidelse. I motsatt fall vil det være uheldig dersom arbeidsgiver kan avskjære karantenen ved å tilby en stilling som er av større omfang enn arbeidstaker har anledning til å akseptere. Faren for omgåelse vil i en slik situasjon være stor.

Neste spørsmål er om vilkåret ”videre ansettelse” forutsetter at arbeidstaker får tilbud om å utføre de samme arbeidsoppgaver som vedkommende utførte i den første avtalte arbeidsperioden etter bokstav f.

Ordlyden er uklar, men det er nærliggende å tolke den slik at arbeidstaker må få tilbud om arbeidsoppgaver som ligger innenfor den opprinnelige arbeidsavtalens ramme. Samtidig taler ordlyden om videre *ansettelse*, ikke en videreføring av arbeidsoppgavene. En ansettelse kan omfatte ulike typer av arbeidsoppgaver.

Forarbeidene til aml. § 14-9 syvende ledd behandler ikke spørsmålet.

Hensynet til forutberegnelighet for arbeidstaker tilsier at stillingen som avskjærer karantenen langt på vei bør omfatte arbeidsoppgaver av samme art som stillingen i den avtalte arbeidsperioden. Noen endringer må kunne tolereres, men det vil være uheldig dersom arbeidsgiver skal kunne unngå karantenen ved å tilby arbeidstaker en videre ansettelse i en helt annen stilling enn det vedkommende har arbeidet i under den avtalte arbeidsperioden. Særlig er dette problematisk dersom arbeidstaker tilbys en stilling med arbeidsoppgaver som vedkommende ikke ønsker eller er overkvalifisert for.

Det kan hevdes at situasjonen blir en annen dersom arbeidstaker ønsker å utføre andre typer arbeidsoppgaver. Hensynet til forutberegnelighet taler ikke mot at en videre ansettelse med

endrede arbeidsoppgaver avskjærer karantenen i en slik situasjon. Det må imidlertid være klart at arbeidstaker faktisk ønsker en slik endring av innholdet i stillingen. Det kan oppstå vanskelige bevissituasjoner her. Hensynet til en klar regel taler mot en slik løsning.

Ut fra ordlyden tolket i lys av hensynet til forutberegnelighet og karanteneregelens effektivitet, er konklusjonen at arbeidstaker må få tilbud om arbeidsoppgaver som ligger innenfor den opprinnelige arbeidsavtalens ramme, for at den videre faste ansettelsen skal kunne avskjære karantenen.

4.2.1.2. Videreføring i midlertidig stilling på annet grunnlag

4.2.1.2.1. Krav til omfang og arbeidsoppgaver

Arbeidstaker kan tilbys videre midlertidig ansettelse med grunnlag i aml. § 14-9 første ledd bokstav a-e ved utløpet av den avtalte arbeidstiden. Spørsmålet er hvilket omfang den midlertidige ansettelsen må ha for å avskjære karantenetiden.

Langt på vei gjør de samme argumentene seg gjeldende her som i drøftelsen i avsnitt 4.2.1.1. Den midlertidige stillingen som avskjærer karantenen, må være av samme omfang som arbeidstakers stilling i den arbeidede avtaleperioden med grunnlag i bokstav f.

Neste spørsmål er om ”videre ansettelse” på annet midlertidig grunnlag forutsetter at arbeidstaker får tilbud om å utføre de samme arbeidsoppgaver som vedkommende utførte i den avtalte arbeidsperioden etter bokstav f.

Ordlyden ”videre ansettelse” er noe uklar, men det er nærliggende å tolke den slik at arbeidstaker må få tilbud om arbeidsoppgaver som ligger innenfor den opprinnelige arbeidsavtalens ramme. Samtidig taler ordlyden om videre *ansettelse*, ikke en videreføring av arbeidsoppgavene. En ansettelse kan omfatte ulike typer av arbeidsoppgaver.

Forarbeidene til aml. § 14-9 syvende ledd behandler ikke spørsmålet.

En forskjell fra faste ansettelser, er at grunnlagene for midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd bokstav a-e gjelder i angitte situasjoner. Som illustrasjon brukes videreføring av stillingen i et vikariat.

Aml. § 14-9 første ledd bokstav b hjemler midlertidig ansettelse ”for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)”.

Det følger av forarbeidene at ”det er tale om et vikariat når den som vikarierer skal fylle bestemte arbeidsoppgaver eller en bestemt stilling ved andre arbeidstakeres fravær. Det kan for eksempel være sykevikariater, vikariater ved permisjoner eller ved ferieavvikling(…)”[54]. Høyesterett har uttalt at det ikke er ”ubetinget avgjørende” at den vedkommende vikarierer for er navngitt eller at lengden på vikariatet er oppgitt på forhånd[55].

---

[54] Ot.prp. nr. 49(2004-2005) s. 203
[55] Rt. 1989 s. 1116 (s. 1120)

Det er svært praktisk at den situasjonen oppstår at arbeidstaker, som har arbeidet i inntil 12 måneder etter bokstav f, tilbys en videre ansettelse i vikariat etter aml. § 14-9 første ledd bokstav b. Vikariatet innebærer at arbeidstakeren overtar en annens stilling. Denne stillingen kan omfatte de samme eller ulike arbeidsoppgaver enn det vedkommende selv utførte i den forutgående arbeidsperioden etter bokstav f.

Ved en videre midlertidig ansettelse på annet grunnlag kan det derfor ikke på samme måte som ved videre fast ansettelse kreves at arbeidstaker må få tilbud om arbeidsoppgaver som ligger innenfor den opprinnelige arbeidsavtalens ramme.

Det kan innebære en svekkelse i effektiviteten av vernet som karanteneregelen skal gi at det lett kan tenkes tilfeller der bokstav f etterfølges av en ansettelse på grunnlag av aml. § 14-9 første ledd bokstav a-e. Hvorvidt norsk rett her har tilstrekkelig vern mot gjentatte midlertidige ansettelser i tråd med EU-retten gjennom treårsregelen, behandles nærmere i avsnitt 5.3.

4.2.1.2.2. Krav til varighet?

Dersom den videre ansettelsen som avskjærer karantenetiden er fast, har arbeidstaker oppnådd alminnelig stillingsvern og kan ikke sies opp uten saklig grunn, jf. aml. § 15-7. Spørsmålet om lengden på en fast stilling er ikke aktuelt, da en fast stilling per definisjon er tidsubegrenset.

Dersom arbeidstaker tilbys en videre midlertidig ansettelse på grunnlag av aml. § 14-9 første ledd bokstav a-e, er spørsmålet hvor lang denne ansettelsen må være for å avskjære karantenen.

Ordlyden ”videre ansettelse”, jf. aml. § 14-9 syvende ledd tredje punktum, sier ikke noe om lengden på ansettelsen. En naturlig språklig forståelse tilsier at kravet er at det må tilbys en ansettelse utover den avtalte arbeidsperioden etter bokstav f.

I forarbeidene står det at ”dersom arbeidsforholdet avsluttes, inntrer en karantene”[56]. Dette gir inntrykk av at det eneste som kreves for å avverge karantenen er at arbeidsforholdet varer utover avtaleperioden etter bokstav f.

Tolket i ytterste konsekvens tilsier ordlyd og forarbeider at det kun er avslutning av arbeidsforholdet som utløser karantene, og at den midlertidige stillingens lengde er uten betydning. Resultatet vil da være at en helt kortvarig midlertidig ansettelse på annet grunnlag vil kunne avverge at karantene inntrer. Dette gjelder både for arbeidstaker som har ”utløst” karantenen og for arbeidstaker som ansettes på det tidspunktet da en eventuell karantene ville inntruffet.

De lege ferenda er spørsmålet om det bør stilles krav til den midlertidige stillingens lengde for at den skal kunne avskjære karantenetiden.

For arbeidstaker som ”utløste” karantenen er det stor forskjell på å bli tilbudt en midlertidig stilling i noen uker eller i 12 måneder. Det vil være uheldig av hensyn til vedkommende

[56] Prop. 39 L(2014-2015) s. 112

arbeidstakers stillingsvern dersom arbeidsgiver kan unngå karantenen ved å ansette vedkommende i en kortvarig midlertidig stilling. Arbeidsgiver kan da etter kort tid tilby arbeidstaker en ny midlertidig stilling på generelt grunnlag til å utføre arbeidsoppgaver av samme art.

Manglende karantene gjør at også en annen arbeidstaker kan ansettes midlertidig på generelt grunnlag til å utføre arbeidsoppgaver av samme art i virksomheten. Ansettelse av en ny arbeidstaker indikerer et permanent behov for arbeidskraft til å utføre de aktuelle arbeidsoppgavene. Dermed burde en av arbeidstakerne, eller begge, vært tilbudt en fast stilling. Det er uheldig dersom arbeidsgiver kan unngå denne plikten på grunn av uklarheter i regelverket.

Det kan ikke være meningen at karantenebegrensningen skal kunne unngås ved å tilby arbeidstakeren helt kortvarige midlertidige ansettelser på grunnlag av aml. § 14-9 første ledd bokstav a-e. Det er imidlertid slik lovtekst og forarbeider til bokstav f kan tolkes i dag. Hvorvidt det skal stilles krav til lengden på den midlertidige ansettelsen på annet grunnlag må klargjøres for å unngå en omgåelsesadgang på arbeidsgivers hånd.

4.2.2. Den inntrådte karantenens omfang

Dersom arbeidstaker som har arbeidet med grunnlag i bokstav f ikke får videre ansettelse ved utløpet av avtaletiden, starter karanteneperioden på 12 måneder, jf. aml. § 14-9 syvende ledd tredje punktum. Det er et viktig poeng at karantenebegrensningen utelukkende gjelder for nye midlertidige ansettelser på generelt grunnlag[57]. Dette innebærer at arbeidstaker i karantenetiden kan ansettes fast eller midlertidig på andre grunnlag enn bokstav f, til å utføre hvilke som helst arbeidsoppgaver i virksomheten Videre gjelder karantenen ”arbeidsoppgaver av samme art” i ”virksomheten”, jf. aml. § 14-9 syvende ledd første punktum. Arbeidstaker kan ansettes i karantenetiden på grunnlag av bokstav f såfremt det ikke dreier seg om arbeidsoppgaver av samme art i virksomheten.

I det videre skal jeg foreta en nærmere analyse av de to vilkårene som angir virkeområdet for karantenebegrensningen.

4.2.2.1. ”Arbeidsoppgaver av samme art”

En naturlig språklig forståelse av ”arbeidsoppgaver av samme art” er at det må dreie seg om arbeidsoppgaver som likner på hverandre eller er av samme type. Begrepet fremstår skjønnsmessig, uten klare grenser.

I forarbeidene presiseres at ”hva som nærmere inngår i betegnelsen «arbeidsoppgaver av samme art», vil måtte bero på en konkret vurdering. De faktisk utførte arbeidsoppgavene under den avsluttede midlertidige ansettelsen vil være kjernen i vurderingen. Men også oppgaver som ville vært naturlig å pålegge den midlertidig ansatte og som artsmessig er av samme karakter, omfattes” [58]. Momenter vil ellers kunne være organiseringen av arbeidet, ansvar, stillingsnivå, utdanning og kompetansen som kreves[59].

---

[57] Prop. 39 L(2014-2015) s. 112
[58] Prop. 39 L(2014-2015) s. 112
[59] Prop. 39 L(2014-2015) s. 112-113

Det er problematisk at vilkåret som skal angi virkeområdet for karantenebegrensningen er svært skjønnsmessig. Dette vil kunne redusere det effektive vernet som karantenebegrensningen skal gi. Det vil kunne oppstå mange grensetilfeller som er vanskelige å avgjøre. Det er en fare for at det oppstår muligheter for arbeidsgiver til å kunne tilpasse arbeidstakers oppgaver slik at karantenen unngås. Hvordan dette vilkåret skal tolkes og anvendes må imidlertid løses konkret, og det gjenstår å se hvilke tolkningsproblemer som vil oppstå i praksis.

4.2.2.2. "Virksomhet" og enheter

4.2.2.2.1. Begrepet "virksomhet"

Av § 14-9 syvende ledd første og annet punktum følger at "[r]eglene i dette ledd gjelder ansettelser etter første ledd bokstav f (….) innenfor virksomheten. Arbeidsgiver kan regne enheter med minst 50 ansatte som en egen virksomhet".

Ordlyden gir anvisning på en særlig forståelse av virksomhetsbegrepet knyttet til karanteneregelen. Dette innebærer at ikke hele virksomheten behøver å rammes av en aktuell karantene. Departementet fremhever i forarbeidene at cirka 30 % av alle arbeidstakere er sysselsatt i virksomheter med over 100 ansatte, selv om det kun er 1,5 % av virksomhetene som har over 100 ansatte[60]. Dette viser at enkelte virksomheter sysselsetter svært mange arbeidstakere. Departementet begrunner adgangen til å dele opp i enheter med at dersom "en karantene skal omfatte alle arbeidsoppgaver av samme art, f.eks. resepsjonistoppgaver, innen en kommune som omfatter mange etater, vil det etter omstendighetene bety en svært restriktiv regel"[61].

I forarbeidene presiseres videre at "[b]egrepet virksomhet er kjent i arbeidsmiljøloven(…) og betyr i denne sammenheng den juridiske enhet(…)"[62]. Det gis her en henvisning til forståelsen av virksomhetsbegrepet som gjelder i arbeidsmiljøloven. Det følger av aml. § 1-2 første ledd at loven gjelder for "virksomhet som sysselsetter arbeidstaker(…)". Virksomhetsbegrepet angir dermed selve virkeområdet for arbeidsmiljøloven. Likevel er ikke begrepet legaldefinert i loven.

Svært praktisk er imidlertid at virksomhetsbegrepet sammenfaller med arbeidsgiverbegrepet i aml. § 1-8 andre ledd. Dette følger blant annet av forarbeidene til § 1-8 andre ledd, der det fastslås at "[s]om alminnelig regel vil det rettssubjekt som er arbeidsgiver være sammenfallende med arbeidsgivers virksomhet. For de fleste praktiske tilfeller vil en virksomhet være det som etter alminnelig språkbruk er en bedrift"[63].

4.2.2.2.2. Mulighet for avgrensning til enheter - en omgåelsesadgang?

---

[60] Prop. 39 L(2014-2015) s. 113
[61] Prop. 39 L(2014-2015) s. 113
[62] Prop. 39 L(2014-2015) s. 113
[63] Ot.prp. nr. 49(2004-2005) s. 74

Spørsmålet blir om muligheten for avgrensning til enheter vil gjøre det enkelt for arbeidsgiver å omgå og tilpasse hvordan karantenetiden rammer innad i virksomheten.

Ordlyden i § 14-9 syvende ledd er taus om faren for omgåelse.

Av forarbeidene følger at det er "en forutsetning at enheter i denne sammenheng er avgrenset organisatorisk og har en realitet over tid"[64]. Denne omtalen gir inntrykk av at lovgiver er klar over faren for at avgrensninger til enheter vil kunne gjøre det mulig for arbeidsgiver å tilpasse seg, slik at karantenen kan omgås. Det fremsettes imidlertid ingen konkrete forslag til hvordan omgåelse skal unngås.

Uttalelsene i forarbeidene treffer heller ikke kjernen i problemet med å åpne for avgrensning til enheter innenfor virksomheten. Problemet er ikke i første rekke hvorvidt enheten i seg selv er avgrenset organisatorisk og har en realitet over tid, men at arbeidstakere og arbeidsoppgaver kan flyttes mellom ulike enheter. I teorien vil avgrensningsmuligheten åpne for at arbeidstaker kan ansettes midlertidig gjentatte ganger på generelt grunnlag til å utføre arbeidsoppgaver av samme art i ulike enheter, uten at karantenetiden kan hindre dette. Dermed kan arbeidsgiver tilpasse hvilke arbeidsoppgaver en arbeidstaker utfører, og hvilke enheter arbeidstaker jobber ved. På denne måten kan arbeidsgiver ha vedkommende, og andre arbeidstakere, ansatt ved gjentatte midlertidige ansettelser på generelt grunnlag. I disse situasjonene oppnås ikke formålet med karantenebestemmelsen, fordi permanente arbeidsoppgaver utføres av midlertidig ansatte.

Det fremstår som klart at det foreligger en mulig omgåelsesadgang for arbeidsgiver.

4.2.2.2.3. Mulighet for avgrensning til enheter - håndheving og kontroll

Et sentralt spørsmål er hvordan det skal håndheves at de enheter arbeidsgiver deler opp i ved ansettelse etter bokstav f, faktisk tjener loven, og ikke er et forsøk på å omgå karantenen.

Verken ordlyden i aml. § 14-9 syvende ledd, eller bestemmelsens forarbeider, gir veiledning i dette spørsmålet.

I ny aml. § 18-6 første ledd første punktum følger at Arbeidstilsynet kan gi pålegg og treffe enkeltvedtak for gjennomføring av bestemmelsene om kvoteordningen og arbeidsgivers drøftingsplikt. Det er presisert i Stortingskomiteens innstilling at "Arbeidstilsynets myndighet [ikke] vil…gi grunnlag for lovlighetskontroll av midlertidige ansettelser generelt"[65]. Arbeidstilsynet har dermed ingen myndighet til å kontrollere om oppdeling av enheter ved praktisering av karantenebestemmelsen skjer i omgåelsesøyemed.

Arbeidsgivers drøftingsplikt er angitt i ny aml. § 14-9 første ledd siste punktum. Det følger av bestemmelsen at "[a]rbeidsgiver skal minst en gang per år drøfte bruken av midlertidig ansettelse etter bestemmelsene i dette ledd med de tillitsvalgte, blant annet grunnlaget for og omfanget av slike ansettelser, samt konsekvenser for arbeidsmiljøet".

---

[64] Prop. 39 L(2014-2015) s. 113
[65] Innst. 208 L(14-15) s. 17

Bestemmelsen er endret fordi departementet mente at ved innføring av generell adgang til midlertidig ansettelse var det viktig å presisere i loven hva som er minstekravet til innholdet i drøftingsplikten[66]. Denne plikten gir en representant for de ansatte en mulighet til å få oversikt over midlertidige ansettelser som eventuelt ikke følger loven. Dette bidrar trolig til at arbeidsgiver i større grad aktivt sørger for at reglene om midlertidig ansettelse blir fulgt opp. Videre kan det medføre en mer effektiv kontroll med at arbeidsgiver ikke prøver å omgå karantenen. På den annen side innebærer ikke drøftingsplikten noen hjemmel for håndheving.

Krav på fast ansettelse og eventuelt erstatning, er hovedregelen ved brudd på reglene om midlertidig ansettelse, jf. aml. § 14-11[67]. Arbeidstaker er, i tråd med bestemmelsen, selv pålagt ansvaret om å håndheve sin rett til fast ansettelse. Det er betenkelig og fremstår lite effektivt at arbeidstaker alene skal håndheve regelen. Vedkommende har trolig små muligheter til å få oversikt over enheter og arbeidsoppgaver i virksomheten.

For å gjøre det enklere for arbeidstaker som selv må reise søksmål om sin rett til fast ansettelse, er det nå vedtatt at "grunnlaget for ansettelsen" etter § 14-9 skal fremgå av den skriftlige arbeidsavtalen, jf. aml. § 14-6 første ledd bokstav e. Arbeidstaker kan da finne frem til rettsgrunnlaget for sin ansettelse og prøve ut om vilkårene for å anvende dette er oppfylt[68]. Skriftlighetskravet vil gjøre ansettelsesforholdene mer oversiktlige, men vil trolig ikke gjøre det enklere for arbeidstaker å skaffe seg oversikt over enheter og arbeidsoppgaver i virksomheten. At ansvaret for håndheving av bestemmelsen legges til den midlertidig ansatte, vil kunne redusere det effektive vernet.

Håndheving og kontroll av aml. § 14-9 syvende ledd første og annet punktum, fremstår uklar og sørger trolig ikke i tilstrekkelig grad for et effektivt vern etter karanteneregelen.

De lege ferenda kan det hevdes at karanteneregelen vil være minst like krevende å håndheve dersom den ikke kan avgrenses til enheter. Karantenen vil da ramme arbeidsoppgaver av samme art i en virksomhet med for eksempel 1000 ansatte. Det vil være vanskelig å holde oversikt over hvilke oppgaver som er omfattet av en karantene også i en slik situasjon. Videre vil det undergrave den økte friheten, som midlertidig ansettelse på generelt grunnlag skal gi arbeidsgiver, dersom begrensningene blir for vidtgående. Dette reiser spørsmålet om karanteneregler av denne typen i det hele tatt effektivt lar seg håndheve. Også LO betviler karantenereglers effektivitet i sitt høringssvar til det tidligere lovforslaget[69].

4.2.2.3. Ny arbeidstaker til ansettelse som omfattes av karantenen - håndheving

Det følger av aml. § 14-9 syvende ledd siste punktum at "arbeidsgiver kan i karanteneperioden ikke foreta nye ansettelser som nevnt i første punktum". Det vil si ansettelser til å utføre arbeidsoppgaver av samme art innenfor virksomheten.

Det kan skje at det ansettes en eller flere nye arbeidstakere midlertidig på generelt grunnlag i karanteneperioden, til å utføre arbeidsoppgaver som er omfattet av karantenen. I slike situasjoner følger det av forarbeidene at det er den eller de arbeidstakerne som er ansatt i

---

[66] Prop. 39 L(2014-2015) s. 120
[67] Prop. 39 L(2014-2015) s. 114
[68] Prop. 39 L(2014-2015) s. 121
[69] LO, Høring, referanse: 14/2874-22 440.01/NIKR, side 9

karanteneperioden som kan gå til søksmål og kreve fast ansettelse etter aml. § 14-11. Dette begrunnes med at det er ved denne ansettelsen at bruddet på bestemmelsen skjer, og at alminnelige prosessuelle regler taler for dette[70]. Det er uklart hva som menes med alminnelige prosessuelle regler, men trolig siktes det til at den som på tidspunktet er ansatt i stillingen, lettere kan kreve seg fast ansatt.

Det fremstår klart at lovens løsning er at den som ansettes i karanteneperioden, kan kreve fast ansettelse i medhold av aml. § 14-11.

Spørsmålet er hvordan arbeidstaker som blir ansatt til å utføre arbeidsoppgaver som er omfattet av løpende karantene, skal håndheve sin rett til fast ansettelse.

Problemet er at den som ansettes midlertidig på generelt grunnlag til å utføre arbeidsoppgaver som omfattes av karantene i virksomheten, ikke nødvendigvis vet om at karantene løper, og at vedkommende dermed kan kreve fast ansettelse. Dersom vedkommende er eller blir klar over forholdet, er det en fare for at arbeidstaker, som ny og midlertidig ansatt, ikke ønsker å skape misnøye og gjennomgå belastningen ved å gå til søksmål.

Det er dermed usikkert hvor effektiv en slik søksmålsadgang, som forarbeidene gir anvisning på, er.

På den annen side er arbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og den som "utløste" karantenen avsluttet. Når arbeidstaker ikke får fortsette i virksomheten er det naturlig at forbindelsen til denne virksomheten avsluttes. Vedkommende vil dermed kanskje ikke bli klar over at en ny arbeidstaker ansettes midlertidig på generelt grunnlag til å utføre arbeidsoppgaver av samme art i virksomheten. Dersom arbeidstakeren heller ikke har noen rettigheter i slike situasjoner, har vedkommende ingen interesse i å følge opp forholdet.

Resultatet kan bli en lite effektiv håndheving som videre reduserer karantenens beskyttelse av arbeidstakere som er ansatt midlertidig på generelt grunnlag. Når hensynet til arbeidsgivers behov for fleksibilitet skal tillegges økt vekt gjennom generell adgang til midlertidig ansettelse, er det viktig at arbeidstaker beskyttes mot misbruk ved at begrensningene knyttet til bokstav f er effektive og enkle å håndheve.

4.3. Kvoteregelen

Kvoteregelen bestemmer, som nevnt i avsnitt 3.1.1.2, at maksimalt 15 % av de ansatte i virksomheten, eller minst en ansatt, kan være midlertidig ansatt på generelt grunnlag til enhver tid, jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav f andre punktum.

Kvoteregelen reiser færre tolkningsspørsmål enn karanteneregelen. I dette kapittelet vil jeg likevel ta opp enkelte sider ved bestemmelsen.

4.3.1. Beregning

Ved beregning av kvoten "tas utgangspunkt i antall arbeidstakere ansatt i virksomheten, dvs. både hel- og deltidsstillinger, samt faste og midlertidige stillinger. Innleide arbeidstakere og

[70] Prop. 39 L(2014-2015) s. 115

selvstendige oppdragstakere faller utenfor beregningsgrunnlaget. Heller ikke arbeidstakere som er i permisjon skal inkluderes i beregningen, men eventuelle arbeidstakere som vikarierer for disse vil naturligvis inngå i beregningsgrunnlaget".[71]

Kvoten på 15 prosent gjelder innen virksomheten. Virksomhetsbegrepet kan ikke på samme måte som ved karanteneregelen avgrenses til enheter. Det er altså nyanser av virksomhetsbegrepet som legges til grunn for henholdsvis kvote- og karantenebestemmelsen.

I teorien innebærer dette at 50 % av de ansatte ved en enhet av virksomheten kan være midlertidig ansatt på generelt grunnlag så lenge det er færre ansatte på grunnlag av bokstav f i andre enheter av virksomheten. Dette kan være nyttig for arbeidsgiver dersom det opprettes en enhet for å ta seg av et spesielt, tidsavgrenset prosjekt. Da vil arbeidsgiver kunne ansette flere etter bokstav f i enheten for det spesielle prosjektet og samtidig hindre at karantenen rammer utover den aktuelle enheten i virksomheten, enn tilfellet ville vært dersom kvoten på 15 % også skulle gjelde for enheter innen virksomheten. At mer enn 15 % i en og samme enhet kan ansettes med grunnlag i bokstav f, fremstår isolert sett ikke særlig problematisk av hensyn til arbeidstaker. De problemstillingene som omhandler oppdeling i enheter, se avsnitt 4.2.2.2.2, vil imidlertid gjøre seg gjeldende.

Tidspunktet for beregning av kvoten er når den aktuelle arbeidstaker blir midlertidig ansatt på generelt grunnlag[72].

Det kan hevdes av dette åpner en mulighet for omgåelse. Arbeidsgiver kan foreta en nødvendig nedbemanning i etterkant av en midlertidig ansettelse på generelt grunnlag, slik at beregningsgrunnlaget for kvoten blir størst mulig. Departementet er klar over og aksepterer denne muligheten. De anfører at det vil være "urimelig om en nedbemanning eller arbeidstakeres oppsigelse kan føre til at virksomheter bryter kvoteregelen.(…) Det er også hensiktsmessig å knytte beregningen til dette tidspunktet fordi det blir klarere når et eventuelt brudd på kvoten skjer og hvem som skal ha rettigheter ved et brudd på regelen"[73].

4.3.2. Rettsvirkninger ved brudd på kvoteregelen

Arbeidsmiljøloven § 14-11 første ledd nytt tredje punktum angir at "ved brudd på bestemmelsen om kvote i § 14-9 første ledd bokstav f, kan retten avsi dom etter første punktum når særlige grunner tilsier det".

Ordlyden "særlige grunner" angir en høy terskel for at arbeidstaker skal ha krav på fast ansettelse ved brudd på kvoteregelen.

Av forarbeidene følger at hvorvidt vilkåret "særlige grunner" er oppfylt beror på en konkret vurdering. Kjernen i vilkåret er de klare misbrukstilfeller[74].

Departementets begrunnelse for å snu hovedregelen om rett til fast ansettelse etter § 14-11 første ledd første punktum, fremstår noe tynn. Det hevdes at et brudd på kvoten "skyldes at

---

[71] Prop. 39 L(2014-2015) s. 115
[72] Prop. 39 L(2014-2015) s. 115
[73] Prop. 39 L(2014-2015) s. 115-116
[74] Prop. 39 L(2014-2015) s. 116

det *samlet sett* er ansatt for mange arbeidstakere på generelt grunnlag i virksomheten, mens selve ansettelsene - hver for seg - i utgangspunktet er lovlige"[75]. Dette fremstår ikke som helt logisk når en ansettelse som bryter kvoteregelen nettopp er noe som gjør den midlertidige ansettelsen på generelt grunnlag ulovlig. Imidlertid er rettstilstanden på dette punktet klar gjennom ordlyd og forarbeider.

Det kan også nevnes at det ved brudd på kvoteregelen kan være aktuelt å tilkjenne erstatning etter aml. § 14-11 andre ledd[76].

4.3.3. Håndheving av kvoteregelen

Jeg har i avsnitt 4.2.2.2.3 vist at håndheving av karanteneregelen kan fremstå som problematisk. Det samme er trolig ikke tilfellet for kvoteregelen, fordi Arbeidstilsynet er gitt myndighet til å håndheve bestemmelsen.

Det følger av ny aml. § 18-6 første ledd første punktum at "Arbeidstilsynet gir de pålegg og treffer de enkeltvedtak ellers som er nødvendige for gjennomføringen av (…) [§] 14-9 første ledd bokstav f andre punktum(…)".

Denne myndigheten innebærer at Arbeidstilsynet kan utøve tilsyn og gi pålegg om at antallet midlertidige ansatte på generelt grunnlag er i tråd med kvoteregelen. Dersom arbeidstilsynet oppdager avvik i en virksomhet, må arbeidsgiver enten ansette flere fast for å øke beregningsgrunnlaget for kvoten. Alternativet er å avslutte enkelte arbeidsforhold, såfremt det kan gjøres i medhold av § 14-9 femte ledd[77].

Når Arbeidstilsynet er gitt myndighet til håndheving, vil dette trolig medføre at virksomhetene er mer bevisste i forhold til å følge opp kvoteregelen. Dette for å unngå eventuelle pålegg fra Arbeidstilsynet. Bestemmelsen bidrar trolig til en mer effektiv etterlevelse.

5 Forholdet mellom den norske adgangen til midlertidig ansettelse og EU-retten

5.1. Presentasjon av klausul 5

Rådsdirektiv 1999/70/EF klausul 5(heretter klausul 5) angir at

"[f]or å hindre misbruk som følge av gjentatte midlertidige arbeidsavtaler eller ansettelsesforhold, skal medlemsstatene etter samråd med partene i arbeidslivet og i samsvar med nasjonal lovgivning, nasjonale tariffavtaler og nasjonal praksis, og/eller partene i arbeidslivet, når det ikke finnes tilsvarende rettslige tiltak for å hindre misbruk, treffe ett eller

[75] Prop. 39 L(2014-2015) s. 116
[76] Prop. 39 L(2014-2015) s. 116
[77] Innst. 208 L(14-15) s. 17

flere av følgende tiltak på en måte som tar hensyn til behovene i særskilte sektorer eller hos særskilte kategorier arbeidstakere:

a) objektive grunner som berettiger fornyelse av slike arbeidsavtaler eller ansettelsesforhold,

b) den maksimale samlede varigheten av de gjentatte midlertidige arbeidsavtalene eller ansettelsesforholdene,

c) antall ganger slike arbeidsavtaler eller ansettelsesforhold kan fornyes".

Etter bestemmelsen er det nok at ett av tiltakene er gjennomført i nasjonal rett. Dersom ingen av tiltakene er oppfylt, kan nasjonal rett likevel være i tråd med direktivet dersom den har "tilsvarende rettslige tiltak for å hindre misbruk". Landene er altså gitt en viss skjønnsmargin i gjennomførelsen av direktivet i nasjonal rett.

Ved implementeringen ble den da gjeldende arbeidsmiljøloven av 1977 § 58 A ansett å være i tråd med direktivet[78]. Arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstav a-e er i stor grad en videreføring av tidligere bestemmelser fra 1977 og 1995, se avsnitt 2.1. Det må dermed legges til grunn at § 14-9 første ledd bokstav a-e, er i tråd med direktivet.

Jeg vil derfor ha hovedfokus på den nye bokstav f i det følgende kapittelet. Det er denne bestemmelsen som nødvendiggjør en vurdering av om norsk rett fortsatt oppfyller EU-direktivet.

5.2. Forholdet mellom aml. § 14-9 første ledd bokstav f og EU-direktivet

Bokstav f oppstiller ingen vilkår for å ansette midlertidig første gang, se avsnitt 3.1.1.1. Dette er uproblematisk i forhold til klausul 5, som ikke oppstiller noen krav til første gangs ansettelse på midlertidig grunnlag, jf. ordlyden.

Spørsmålet er om kvote- og karantenebestemmelsene beskytter mot misbruk som følge av gjentatt midlertidig ansettelse etter bokstav f, slik klausul 5 krever.

5.2.1. Beskyttelse ved karantene

Innholdet i karanteneregelen er presentert i avsnitt 3.1.1.3 og analysert i kapittel 4.2.

Det første spørsmålet er om flere midlertidige ansettelser etter bokstav f kan karakteriseres som "gjentatte" i klausul 5s forstand, dersom karantenetiden på 12 måneder virker mellom de midlertidige kontraktene.

Ordlyden "gjentatt" gir ingen veiledning om hvor stort opphold i tid det kan være mellom de påfølgende ansettelsene.

EU-domstolen har i Adeneler tatt stilling til hva "gjentatt" midlertidig ansettelse innebærer, i forhold til en bestemmelse i gresk nasjonal lovgivning. Domstolen uttalte at "flere på

[78] Ot.prp. nr. 64(2001-2002) s. 2

hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelseskontrakter, der er adskilt af højst 20 arbejdsdage"[79] må anses som å skade formålet og den effektive virkningen av rammeavtalen.

Denne uttalelsen fra EU-domstolen gir ikke noen veiledning for hvor mange dager som må skille flere påfølgende midlertidige ansettelser for å unngå at de er "gjentatte", men den fastslår at 20 dager i alle fall ikke er tilstrekkelig. Domstolen tok i saken stilling til nasjonal rett i Hellas, og kan ikke direkte overføres til norsk rett.

Imidlertid må det kunne hevdes at karantenetiden som varer i hele 12 måneder, er i en annen skala enn dommens drøftelse av opphold på 20 dager. Behovet for å drøfte om 20 dager er nok til å hindre at flere påfølgende midlertidige ansettelser anses som gjentatte, taler for at 12 måneders karantene avskjærer at flere midlertidige ansettelser på generelt grunnlag er gjentatte.

Konklusjonen er at flere midlertidige ansettelser etter bokstav f ikke kan karakteriseres som "gjentatte" dersom karantenetiden på 12 måneder virker mellom de midlertidige kontraktene.

Dette innebærer som et utgangspunkt at bokstav f isolert sett ikke gir hjemmel for gjentatte midlertidige ansettelser i klausul 5s forstand.

Likevel er spørsmålet om karantenen gir et effektivt vern mot at arbeidstaker blir ansatt på gjentatte midlertidige kontrakter.

De problemstillingene som er drøftet i del 4.2 er her av betydning.

Karantenetiden får ikke anvendelse dersom arbeidstaker tilbys annet midlertidig arbeid etter for eksempel § 14-9 første ledd bokstav b, se 4.2.1.2.1. En ansettelse på grunnlag av bokstav f, kan umiddelbart etterfølges av en midlertidig ansettelse på grunnlag av § 14-9(1) bokstav a-e. Karanteneregelen er dermed ikke til hinder for gjentatte midlertidige ansettelser. Det skal behandles nedenfor om treårsregelen i § 14-9 sjette ledd gir beskyttelse i slike situasjoner.

Problemstillingen om krav til varigheten på den midlertidige ansettelsen på annet grunnlag som kan avverge karantenen, gjør seg gjeldende her, se avsnitt 4.2.1.2.2. Dersom det ikke presiseres hvor lang en midlertidig ansettelse som avskjærer karantenen kan være, er det en mulighet for at midlertidige ansettelser på under 20 dager kan avverge karantenen og dens beskyttelse mot gjentatte midlertidige ansettelser.

Videre omfatter karantenetiden kun arbeidsoppgaver av samme art, se avsnitt 4.2.2.1. Dette innebærer at karantenetiden ikke hindrer gjentatte midlertidige ansettelser på grunnlag av bokstav f, så lenge arbeidsoppgavene ikke er av samme art. Det samme problemet oppstår fordi karantenen kan begrenses til en enhet i virksomheten, se avsnitt 4.2.2.2. Arbeidstaker kan ansettes på nytt etter bokstav f uten hinder av karanteneregelen, så lenge arbeidet skal utføres i en annen enhet av virksomheten.

På bakgrunn av disse problemstillingene er det usikkert om karanteneregelen i praksis oppstiller et effektivt vern mot at arbeidstaker blir ansatt på gjentatte midlertidige kontrakter, slik klausul 5 krever av nasjonal lovgivning.

---

[79] Sak C-212/04, *Konstantinos Adeneler m.fl. mod Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, Sml. 2006 s. I-06057, (avsnitt 84)

5.2.2. Beskyttelse ved kvote

For innhold i kvoteregelen, se presentasjon i avsnitt 3.1.1.2 og analyse i kapittel 4.3.

Klausul 5 pålegger medlemsstatene å iverksette en eller flere av tiltakene i punkt a-c når det ikke finnes "tilsvarende rettslige tiltak for å hindre misbruk".

Vernet etter kvoteregelen beskytter ikke den enkelte arbeidstaker mot gjentatte midlertidige ansettelser ved å oppfylle ett av alternativene i klausul 5 punkt a-c.

Spørsmålet er da om kvoteregelen er et "tilsvarende rettslig[] tiltak for å hindre misbruk".

Om innholdet i vilkåret uttaler EU-domstolen i Angelidaki at begrepet ikke er definert i rammeavtalen. Klausul 5 har imidlertid til formål å hindre misbruk som følge av gjentatte midlertidige ansettelser. Uttrykket "tilsvarende rettslige tiltak" sikter derfor til enhver nasjonal regel som søker å nå dette formålet[80].

Kvoteregelen setter et tak på antall arbeidstakere som kan være midlertidig ansatt på generelt grunnlag i virksomheten. Dette begrenser arbeidsgivers mulighet til utstrakt bruk av midlertidige ansettelser på generelt grunnlag. Kvoteregelen beskytter på denne måten mot misbruk av bokstav f.

På den annen side beskytter ikke kvoteregelen den enkelte arbeidstaker mot gjentatt midlertidig ansettelse på generelt grunnlag, da regelen kun stiller krav til virksomheten som helhet. Det presiseres imidlertid i Angelidaki at det er tilstrekkelig at bestemmelsen kan *bidra* til effektivt å forhindre misbruk ved gjentatte midlertidige ansettelser[81]. Et slikt bidrag må det hevdes at kvoteregelen gir, særlig sett i sammenheng med karanteneregelen og treårsregelen. Dette taler for at kvoteregelen er et "tilsvarende rettslig tiltak" i klausul 5s forstand.

Samtidig kan kvoteregelen hevdes å være effektiv, da det ikke foreligger klare omgåelsesmuligheter for arbeidsgiver ved bruk av regelen. Videre fremstår den oversiktlig fordi det er spørsmål om å beregne 15 % av virksomhetens totale antall ansatte. I tillegg har kvoteregelen fått en mer effektivt håndheving gjennom ny aml. § 18-6 første ledd, se avsnitt 4.3.3.

På den annen side har ikke arbeidstaker de samme rettigheter etter aml. § 14-11 ved brudd på kvoteregelen som ved brudd på andre regler om midlertidig ansettelse, se avsnitt 4.3.2. Dette er med på å redusere vernet for arbeidstaker. Konsekvensene ved misbruk av kvoteregelen medfører ikke nødvendigvis en stor belastning for arbeidsgiver. Det gjenstår imidlertid å se hvorvidt regelen i praksis vil by på utfordringer og misbruk.

Etter en samlet vurdering av argumentene er konklusjonen at kvoteregelen er et "tilsvarende rettslig[] tiltak for å hindre misbruk" i tråd med klausul 5.

---

[80] Sak C-378/07, *Kiriaki Angelidaki m.fl. mod Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis*, Sml. 2009 s. I-03071 (avsnitt 73-76)
[81] dommens avsnitt 77

5.3. Gir treårsreglen tilstrekkelig beskyttelse mot misbruk?

5.3.1. Fire-/treårsregelen og klausul 5 punkt b

Arbeidstaker kan ansettes midlertidig gjentatte ganger på grunnlag av bokstav f alene, eller i kombinasjon med de øvrige grunnlagene i § 14-9 første ledd bokstav a-e.

Direktivets klausul 5 punkt b krever at det settes en øvre grense for ”den maksimale samlede varigheten av de gjentatte midlertidige arbeidsavtalene eller ansettelsesforholdene”.

Den aktuelle bestemmelsen for å oppfylle dette kravet i norsk rett er aml. § 14-9 sjette ledd. Det følger av bestemmelsen at

”[a]rbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter første ledd bokstav a eller i mer enn tre år etter første ledd bokstav b og f, skal anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse. (…)”.

I Stortingskomiteens innstilling utdyper flertallet at der midlertidig ansettelse ”skjer i kombinasjon med grunnlag i bokstav a og ett av eller begge de øvrige grunnlagene, vil retten til fast ansettelse inntre når arbeidstaker har vært ansatt i mer enn 3 år”[82].

Ved første øyekast synes aml. § 14-9 sjette ledd å oppfylle kravene som stilles i klausul 5 punkt b ved å sette en grense på fire eller tre år for den maksimale samlede varigheten av gjentatte midlertidige ansettelser.

5.3.2. EU-kommisjonens kritikk av svensk rett

Reglene om midlertidig ansettelse i svensk rett har en bestemmelse om ”allmän visstidsanställning” som likner på den norske bestemmelsen i bokstav f. Det er derfor interessant å nevne EU-kommisjonens kritikk av Lagen om anställningsskydd(LAS) § 5 i svensk rett[83].

Det følger av LAS § 5 at

”Avtal om tidsbegränsad anställning får träffas
1. för allmän visstidsanställning,
2. för vikariat,
3. för säsongsarbete, och
4. när arbetstagaren har fyllt 67 år.
Om en arbetstagare under en femårsperiod har varit anställd hos arbetsgivaren antingen i allmän visstidsanställning i sammanlagt mer än två år, eller som vikarie i sammanlagt mer än två år, övergår anställningen till en tillsvidareanställning. *Lag (2007:391)*”

Uenigheten ligger i at EU-kommisjonen hevder at LAS § 5 annet ledd ikke oppfyller rammedirektivets klausul 5 punkt b. Den svenske bestemmelsen angir ingen samlet øvre

---

[82] Innst. 208 L(2014-2015) s. 16
[83] Kompletterande motiverat yttrande angående direktiv 1999/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete. Överträdelseärende nummer 2007/4835 (22. april 2014)

grense for gjentatte midlertidige ansettelser som gjelder uansett ansettelsesform. Tidsgrensen for allmän visstidsanställning og vikariat kan ikke kumuleres. Samtidig kan de kombineres med hverandre og med säsongsarbete og korte opphold mellom ansettelsene. EU-kommisjonen mener dette kan medføre at arbeidstakerne er midlertidig ansatt på ulike grunnlag i det "uendelige". EU-kommisjonen mener det er problematisk at LAS § 5 nr. 1, som heller ikke oppfyller klausul 5 punkt a eller c, kan inngå i denne rekken av midlertidige ansettelser[84].

Ved innføring av bokstav f har også norsk rett fått et grunnlag for midlertidig ansettelse som ikke oppfyller klausul 5 punkt a eller c. Videre gir også norsk rett adgang til å kombinere bokstav f med andre grunnlag for midlertidig ansettelse i likhet med svensk rett.

En forskjell fra LAS § 5 annet ledd er imidlertid at beregningen av treårsfristen i aml. § 14-9 sjette ledd omfatter § 14-9 første ledd bokstav a, b og/eller f i kombinasjon. Dette tilsier at norsk rett ikke kan omfattes av den samme kritikken fra EU-kommisjonen som svensk rett.

I det videre skal jeg vurdere hvorvidt treårsregelen for øvrig oppfyller kravet i direktivets klausul 5 punkt b om å beskytte mot misbruk som følge av gjentatte midlertidige ansettelser.

5.3.3. Kravet til "sammenhengende" ansettelse

Det oppstilles et vilkår i § 14-9 sjette ledd om at arbeidstaker, for å opptjene beregning av treårsregelen, må være "sammenhengende" ansatt på grunnlag av aml. § 14-9 første ledd bokstav a, b og/eller f.

Kravet til "sammenhengende" reiser spørsmål om treårsregelen er et effektivt virkemiddel for å motvirke misbruk i form av gjentatte midlertidige ansettelser. Dersom arbeidsgiver lett kan skape avbrudd i fristberegningen, vanskeliggjør dette arbeidstakers opptjening til fast ansettelse etter treårsregelen.

Det må skilles mellom fradrag og avbrudd ved beregning av treårsfristen. Dersom en begivenhet går til fradrag ved beregningen, innebærer det at det foretas en pause i beregningen uten at den allerede opptjente tiden nullstilles. Dersom en begivenhet regnes som et avbrudd må opptjeningen starte på nytt.

Spørsmålet i det videre er hvorvidt vilkåret "sammenhengende" i § 14-9 sjette ledd, åpner for å skape avbrudd i fristberegningen og dermed svekker vernet mot misbruk ved gjentatte midlertidige ansettelser som kreves i klausul 5 punkt b.

5.3.3.1. Betydningen av opphold mellom ansettelsesforhold

Spørsmålet er hvor lange opphold mellom ansettelsene som aksepteres før det innebærer et avbrudd i fristberegningen, slik at kravet til "sammenhengende" ikke lenger er oppfylt.

Den naturlige språklige forståelsen av "sammenhengende" i § 14-9 sjette ledd tilsier at det ikke kan være noe opphold mellom ansettelsene for at beregningen skal løpe.

---

[84] Kompletterande motiverat yttrande angående direktiv 1999/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete. Överträdelseärende nummer 2007/4835 (22. april 2014), side 5

Forarbeidene støtter en slik ordlydstolkning. Mindre avbrudd kan derimot aksepteres, og det vil bero på en ”totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet, om kravet til «sammenhengende» er oppfylt eller ikke”[85].

I forbindelse med innføringen av fireårsregelen uttalte departementet at ”[v]ed tolkningen av den tilsvarende formuleringen i tjenestemannsloven er det i forvaltningspraksis lagt til grunn en analogi fra folketrygdloven slik at avbrudd mindre enn 14 dager ikke avbryter ansettelsesforholdet”[86]. Det ble hevdet at dette også måtte være et utgangspunkt for tolkningen av den foreslåtte bestemmelsen i arbeidsmiljøloven. Disse uttalelsene taler for at et opphold på 14 dager mellom ansettelsesforholdene ikke innebærer et brudd på vilkåret ”sammenhengende”.

Denne praksisen på 14 dager ble ikke nevnt i den påfølgende Ot.prp. nr. 49(2004-2005). Dette trenger imidlertid ikke å bety at 14-dagerspraksisen ikke lenger er veiledende[87]. Begrunnelsen er at man på dette tidspunktet enda ikke hadde gått bort fra en harmonisering med tjenestemannslovens regler på dette området, og at fireårsregelen ble utformet etter mønster av tjenestemannslovens fireårsregel. I tillegg har 14-dagerspraksisen støtte i andre rettskilder, jf. folketrygdens §§ 8-2, 8-15 og 8-18[88].

Trolig er praksisen på 14 dager veiledende for hvor lange opphold mellom ansettelsene som aksepteres før det innebærer et avbrudd, slik at kravet til ”sammenhengende” ikke lenger er oppfylt.

I Adeneler-dommen mente EU-domstolen, som nevnt, at flere påfølgende midlertidige ansettelser som er atskilt av høyst 20 arbeidsdager, er en gjentatt midlertidig ansettelse. Dersom opphold på 14-20 dager kan innebære et avbrudd i fristberegningen etter treårsregelen, er spørsmålet om dette åpner for misbruk ved gjentatte midlertidige ansettelser i strid med EU-direktivet.

Søreide[89] argumenterer for at praksisen på 14 dager ikke er i strid med Adeneler-dommen. Hun anfører at situasjonen i norsk rett er annerledes fordi vi har sterke begrensninger i bruken av midlertidig ansettelse.

Det kan stilles spørsmål ved om denne argumentasjonen fortsatt er gyldig etter innføring av bokstav f i norsk rett. Vi har fått en videre adgang til å ansette midlertidig, som ikke oppstiller krav til objektive grunner etter klausul 5 punkt a. Imidlertid er det knyttet både kvote- og karantenebegrensninger til bokstav f, slik at utvidelsen likevel ikke er så omfattende.

Et annet moment som kan forsvare praksisen på 14 dager, er at i norsk rett aksepteres ikke avbrudd i ansettelsesrekken som skjer for å unngå at kravet til ”sammenhengende” ansettelse

---

[85] Ot.prp. nr. 49(2004-2005) s. 219
[86] Ot.prp. nr. 12(2003-2004) s. 21 og NOU 2004: 5 s. 562
[87] Søreide, Christel, ”Midlertidig ansattes rett til fast stilling etter fireårsregelen”, *Arbeidsrett,* vol. 6 nr. 3 2009, s. 146-164 (s. 160)
[88] *ibid*
[89] Søreide, Christel, ”Midlertidig ansattes rett til fast stilling etter fireårsregelen”, *Arbeidsrett,* vol. 6 nr. 3 2009, s. 146-164 (s. 161)

blir oppfylt[90]. Dette kalles ”lufting” og er en omgåelse av regelens formål om å sikre arbeidstakers stillingsvern[91].

Det kan hevdes at det vil være vanskelig å bevise hvorvidt et avbrudd i ansettelsen er gjort for å unngå at arbeidstaker skal opptjene retten til fast ansettelse etter treårsregelen. Dette kan svekke argumentet om at forbud mot lufting beskytter arbeidstaker mot forsøk på å omgå vilkåret ”sammenhengende”. Likevel må det avgjørende være at norsk rett faktisk har et forbud mot ”lufting” av ansatte. I tillegg har det ved innføring av bokstav f, gjennom kvote- og karanteneregelen og innlemming i treårsregelen, vært et sentralt fokus å beskytte arbeidstaker mot misbruk ved gjentatte midlertidige ansettelser.

Konklusjonen er at treårsregelen ikke er i strid med EU-direktivets klausul 5 punkt b selv om opphold på ned mot 14 dager mellom ansettelsene regnes som et avbrudd.

Det kan lett tenkes at det går 14 dager eller mer mellom ulike vikariater eller prosjektansettelser, selv om dette ikke er tilsiktet fra arbeidsgiver. Det er uheldig dersom slike tilfeldige pauser skal avbryte fristberegningen, særlig dersom meningen hele tiden har vært at arbeidstaker skal fortsette arbeidsforholdet. I slike tilfeller må totalvurderingen, som forarbeidene til fireårsregelen gir anvisning på, etter omstendighetene tilsi at vilkåret ”sammenhengende” likevel er oppfylt[92].

5.3.3.2. Fravær ved arbeidstakers sykdom og lignende

Det følger av ordlyden i § 14-9 sjette ledd siste punktum at ”det ikke skal gjøres fradrag for arbeidstakers fravær”. Dette innebærer at arbeidstaker ikke kommer ”dårligere ut” i beregning av treårsfristen på grunn av fravær som skyldes vedkommende selv.

I forarbeidene til lovendringen som presiserte at arbeidstakers fravær ikke skal gå til fradrag, uttalte departementet at den ansatte ikke vil ”ha redusert behov for stillingsvern ved sykefravær(…) [og] at det heller ikke vil være i tråd med arbeidsmiljølovens formål at kortvarig eller langvarig sykefravær skal komme til fradrag ved beregning av fireårsregelen” [93]. Departementet mente videre at det samme måtte gjelde for ulike typer permisjoner, både lovbestemte og ikke lovbestemte[94].

En slik løsning ivaretar arbeidstakers stillingsvern og bidrar til at aml. § 14-9 sjette ledd er i tråd med kravene i direktivets klausul 5 punkt b.

5.3.3.3. Midlertidige ansettelser på grunnlag som ikke omfattes av fire- og treårsregelen

Spørsmålet er om midlertidige ansettelser på grunnlag som ikke omfattes av treårsregelen, jf. § 14-9 første ledd bokstav c-e, går til fradrag, eller innebærer et avbrudd ved beregning av fristen.

---

[90] *ibid*
[91] Skjønberg og Hognestad, Individuell arbeidsrett, 1. utg., Gyldendal 2014, s. 87
[92] Søreide, Christel, ”Midlertidig ansattes rett til fast stilling etter fireårsregelen”, *Arbeidsrett,* vol. 6 nr. 3 2009, s. 146-164 (s. 160)
[93] Prop. 104 L(2009-2010) s. 12
[94] Prop. 104 L(2009-2010) s. 13

Den språklige forståelsen av ”sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter første ledd bokstav a eller i mer enn tre år etter første ledd bokstav b og f”, taler for at midlertidig ansettelse på grunnlag av aml. § 14-9 første ledd bokstav c-e avbryter beregningen til tre- og fireårsgrensen.

I forarbeidene til innføring av fireårsregelen presiserte departementet at ”fire-års regelen ikke kommer til anvendelse for arbeidstakere som er midlertidig i praksisarbeid og utdanningsstillinger, ansatt på arbeidsmarkedstiltak og innenfor den organiserte idretten”[95].

At fireårsregelen ikke kommer til anvendelse, sier ikke noe om hvorvidt midlertidige ansettelser på grunnlag av aml. § 14-9 første ledd bokstav c-e skal gå til fradrag eller innebærer avbrudd.

Sykehuset Innlandet-dommen omhandlet spørsmålet om hvorvidt en arbeidstaker som hadde vært ansatt i ulike midlertidige stillinger over flere år, hadde krav på fast stilling, blant annet i medhold av fireårsregelen. Høyesterett(dissens 3-2) konkluderte med at ”bare midlertidig ansettelse som nevnt i første ledd bokstav a og b, teller med ved beregningen av fireårsregelen”[96].

Det fremstår uklart hvorvidt Høyesterett med ”teller med” mener at midlertidige ansettelser på andre grunnlag skal gå til fradrag, eller om de innebærer avbrudd ved beregning av fireårsfristen. I dommens avsnitt 57 sier førstvoterende at begrunnelsen for fireårsregelen, nemlig at arbeidstakers stillingsvern skal sikres når vedkommende har vært ansatt i fire år fordi det markerer et permanent arbeidskraftbehov, ikke slår til når vedkommende har vært ansatt i praksis eller arbeidsmarkedstiltak. Dette kan tyde på at Høyesterett mener at ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd bokstav c-e innebærer et avbrudd, slik Skjønberg og Hognestad argumenterer for i juridisk litteratur[97].

Av hensyn til beskyttelse av arbeidstakers stillingsvern og harmoni med EU-rettens krav om å hindre misbruk som følge av gjentatt midlertidig ansettelse, er det nærliggende å hevde at midlertidige ansettelser på grunnlag som ikke omfattes av fire- og treårsregelen, kommer til fradrag ved beregning av fristen. I motsatt fall kan det foreligge en omgåelsesadgang.

De sprikende argumentene gjør det vanskelig å konkludere med hva gjeldende rett i spørsmålet er. Her trengs det en avklaring.

Dersom midlertidig ansettelse på grunnlag av § 14-9 første ledd bokstav c-e innebærer et avbrudd ved beregning av fire- og treårsfristen, er spørsmålet om dette medfører at aml. § 14-9 sjette ledd ikke oppfyller klausul 5 punkt b.

Det kan hevdes at de samme hensyn som tilsier at ”lufting” av en arbeidstaker ikke er et avbrudd, taler for at midlertidig ansettelse på grunnlag som ikke omfattes av tre- eller fireårsregelen bør går til fradrag ved fristberegningen. Dette gjelder særlig av hensyn til arbeidstakers stillingsvern.

---

[95] Ot.prp. nr. 49(2004-2005) s. 218-219
[96] Rt. 2009 s. 578 (avsnitt 67)
[97] Skjønberg og Hognestad, Individuell arbeidsrett, 1. utg., Gyldendal 2014, s. 88

Det er imidlertid stor forskjell på avbrudd som skyldes at arbeidsgiver ”lufter” arbeidstakerne og opphold på grunn av en ansettelse i praksis, arbeidsmarkedstiltak eller den organiserte idretten. Omgåelsesadgangen ved å ansette arbeidstaker, særlig etter aml. § 14-9 første ledd bokstav d-e, er kanskje likevel ikke så stor. Det fremstår vanskelig for arbeidsgiver å oppkonstruere en midlertidig ansettelse på disse grunnlagene for en ”alminnelig” arbeidstaker som fra før er ansatt for eksempel etter bokstav f.

Når det gjelder bokstav c, er omgåelsesadgangen trolig mer nærliggende. Praksisarbeid er vanlig, særlig i helsesektoren. Høyesteretts dom[98], om såkalte LIS-leger, viser at rammene for hva som inngår i bokstav c er uklare og at det kan oppstå vanskelige grensetilfeller. I dommen avgjorde Høyesterett at en lege i spesialisering kunne ansettes midlertidig etter aml. § 14-9 første ledd bokstav c og at vedkommende ikke hadde krav på fast ansettelse. Dette til tross for at legen i utgangspunktet var ansatt i inntil fire år med mulighet for forlengelse. I tillegg utførte vedkommende ordinære arbeidsoppgaver og fylte et arbeidskraftbehov ved sykehuset. At rammene for hva som inngår i begrepet praksisarbeid er uklare kan innebære at faren for omgåelse øker.

På den annen side skjer praksisarbeid i forbindelse med ”opplæring og kvalifisering innenfor et fagområde”[99]. Slike stillinger krever ressurser fra arbeidsgiver. En ansettelse på arbeidsmarkedstiltak eller i praksisarbeid skal først og fremst tjene arbeidstakers behov, og ikke virksomhetens arbeidskraftsbehov[100]. Gode grunner tilsier derfor at det ikke svekker norsk retts oppfyllelse av klausul 5 punkt b dersom midlertidige ansettelser etter § 14-9 første ledd bokstav c-e, innebærer avbrudd ved beregning av fire- og treårsfristen i aml. § 14-9 sjette ledd.

5.3.3.4. Konklusjon

Vilkåret ”sammenhengende” i § 14-9 sjette ledd, svekker ikke vernet mot misbruk ved gjentatte midlertidige ansettelser, jf. klausul 5 punkt b.

Arbeidsmiljøloven § 14-9 sjette ledd gir tilstrekkelig vern mot misbruk, i tråd med direktivets klausul 5 punkt b, i tilfeller der arbeidstaker ansettes på grunnlag av aml. § 14-9 første ledd bokstav a, b og/eller f i kombinasjon.

Den overordnede konklusjonen er at reglene om midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven oppfyller kravene i Rådsdirektiv 1999/70/EF klausul 5, også etter innføring av aml. § 14-9 første ledd bokstav f.

6 Noen perspektiver

En generell adgang til midlertidig ansettelse innebærer en forskyvning i vektleggingen av de motstridende hensynene bak fast og midlertidig ansettelse. Ved revisjon av arbeidsmiljøloven i 1995 og 2005 ble hensynet til trygghet og stabilitet for arbeidstaker ansett å være det

---

[98] Rt. 2013 s. 1392
[99] Ot.prp. nr. 50(1993-1994) s. 165
[100] Søreide, Christel, ”Midlertidig ansattes rett til fast stilling etter fireårsregelen”, *Arbeidsrett,* vol. 6 nr. 3 2009, s. 146-164 (s. 158)

viktigste, se avsnitt 2.1. Med dagens lovendring åpnes for økt vektlegging av hensynet til arbeidsgivers behov for fleksibilitet.

6.1. Utvidelse av prøvetidsreglene som alternativ

Et sentralt spørsmål er om virksomhetens behov for å prøve ut arbeidstakers egnethet heller burde dekkes ved en utvidelse av prøvetidsreglene.

LO påpeker i sin høringsuttalelse at "ved å foreta endring av prøvetidsbestemmelsen ivaretas formålene bak lovforslaget, herunder arbeidsgivers behov for redusert risiko ved ansettelser, samtidig som man unngår de usikre effektene lovforslaget har på arbeidslivet, samt for Norges forpliktelser etter EU-regelverket på området.(…)"[101].

Ved endring av arbeidsmiljøloven i 1995 ønsket lovgiver å stramme inn adgangen til midlertidig ansettelse, se avsnitt 2.1. Samtidig ønsket lovgiver å utforme prøvetidsreglene slik at arbeidsgiver i større grad skulle tørre å ta sjansen på å ansette en arbeidstaker det var knyttet usikkerhet til. Dette skulle også forhindre misbruk av reglene om midlertidig ansettelse[102]. En viktig begrunnelse for at adgangen til å ansette midlertidig i dag er utvidet, er å lette veien inn på arbeidsmarkedet for utsatte grupper[103]. Prøvetidsreglene og reglene om midlertidig ansettelse er altså ulike virkemidler som blir brukt for å oppnå det samme formålet.

Å utvide adgangen til midlertidig ansettelse for å dekke behovene som fra før har vært dekket ved prøvetidsreglene, vil i større grad gripe inn i arbeidstakers stillingsvern. Hovedforskjellen på midlertidig ansettelse og prøvetid, er at "et midlertidig arbeidsforhold faller som regel bort når tiden er ute eller arbeidet utført, se eksempelvis arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd. Det må derfor gjerne et særskilt vedtak til hvis arbeidstaker skal få fortsette. Dersom vedkommende er tilsatt på prøve, må han på den annen side regnes som fast tilsatt dersom det ikke blir tatt skritt for å bringe arbeidsforholdet til opphør før utløp av prøvetiden"[104]. En oppsigelse i prøvetiden må videre begrunnes etter vilkårene i § 15-6 første ledd. Det er altså ulike utgangspunkt bak de to regelsettene. Hensynet til arbeidstakers stillingsvern tilsier en utvidelse av prøvetidsreglene fremfor en utvidet adgang til midlertidig ansettelse.

Mot alternativet med utvidelse av prøvetidsreglene, taler at den mer fleksible bokstav f trolig kan bidra til at arbeidstaker satser på flere usikre ansettelser enn om vedkommende bare kunne anvende aml. § 15-6. Fordi bokstav f er mindre bindende for arbeidsgiver enn prøvetidsreglene, kan bestemmelsen medføre at de mest usikre arbeidssøkerne, for eksempel søkere uten formell utdannelse eller med hull i CV-en, får prøve seg. Fordelen ved at arbeidssøkere lettere får slippe inn på arbeidsmarkedet kan veie opp for ulempen av et innhugg i arbeidstakers stillingsvern.

Det er vanskelig å konkludere i spørsmålet om en utvidelse av prøvetidsreglene er bedre enn dagens lovendring. Svaret vil bero på hvilke hensyn som anses viktigst å ivareta i

---

[101] LO, Høring, referanse: 14/2874-22 440.01/NIKR, side 2
[102] Ot.prp. nr. 50(1993-1994) s. 163
[103] Prop. 39 L(2014-2015) s. 95
[104] Arne Fanebust, Innføring i arbeidsrett, den individuelle del, 3. utgave, Universitetsforlaget 2013, s. 73

arbeidslivet. Det kan ikke utelukkes at reglene om midlertidig ansettelse vil strammes inn dersom andre politiske partier igjen kommer til makten.

6.2. Økt sysselsetting og flere faste ansettelser?

Et overordnet spørsmål er om utvidet adgang til midlertidig ansettelse vil gi flere faste ansettelser eller om faste ansettelser erstattes med midlertidige.

I følge NHOs arbeidslivsundersøkelse i 2013 sier nesten 60 % av virksomhetene at de ønsker å ansette flere dersom loven utvider adgangen til å ansette midlertidig[105]. Departementet viser i forarbeidene til forskning på norsk arbeidsmarked som konkluderer med at mellom halvparten og to tredjedeler av midlertidig ansatte har fast stilling etter to år[106]. Dersom flere ansettes midlertidig etter bokstav f, og en like stor andel av disse skal gå over i fast stilling, må det imidlertid skapes flere faste arbeidsplasser i norsk næringsliv. Det er ingen garanti for at dette vil skje. LO, Unio og YS anfører at "forskningen viser at liberalisering av regelverket gir færre faste og flere midlertidige stillinger, noe som betyr at det blir flere midlertidig ansatte som konkurrerer om færre faste jobber"[107].

Det kan hevdes at denne bekymringen fremstår velbegrunnet. Dersom arbeidsgiver anvender bokstav f til å ansette flere midlertidig enn det vedkommende ellers ville gjort, og begrunnelsen er å ha en fleksibel arbeidsstokk over tid, er det lite sannsynlig at en like stor andel vil få videreført arbeidsforholdet i en fast stilling. Da oppnår ikke arbeidsgiver formålet om økt fleksibilitet. Dersom arbeidsgiver ansetter med grunnlag i bokstav f for å redusere usikkerheten knyttet til arbeidstakers egnethet, er sjansen imidlertid stor for at arbeidstaker får en videre fast stilling dersom vedkommende innfrir arbeidsgivers forventninger.

Departementet fremholder i proposisjonen at fast ansettelse fortsatt er hovedregelen[108]. NHO påpeker at det også er i arbeidsgivers interesse med flest mulig faste ansatte. Virksomhetens viktigste ressurs er de ansattes kompetanse. Faste ansatte sikrer kontinuitet og avkastning på investering i de ansattes kompetanseutvikling[109]. Kanskje er situasjonen likevel ikke slik at arbeidsgiver ønsker å utnytte enhver mulighet til å ansette arbeidstaker midlertidig og redusere vedkommendes stillingsvern.

Det er vanskelig å finne entydige forskningsresultater om effekten av midlertidig ansettelse på arbeidsmarkedet. Departementet anfører blant annet at negative erfaringer med liberalisering av regelverket fra øvrige OECD-land, der arbeidsgiver søker å erstatte faste ansettelser med midlertidige, ikke automatisk kan overføres til norsk arbeidsmarked. Disse landene kjennetegnes av et strengere stillingsvern for fast ansatte. Norge ligger på gjennomsnittet for OECD-landene når det gjelder stillingsvernet for fast ansatte, men er ett av de landene med strengest regulering av midlertidige ansettelser[110].

---

[105] NHO, Høringssvar, referanse: AÅL/242-6216, side 2
[106] Prop. 39 L(2014-2015) s. 100
[107] Prop. 39 L(2014-2015) s. 109
[108] Prop. 39 L(2014-2015) s. 95
[109] NHO, Høringssvar, referanse: AÅL/242-6216, side 1-2
[110] Prop. 39 L(2014-2015) s. 100

Departementet understreker behovet for mer forskning på virkningen av midlertidig ansettelse i norsk arbeidsliv[111]. Det gjenstår å se i praksis hvilke konsekvenser innføring av generell adgang til midlertidig ansettelse vil få, etter ikrafttredelsen 1. juli 2015.

[111] Prop. 39 L(2014-2015) s. 102

Litteratur- og kildeliste

Norske lover

- Arbeidervernloven av 1936
- Lov om arbeidervern av 7. desember 1956 nr. 2
- Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.(opphevet)
- Endringslov av 6. januar 1995 nr. 2
- Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Lov 24. april 2015 nr. 20 om endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold)
- Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn mm.(tjenestemannsloven)
- Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd(folketrygdloven)

Utenlandske lover

- Lagen om anställningsskydd(1982:80)

Lovforarbeider

- Prop. 39 L(2014-2015) Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold)
- Ot.prp. nr. 24(2005-2006) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Ot.prp. nr. 3(1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
- Ot.prp. nr. 50(1993-1994) Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v
- Innst. O. nr. 2(1994-1995) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
- Ot.prp. nr. 12(2003-2004) Om lov om endringer i lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd, lov 6. mai 1988 nr. 22 om lønnsplikt under permittering og lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.
- NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

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

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

- Ot.prp. nr. 64(2001-2002) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v. (informasjon om ledige stillinger)

- St.prp. nr. 2(2000-2001) Om samtykke til godkjenning av avgjerd i EØS-komiteen nr. 43/2000 av 12. mai 2000 om endring av vedlegg XVIII til EØS-avtala (direktiv om mellombels tilsetjing)

- Prop.104 L(2009-2010) Endringer i arbeidsmiljøloven (midlertidig ansettelse mv.)

- NOU 1992: 20 Det gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle : innstilling fra Arbeidsmiljølovutvalget : utredning fra et utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon av 11. august 1989 ; avgitt til Kommunaldepartementet 24. juni 1992

Direktiv

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

Rettsavgjørelser

- Rt. 1989 s. 1116 (Statfjord)

- Rt. 2009 s. 578 (Sykehuset Innlandet)

- Rt. 2013 s. 1392 (LIS-lege)

- Trondheim byretts dom, 21. desember 1939, sak nr. 140/39 A

Avgjørelser fra EU-domstolen

- Sak C-212/04, *Konstantinos Adeneler m.fl. mod Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, Sml. 2006 s. I-06057

- Sak C-378/07, *Kiriaki Angelidaki m.fl. mod Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis*, Sml. 2009 s. I-03071

Juridisk litteratur

- Rømcke, Ferdinand, *Vern mot oppsigelser i arbeidslivet-systematisk oversikt over dommer vedr. arbeidervernlovens § 33 1937-1941* (Oslo 1942)

- Friberg, Odd, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer av Odd Friberg* (Oslo 1978)

- Skjønberg, Alexander Næss og Eirik Hognestad, *Individuell arbeidsrett* (Oslo 2014)

- Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett, den individuelle del*, 3. utgave (Oslo 2013)

- Søreide, Christel, ”Midlertidig ansattes rett til fast stilling etter fireårsregelen”, *Arbeidsrett,* vol. 6 nr. 3 2009, s. 146-164

Offentlige dokumenter

- EU-kommisjonens uttalelse om den svenske rettstilstanden, Kompletterande motiverat yttrande angående direktiv 1999/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete. Överträdelseärende nummer 2007/4835 (22. april 2014), Nettside: http://www.tco.se/Global/Kompl%20MY%202007%204835.pdf (sist lest: 29. mai kl. 09.00)

Data fra arbeidskraftsundersøkelse

- SSB, *Arbeidskraftsundersøkelsen, 1. kvartal 2015*, (30. april 2015), nettside: http://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/statistikker/aku/kvartal/2015-04-30, (sist lest: 28. mai 2015 kl. 20.00)

Høringsuttalelser

- LO, Høring - Endringer i arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse, (Oslo, 22.09.2014), referanse: 14/2874-22 440.01/NIKR

- NHO, Høringssvar – Endringer i arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse, (Oslo, 24.09.2014), referanse: AÅL/242-6216