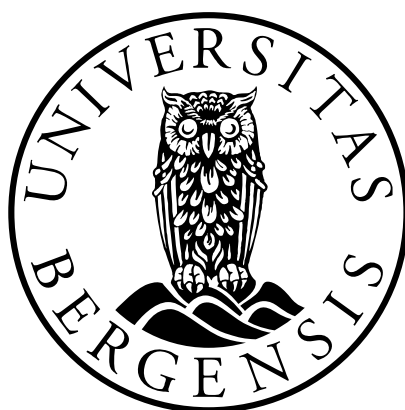


Retten til fast ansettelse for innleide og midlertidig ansatte vikarer

Kandidatnummer: 99

Antall ord: 14156



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11.12.17

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	4
1.1 Oppgavens tema.....	4
1.2 Metodiske betraktninger.....	5
1.3 Avgrensninger.....	6
1.4 Fremstillingen videre.....	6
2 Generelle rettslige utgangspunkter.....	7
2.1 Hovedregelen om fast ansettelse.....	7
2.2 Formål og hensyn bak lovgivningen.....	7
2.3 Midlertidig ansettelse.....	7
2.4 Innleie fra bemanningsbyrå.....	8
2.5 EU-direktiv om midlertidig ansettelse.....	9
3 Krav til lovlig midlertidig ansettelse og innleie av vikarer.....	11
3.1 Kravet om et reelt vikariat.....	11
3.2 Særlig om tilkallingsvikarer.....	12
3.3 Rettsvirkninger.....	14
4 Grunnbemanningslæren.....	15
4.1 Innledning.....	15
4.2 Rettspraksis.....	15
4.2.1 Statfjorddommen.....	15
4.2.2 Ambulansedommen.....	16
4.2.3 Sykehuset Innlandet-dommen.....	16
4.2.4 Sammenfatning.....	17
4.3 Vikarer som omfattes av grunnbemanningslæren.....	17
4.3.1 Midlertidig ansatte vikarer.....	17
4.3.2 Innleide vikarer.....	17
4.4 Virksomhetsområde.....	20
4.4.1 Arbeidsgivers virksomhet.....	20
4.4.2 Arbeidstakers kvalifikasjoner.....	23
4.5 Vilkåret ”stabilt og varig behov” for vikarer.....	25
4.5.1 Utgangspunkt.....	25

4.5.2	Krav til fraværets størrelse.....	26
4.5.3	Bruk av overtid	27
4.5.4	Bakgrunnen for fraværet.....	28
4.6	Fast ansettelse må være et ”aktuelt alternativ”	29
4.6.1	Utgangspunkt	29
4.6.2	Krav til virksomhetens størrelse	30
4.6.3	Særegne forhold.....	30
4.7	Tilknytningskravet	31
4.7.1	Utgangspunkt.....	31
4.7.2	Innholdet i tilknytningskravet.....	32
4.8	Rettsvirkninger.....	34
5	Tre- og fireårsregelen.....	35
5.1	Innledning	35
5.2	Tre eller fire år	36
5.2.1	Utgangspunkt.....	36
5.2.2	Ansettelses- og innleieforhold som kan omfattes av flere grunnlag.....	37
5.2.3	Utsatt fratreden.....	38
5.3	Kravet til sammenheng	39
5.3.1	Utgangspunkt.....	39
5.3.2	Lufting av arbeidstakere	41
5.3.3	Andre grunnlag for midlertidig ansettelse og innleie	41
5.3.4	Særlig om tilkallingsvikarer.....	42
5.3.5	Arbeidsgivers virksomhet.....	43
5.4	Fradrag for arbeidstakers fravær.....	44
5.4.1	Tidligere rettstilstand	44
5.4.2	Nåværende rettstilstand.....	45
5.5	Rettsvirkninger.....	46
6	Rettsvirkninger.....	47
6.1.1	Innledning	47
6.1.2	Stillingens innhold	47
6.1.3	Stillingens størrelse.....	48
7	Forholdet mellom grunnbemanningslæren og tre- og fireårsregelen.....	50
8	Avslutning.....	51

Kilder52

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Norsk arbeidsrett bygger i dag på to grunnleggende prinsipper – prinsippet om at arbeidstaker skal ansettes fast jf. aml.¹ § 14-9 første ledd første punktum, og prinsippet om arbeidstakers stillingsvern jf. aml. § 15-7.² Formålet med prinsippene er å sikre trygghet og sikkerhet i ansettelsesforholdet jf. aml. § 1-1 første ledd bokstav b.³

Hovedregelen om fast ansettelse innebærer at arbeidstakeren ansettes på ubestemt tid og har stillingsvern ved at han ikke kan sies opp uten at det er ”saklig begrunnet” jf. aml. § 15-7 første ledd.

Reglene om midlertidig ansettelse og innleie representerer ulike unntak fra hovedregelen, og innebærer at arbeidsgiveren i enkelte tilfeller kan benytte seg av midlertidig arbeidskraft. Dersom et midlertidig arbeidskraftsbehov skyldes fravær av en eller flere av de andre ansatte i virksomheten, kan arbeidsgiveren benytte seg av vikarer. Vikarer kan ansettes midlertidig jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav b, eller leies inn fra bemanningsbyrå jf. aml. § 14-12 første ledd jf. § 14-9 første ledd bokstav b.

Vikarer har et tidsbegrenset arbeidsforhold som i utgangspunktet opphører ved det avtalte tidsrommets utløp. Lovens stillingsvernsregler kommer dermed ikke til anvendelse når avtalen er løpt ut. Vikarene har imidlertid beskyttelse mot opphør som gir en form for stillingsvern så lenge arbeidsavtalen løper.⁴

Vikarene har en mer usikker og uforutsigbar arbeidssituasjon enn de som er fast ansatt, og det er på det rene at virksomheter i stor grad benytter seg av vikarer. Arbeidstilsynets tilsynserfaring tilsier at mange virksomheter i overdreven grad løser et mer eller mindre permanent arbeidskraftsbehov ved midlertidige ansettelser. Dette vil være i strid med loven, og en omgåelse av stillingsvernet.⁵

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 63 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven eller aml.).

² Jan Fougner, ”Læren om fast ansettelse ved varig behov”, *Arbeidsrett* nr. 2/2009, s. 98-104 (s. 98).

³ Se punkt 2.2.

⁴ Se punkt 2.3-2.4.

⁵ Prop. 104 L (2009-2010) s. 2.

For å sikre vikarenes rettsstilling og understøtte hovedregelen om fast ansettelse, har vikarene i enkelte tilfeller rett til fast stilling i virksomheten. Det er tre ulike grunnlag som kan gi rett til fast ansettelse.

For det første, kan en lovstridig midlertidig ansettelse eller et lovstridig innleieforhold gi vikaren rett til fast stilling jf. aml. § 14-11 første ledd og § 14-14 første ledd. For det andre, kan vikaren oppnå rett til fast ansettelse etter den ulovfestede grunnbemanningslæren som er utviklet av Høyesterett, og for det tredje, etter tre- og fireårsregelen i aml. § 14-9 sjette ledd.

I avhandlingen skal jeg ta for meg de praktiske problemstillingene som er knyttet til anvendelsen av de ulike grunnlagene som kan gi vikaren rett til fast ansettelse. Herunder følger en gjennomgang av vilkår for og rettsvirkninger av grunnlagene.

Avhandlingen vil i hovedsak være en fremstilling av gjeldende rett, de lege lata.

Avslutningsvis gjøres en kort selvstendig vurdering av reglene, de lege ferenda, der det ses på om det er behov for endringer eller avklaringer i rettstilstanden.

1.2 Metodiske betraktninger

Grunnbemanningslæren er ulovfestet og utviklet av Høyesterett. Læren har sitt opphav i Statfjorddommen (Rt. 1989.1116), og er senere fulgt opp og videreutviklet i Ambulansedommen (Rt. 2006.1158) og Sykehuset Innlandet-dommen (Rt. 2009.578). Rettspraksis vil derfor være av stor betydning for tolkning av grunnbemanninglæren.

Internasjonal rett av interesse for avhandlingen er EU-direktivet om rammeavtalen om midlertidig ansettelse⁶ som kan bidra som en tolkningsfaktor i analysen av reglene.

Underrettspraksis og juridisk litteratur bukes som tolkningsfaktor og som illustrasjon. Noen av forfatterne av artiklene som omhandler grunnbemanninglæren har hatt tilknytning til sakene som læren bygger på. Dette gjelder Edvardsen og Fougner som var prosessfullmektiger i Sykehuset Innlandet-saken, og Dalheim som var prosessfullmektig i Statfjorddommen. Det tas følgelig hensyn til at argumentasjonen deres kan være preget av ståstedet de har hatt i sakene.

⁶ Rådsdirektiv 99/70/EF av 28. juni 1999 om rammeavtalen om midlertidig ansettelse.

1.3 Avgrensninger

Jeg skal behandle vikariater med hjemmel i aml. § 14-9 første ledd bokstav b og aml. § 14-12 første ledd jf. § 14-9 første ledd bokstav b. Det avgrenses følgelig mot midlertidig ansettelse og innleie på annet grunnlag. Kontraktsforholdet mellom innleier og utleier vil heller ikke bli behandlet. Disse avgrensningene er nødvendige for å kunne behandle hovedtemaet forsvarlig innenfor avhandlingens rammer.

Det avgrenses videre mot spørsmålet om erstatning og prosessuelle spørsmål da dette er tema som er av mindre betydning for avhandlingens tema.

1.4 Fremstillingen videre

Det første som behandles er generelle rettslige utgangspunkter, herunder formål og hensyn bak lovreguleringen om midlertidig ansettelse og innleie i punkt 2. Dette er innledende tema som får betydning for tolkningen og anvendelsen av reglene i det videre.

Videre, behandles de ulike grunnlagene for fast ansettelse. Krav til lovlige midlertidige ansettelser og innleie av vikarer behandles først i punkt 3, da dette er de mest generelle reglene. Videre behandles grunnbemanningslæren i punkt 4 og tre- og fireårsregelen i punkt 5.

De rettslige utgangspunktene for rettsvirkningene nevnes bare kort for hvert enkelt grunnlag for fast ansettelse. Den eventuelle faste stillingens innhold og størrelse behandles samlet i punkt 6 for å unngå gjentakelser da vurderingene blir sammenfallende.

Deretter skal det ses på forholdet mellom tre- og fireårsregelen og grunnbemanningslæren i punkt 7, før avhandlingen avrundes med en kort avslutning i punkt 8.

2 Generelle rettslige utgangspunkter

2.1 Hovedregelen om fast ansettelse

Aml. § 14-9 bestemmer at arbeidstaker som hovedregel skal ansettes fast, for så å angi ulike alternativer for når det lovlig kan inngås midlertidige ansettelsesforhold. Bestemmelsen i aml. § 14-9 er uttømmende (sammenholdt med aml. § 14-10 om åremål), og ufravikelig til arbeidstakers ugunst jf. aml. § 1-9.

2.2 Formål og hensyn bak lovgivningen

Et av arbeidsmiljølovens formål er å sikre ”trygge ansettelsesforhold” jf. aml. § 1-1 bokstav b. Bestemmelsens ordlyd gir uttrykk for at arbeidstaker skal ha sikkerhet, stabilitet og forutberegnelighet rundt sitt ansettelsesforhold.

Bestemmelsen i aml. § 1-1 speiler viktige sider ved loven, og presenterer sentrale prinsipper som loven bygger på. Trygge ansettelsesforhold er et av lovens bærende hensyn, og avspeiler reglene om stillingsvern.⁷

Ved spørsmålet om hvilke begrensninger som skal gjelde for adgangen til å fravike lovens hovedregel om fast ansettelse, er det særlig to sentrale hensyn som står mot hverandre: på den ene siden arbeidsgivers behov for fleksibilitet med hensyn til arbeidsstokken, og på den andre siden hensynet til arbeidstakerens og samfunnets behov for stabile, trygge og forutsigbare ansettelsesforhold.⁸

Lovens unntaksregler om midlertidig ansettelse og innleie fra bemanningsbyrå er viktige for å skape fleksibilitet og tilpasninger til variasjoner i arbeidskraftsbehovet.⁹ Fast ansettelse gir imidlertid arbeidstakeren bedre stillingsvern, og dermed også bedre sikkerhet, stabilitet og forutberegnelighet rundt ansettelsesforhold. Dette tilsier at unntaksreglene må tolkes strengt.

2.3 Midlertidig ansettelse

⁷ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 68.

⁸ Thomas Benson, *Arbeidsrettsboka*, 2. Utgave, Bergen 2014 s. 61.

⁹ Nina Melsom, ”Kontraktsformen ”fast ansettelse uten garantilønn””, *Arbeidsrett* nr. 1/2017, s. 128-136 (s. 129).

Aml. § 14-9 første ledd bokstav a til f gir adgang til midlertidige ansettelse; når arbeidet er av midlertidig karakter (bokstav a), for vikariater (bokstav b), for praksisarbeid (bokstav c), for deltaker i arbeidsmarkedstiltak (bokstav d), for idrettsutøvere mv. (bokstav e) og på generelt grunnlag for en periode på inntil 12 måneder (bokstav f).

Den alminnelige adgangen til midlertidig ansettelse reguleres i aml. § 14-9 første ledd bokstav a, som bestemmer at det kan gjøres unntak for midlertidig ansettelse når ”arbeidet er av midlertidig karakter”. Kjernen i unntaket er at arbeidskraftsbehovet er midlertidig og ikke fast og varig,¹⁰ og bestemmelsen har blitt tolket strengt.¹¹

Vikarbestemmelsen i aml. § 14-9 første ledd bokstav b, er et tilsvarende uttrykk for at et midlertidig arbeidskraftsbehov kan dekkes ved midlertidig ansettelse. Vikariater kan inngås ”for arbeid i stedet for en annen eller andre”. Begrunnelsen for at det skal være lovlig å ansette vikarer i midlertidige stillinger, er at det bare er behov for vikaren så lenge den fraværende arbeidstakeren er borte fra arbeidet.¹² Jeg kommer tilbake til vikarbestemmelsen i punkt 3.

Midlertidig ansatte vikarer har ikke stillingsvern når arbeidsavtalen er løpt ut, men lovens regler om opphør av arbeidsforhold gjelder i avtaleperioden jf. aml. § 14-9 femte ledd. Vikaren har følgelig stillingsvern i medhold av aml. § 15-7 første ledd så lenge arbeidsavtalen løper.

2.4 Innleie fra bemanningsbyrå

Arbeidsgiver kan leie inn arbeidstaker fra et bemanningsbyrå eller fra en ordinær virksomhet jf. aml. §§ 14-12 og 14-13. Det er som nevnt¹³ bare innleie av vikarer fra bemanningsbyrå etter aml. § 14-12 som skal behandles, og jeg kommer tilbake til dette i punkt 3.

Innleie fra bemanningsbyrå må avgrenses mot entrepriser, som ikke omfattes av aml. § 14-12. Grensen skal trekkes etter en helhetsvurdering, der det avgjørende er hvem av partene som har ansvaret for ledelsen og resultatet av det arbeidet som skal presteres.¹⁴

¹⁰ Fougner, *Arbeidsrett* 2009 s. 99.

¹¹ Rt. 1985.1141.

¹² Benson, 2014 s. 70.

¹³ Se punkt 1.3.

¹⁴ Rt. 2013.998 (avsn. 59).

Det som skiller innleie fra midlertidig ansettelse er at den innleide arbeidstakeren ikke er ansatt hos innleievirksomheten men hos utleievirksomheten, typisk et bemanningsbyrå. Det vil si at det foreligger et trepartsforhold og de rettslige relasjonene mellom partene har ulike grunnlag.¹⁵ Arbeidstakeren er ansatt hos utleieren og innleievirksomheten, der arbeidstakeren utfører arbeidet, har et kontraktsforhold med utleieren.

Innleie fra bemanningsbyrå er tillatt i samme utstrekning som det kan inngås avtale om midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd bokstav a til e, jf. aml. § 14-12 første ledd.¹⁶

Arbeidsinnleie og midlertidig ansettelse er alternativer, og i prinsippet kan ethvert midlertidig arbeidskraftsbehov løses gjennom innleie. Reglene er derfor i stor grad harmonisert, for å unngå omgåelse av lovens hovedregel om fast ansettelse.¹⁷

For innleide vikarer er det utleier som reelt sett er arbeidsgiver. Innleievirksomheten, der arbeidstakeren utfører sitt arbeid, kan derfor ikke si opp arbeidstakeren, men kan si opp avtalen med utleier.¹⁸

2.5 EU-direktiv om midlertidig ansettelse

Begrensninger i adgangen til å benytte midlertidig ansettelse er direktivfestet i EU i direktivet om rammeavtalen om midlertidig ansettelse.¹⁹ Direktivet bygger på at fast ansettelse skal være hovedregelen, og fastsetter generelle prinsipper og minstekrav for midlertidig ansettelse.

Det følger av avtalens klausul 1 at formålet med rammeavtalen er å bedre kvaliteten på midlertidig ansettelse ved å sikre prinsippet om likebehandling og opprettholde en ramme for å hindre misbruk som følge av at det benyttes gjentatte midlertidige ansettelsesforhold.

Medlemslandene er pålagt å treffe tiltak for å hindre misbruk som følge av gjentatte midlertidige ansettelser jf. klausul 5. Et av de alternative tiltakene er å innføre nasjonale regler som angir den maksimale samlede varigheten av de gjentatte midlertidige arbeidsavtalene eller ansettelsesforholdene jf. klausul 5 nr. 1 b.

¹⁵ Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jennum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. Utgave Oslo 2017 s. 155.

¹⁶ Det er gjort unntak for midlertidig ansettelse på generelt grunnlag etter bokstav f.

¹⁷ NOU 1998: 15 punkt 1.3.2 og Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 29.

¹⁸ Anniken Astrup, ”Kommentar til aml. § 14-12”, arbeidsrett.no.

¹⁹ Rådsdirektiv 99/70/EF av 28. juni 1999.

Direktivet understreker at det skal være strenge krav for midlertidig ansettelse, og norsk rett er antatt å være i samsvar med EU-direktivets intensjoner.²⁰

²⁰ Ot.prp. nr. 12 (2003-2004) s. 16-18.

3 Krav til lovlig midlertidig ansettelse og innleie av vikarer

3.1 Kravet om et reelt vikariat

Etter aml. § 14-9 første ledd bokstav b kan midlertidig ansettelse benyttes ”for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)”. Det må altså foreligge et reelt ”vikariat”, og spørsmålet er følgelig hva som ligger i bestemmelsen. Vilkårene for å anvende vikariater er de samme for midlertidig ansettelse og innleie fra bemanningsbyrå jf. aml. § 14-12 første ledd. Disse behandles derfor samlet.

Ordlyden i bestemmelsen taler for at det er fraværet av en eller flere andre arbeidstakere som gir adgang til å benytte vikarer.

Av forarbeider går det frem at begrepet ”vikariater” presiseres i lovteksten, for å gi veiledning om hva som ligger i begrepet.²¹ Det går også frem at avtaler som betegnes som vikariater, men som reelt sett ikke oppfyller lovens krav, kan anses som proformaverk og dermed settes til side. Selv om utgangspunktet er at vikariater lovlig kan avtales, er det klart at avtaler som inngås for å omgå lovens bestemmelser eller er utilbørlige i forhold til arbeidstakeren, vil kunne settes til side av domstolene.²² Det må foreligge et reelt behov for vikarer, og lovligheten må vurderes ut fra de konkrete forholdene.²³ Det er altså realiteten i forholdet som er avgjørende, og ikke hvordan arbeidsforholdet karakteriseres.

Vikarer skal utføre bestemte arbeidsoppgaver, eller fylle en bestemt stilling ved fravær av en eller flere andre arbeidstakere.²⁴ Det er ikke krav om at navnet på personen som det vikarieres for skal oppgis på forhånd, og det er derfor adgang til å ansette ferievikarer uten at disse er knyttet til bestemte arbeidstakere som er fraværende. Det er heller ikke krav om at en eller flere fast ansatte skal være fraværende. Vikariater kan også lovlig inngås dersom det er en eller flere midlertidig ansatte som er fraværende.²⁵

²¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 213 og 331.

²² Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 71.

²³ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165.

²⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 213 og 331.

²⁵ Lill Egeland, ”Kommentarer til aml. § 14-9” i Henning Jakhelln mfl., *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, 4. Utgave, Bergen 2017 s. 867.

Dersom vikariatet ikke er knyttet til bestemte arbeidstakeres fravær, må det konkretiseres på en annen måte,²⁶ for eksempel ved angivelse av et avtalt tidsrom. Det vil si at det ikke er adgang til å inngå løpende kortvarige vikariater for å dekke et konstant behov for arbeidskraft i virksomheten. Det er likevel ikke i strid med loven å benytte samme vikar flere ganger, dersom begrunnelsen er at noen faktisk er fraværende og vikaren dekker et arbeidskraftbehov som skyldes fraværet.²⁷

Dersom vikariatet er knyttet til en bestemt arbeidstakers fravær, er det ikke krav om at vikaren utfører det samme arbeidet som den fraværende arbeidstakeren. En intern omfordeling av arbeidsoppgavene ved fravær vil være i tråd med loven.²⁸

Det er ingen bestemmelse som sier at vikaren må være ansatt like lenge som den fraværende arbeidstakeren er borte fra arbeidet. Det kan altså avtales vikariat av kortere varighet. Det er imidlertid ikke adgang til å avtale lengre vikariater dersom vikaren ikke skal utføre arbeid i stedet for en annen eller andre. Dersom vikaren blir omplassert ved arbeidstakerens tilbakekomst for å fylle et arbeidskraftsbehov på grunn av fravær av en ny arbeidstaker må det inngås en ny vikaravtale.²⁹

Det kan også være lovlig å ansette vikarer i påvente av at en ny ansatt kan tiltre stillingen.³⁰ Dette har en grense mot tilfellene der det kan ansettes midlertidig på grunn av manglende kvalifikasjoner dersom det ikke er kvalifiserte søkere til en stilling. Forutsetningen er at arbeidsgiveren har et saklig behov for dette, og muligheten for å få kvalifisert personell må ikke blokkeres. Dette har i rettspraksis blitt hjemlet i aml. § 14-9 første ledd bokstav a.³¹

I kravet om et reelt vikariat ligger det følgelig at vikaren skal dekke et midlertidig arbeidskraftsbehov på grunnlag av andre arbeidstakeres fravær. Rettsvirkningene av at det ikke foreligger et reelt vikariat kommer jeg tilbake til i punkt 3.3 og i punkt 6.

3.2 Særlig om tilkallingsvikarer

²⁶ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165.

²⁷ Ibid.

²⁸ Egeland, i Jakhelln mfl., 2017 s. 867-868.

²⁹ Marion Holthe Hirst og Sven Ivar Lønneid, *Arbeidsrett i et nøtteskall*, Oslo 2015 s. 61.

³⁰ Egeland, i Jakhelln mfl., 2017 s. 868.

³¹ Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland, *Arbeidsmiljøloven kommentarer og praksis*, 2. Utgave, Oslo 2015 s. 614 med videre henvisning til Rt. 1985.1141.

En spesiell form for vikariat er de såkalte tilkallingsvikariatene. Typisk for disse er at vikaren ikke har noen fast arbeidstid, men blir tilkalt etter behov. De har verken rett eller plikt til å jobbe i noe bestemt omfang, og kan velge å takke ja til de vakter som blir tilbudt.

Dette er en vanlig ansettelsesform både for midlertidig ansettelse og ved innleie av arbeidstakere, og benyttes særlig i bransjer med døgkontinuerlig drift eller ved arbeid i helger og kvelder som for eksempel helsevesenet eller restaurantbransjen. Slike avtaler kan lovlig inngås innenfor de grenser som gjelder for midlertidig ansettelse.³² Under henvisning til avhandlingens tema, er det bare tilkallingsavtaler med grunnlag i aml. § 14-9 første ledd bokstav b som behandles.

Midlertidig ansatte tilkallingsvikarer arbeider etter avtale med arbeidsgiver for hver enkelt arbeidsøkt, som kan variere fra noen timer til flere uker eller måneder.³³ Arbeidsforholdet avsluttes ved oppdragets avslutning.

I bemanningsbransjen blir tilkallingsavtaler ofte omtalt som fast ansettelse uten garantilønn.³⁴ Arbeidstakeren er ofte fast ansatt hos et bemanningsbyrå, og blir tilkalt etter behov hos innleier. Lønnen vil være avhengig av innleievirksomhetens behov for arbeidskraften til den enkelte arbeidstakeren, og han har ikke rett til lønn i perioder uten oppdrag. Arbeidstakerene vil i motsetning til midlertidig ansatte vikarer fortsatt være ansatt hos utleier, og det er antatt at de derfor har en noe større sikkerhet for å få tilbud om nye oppdrag.³⁵

Til illustrasjon av ansettelsesformen nevnes Bråthen-dommen i Rt. 2005.826 der Høyesterett kom til at tilkallingsavtalen måtte likestilles med en ulovlig avtale om midlertidig ansettelse. Arbeidstakeren var ansatt som ekstrahjelp ved behov, men hadde en arbeidsavtale som etter sin ordlyd ikke var en midlertidig arbeidsavtale. Avtalen manglet den trygghet som blant annet følger av arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern ved fast ansettelse, og arbeidstakeren hadde liten sikkerhet for at han skulle få arbeid og dermed lønn (avsn. 30). Høyesterett vurderte avtalen som en omgåelse av arbeidsmiljølovens stramme regulering av adgangen til å avtale midlertidige ansettelsesforhold, og avtalen ble dermed likestilt med en

³² Se for eksempel Rt. 2005.826 (avsn. 31), Egeland, i Jakhelln mfl., 2017 s. 871 og Johansen mfl., 2015 s. 613.

³³ Camilla Selman og Einar Engh, "Arbeidsrettslige betraktninger om "tilkallingshjelp"", *Arbeidsrett* nr. 2/2015, s. 222-231 (s. 222).

³⁴ Christel Søreide, "Grensen mellom fast og midlertidig ansettelse" *Arbeidsrett* nr. 1/2017, s. 113-127 (s. 114).

³⁵ Melsom, *Arbeidsrett* 2017 s. 130. Motsatt Søreide, *Arbeidsrett* 2017 s. 114-115.

ulovlig avtale om midlertidig ansettelse (avsn. 30). Tilkallingsavtaler må vurderes i forhold til de grenser som gjelder for midlertidige ansettelser (avsn. 31).

Dommen illustrerer at lovligheten av tilkallingsavtaler beror på reglene om midlertidig ansettelse, og det er realiteten i forholdet som er avgjørende. Dersom tilkallingsavtaler skal benyttes utenfor reglene om midlertidig ansettelse må arbeidsavtalen kvalifisere til fast ansettelse, og dette beror på en konkret vurdering. Det kreves konkret og reell forutsigbarhet for arbeid og inntekt for at arbeidsavtalen skal kunne anses å være en fast ansettelse.³⁶

3.3 Rettsvirkninger

Rettsvirkningene av at det foreligger brudd på bestemmelsen i aml. §§ 14-9 første ledd bokstav b og 14-12 første ledd er at vikaren kan kreve fast ansettelse og/eller erstatning etter aml. §§ 14-11 og 14-14. Ved tvist skal domstolen som hovedregel avsi dom for at det foreligger et fast arbeidsforhold eller at arbeidsforholdet fortsetter.

Det kan imidlertid gjøres unntak dersom domstolen etter en avveining av partens interesser finner det ”åpenbart urimelig” at arbeidsforholdet fortsetter. Dette er et snevert unntak som kan komme til anvendelse i ”særlige tilfeller”.

Innholdet i en eventuell fast stilling kommer jeg tilbake til i punkt 6.

³⁶ Søreide, *Arbeidsrett* 2017 s. 126.

4 Grunnbemanningslæren

4.1 Innledning

Det er i strid med loven å inngå løpende kortvarige vikaravtaler for å dekke et konstant behov for arbeidskraft i en virksomhet med noenlunde stabil fraværspersent.³⁷ Selv om vikariatene isolert sett er lovlige, er kjernen i grunnbemanningslæren at dersom det foreligger et slikt konstant behov for arbeidskraft, skal det dekkes ved en større grunnbemanning av fast ansatte.

Hovedregelen er som nevnt at arbeidstaker skal ansettes fast. Hensyn bak grunnbemanningslæren er at dersom arbeidsgiver over tid har et slikt konstant behov for arbeidskraft, svikter begrunnelsen for å anvende vikariater og hovedregelen om fast ansettelse bør derfor gå foran.³⁸ Det er generelt sett høy terskel for bruk av midlertidig ansettelse. Det kreves en saklig grunn, og midlertidig ansettelse skal ikke brukes i større grad enn nødvendig.³⁹

Høyesterett formulerte som nevnt⁴⁰ utgangspunktet for grunnbemanningslæren i Statfjorddommen i Rt. 1989.1116. Læren har senere blitt behandlet og videreutviklet i flere saker, blant annet Ambulansedommen i Rt. 2006.1158 og Sykehuset Innlandet-dommen i Rt. 2009.578. I det følgende presenteres disse dommene kort da de danner utgangspunktet for videre drøftelse av lærens innhold.

4.2 Rettspraksis

4.2.1 Statfjorddommen

Saksforholdet var at en servicearbeider hadde arbeidet som vikar på Statfjordfeltet i 2.5 år. Hun ble ansatt med nye vikaravtaler for hver gang hun var ute på feltet, og det var til sammen

³⁷ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165.

³⁸ Kjetil Edvardsen, "Retten til fast ansettelse, Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren", *Arbeidsrett* nr. 2/2012, s. 103-141 (s. 104).

³⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165-166 og Rt. 1985.1141 (s. 1150).

⁴⁰ Se punkt 1.2.

tale om 20 vikariater. Høyesterett la til grunn at vikarordningen var i strid med aml (1977) § 58 nr. 7 andre ledd,⁴¹ og at arbeidstakeren skulle ha vært regnet som fast ansatt.

Høyesterett legger vekt på at tjenesteforholdet bar preg av at hun ”fast, over lang tid, har fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften” (s. 1121). Selv om hun ikke var rettslig forpliktet, var det forventet at hun måtte reise ut i Nordsjøen på kort varsel. Arbeidet til vikaren skilte seg ikke vesentlig fra skiftordningen for de som var fast ansatt. Vikarbehovet var stabilt, og til enhver tid påregnelig for bedriften. Det ble derfor ansett å være ”best i tråd med intensjonene i arbeidsmiljøloven” at hun skulle ha vært fast ansatt og gitt stillingsvern (s. 1121).

4.2.2 Ambulansedommen

Arbeidstakeren hadde inngått en avtale om å være vikar/tilkallingshjelp med sporadisk tjenestegjøring/ubestemt arbeidstid i ambulansetjenesten. Høyesterett kom til at ordningen med å tilkalle vikarer slik den ble praktisert var i strid med arbeidsmiljøloven (1977) § 58A nr. 1.⁴²

Høyesterett viser til formuleringen fra Statfjorddommen om at servicearbeideren ”fast, over lang tid, har fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften” (avsn. 38). Videre, oppstilles to vilkår for at en vikaravtale skal kunne settes til side som stridende mot arbeidsmiljøloven. For der første, var det en side til bedriftens behov – ”et fast arbeidskraftsbehov skal ikke dekkes ved vikariater, men med en større grunnbemanning av fast ansatte”. For det andre, måtte den enkelte ansatte må ha en ”tilstrekkelig fast tilknytning til bedriften” (avsn. 39).

Tilknytningskravet kommer jeg tilbake til i punkt 4.7.

4.2.3 Sykehuset Innlandet-dommen

Spørsmålet i saken var om en arbeidstaker som hadde vært ansatt i ulike midlertidige stillinger over flere år hadde krav på fast ansettelse – enten på grunnlag av grunnbemanningslæren eller etter fireårsregelen. Høyesterett tok også stilling til forholdet mellom grunnbemanningslæren og fireårsregelen. Her behandles bare Høyesteretts anvendelse av grunnbemanningslæren. Tre- og fireårsregelen og forholdet mellom reglene kommer jeg tilbake til i punkt 5 og 7.

⁴¹ Tilsvarende aml. § 14-9 første ledd bokstav b.

⁴² Nå omfattet av aml. § 14-9.

Høyesterett tok utgangspunkt grunnbemanningslæren slik den kommer til uttrykk i Statfjorddommen (avsn. 44) og i Ambulansedommen (avsn. 45). Saken skilte seg imidlertid fra Statfjorddommen og Ambulansedommen både med hensyn til omfanget av vikarbehovet, og hvilke alternativer virksomheten hadde hatt for å løse dette. Retten kom til at det verken var i strid med loven eller dens formål at det aktuelle arbeidskraftsbehovet ble løst ved bruk av midlertidige ansettelser.

4.2.4 Sammenfatning

Fra rettspraksis kan det utledes tre hovedelementer i grunnbemanningslæren: det må foreligge et stabilt og varig behov for vikarer, fast ansettelse må være et aktuelt alternativ for virksomheten, og arbeidstakeren må ha tilstrekkelig tilknytning til virksomheten.

I det følgende skal det gjøres en nærmere analyse av vilkårene. Innledningsvis problematiseres hvilke ansettelsesforhold som kan gi grunnlag for fast ansettelse etter grunnbemanningslæren, og hvilket virksomhetsområde vurderingen av vikarbehovet skal gjøres opp mot.

4.3 Vikarer som omfattes av grunnbemanningslæren

4.3.1 Midlertidig ansatte vikarer

I Statfjorddommen uttaler Høyesterett at det er ”vikariat” som er av betydning (s. 1120). Dette videreføres i Ambulansedommen der det uttales at det er ”særlig nr. 1 bokstav b om vikariater som har betydning” (avsn. 36). Tilsvarende i Sykehuset Innlandet-dommen, var det ”vikariat” som ble drøftet i forbindelse med grunnbemanningslæren (avsn. 43-51).

Det er dermed på det rene at midlertidig ansatte vikarer kan kreve fast ansettelse i medhold av grunnbemanningslæren.

Trolig vil også andre midlertidige ansettelsesforhold etter aml. § 14-9 første ledd bokstav a til f kunne omfattes, men vikariater er særlig praktisk.⁴³ Dette behandles ikke nærmere da det faller utenfor avhandlingens tema.

4.3.2 Innleide vikarer

⁴³ Edvardsen, *Arbeidsrett* 2012 s. 110.

Problemstillingen er om vikarer som er innleid fra bemanningsbyrå jf. aml. § 14-12 kan få rett til fast stilling hos innleier etter grunnbemanningslæren.

En sak som illustrerer problemstillingen er LG-2014-57287 der Lagmannsretten tok stilling til om en innleid arbeidstaker hadde krav på fast stilling etter grunnbemanningslæren.

Lagmannsretten viser til Sykehuset Innlandet-dommen der det uttales i avsnitt 48 at ”det er ikke noe i rettskildesituasjonen som tilsier at læren nå bør videreutvikles.” Retten mente at grunnbemanningslæren ikke kunne anvendes på innleieforhold fordi dette ikke var blitt gjort tidligere, og dette ville derfor være å utvide prinsippet i strid med de signaler som Høyesterett hadde gitt. Dommen ble ikke anket til Høyesterett, og Høyesterett har så vidt jeg vet heller ikke tatt endelig stilling til spørsmålet.

I lagmannsrettsdommen tas det ikke stilling til hensynene som ligger bak grunnbemanningslæren eller lovgivers mål om å harmonisere reglene for innleie og midlertidig ansettelse. Lagmannsrettens drøftelse fremstår derfor som lite grundig og noe unyansert. Det ble imidlertid lagt til grunn at vilkårene etter grunnbemanningslæren uansett ikke var oppfylt, og spørsmålet var derfor ikke av stor betydning.

Uttalelsene i Sykehuset Innlandet-dommen må leses med tanke på at de er gitt i forbindelse med avklaringen av forholdet mellom grunnbemanningslæren og fireårsregelen. Dessuten må uttalelsen anses å være et obiter dictum. Det er ikke andre holdepunkter i Sykehuset Innlandet-dommen som tilsier at Høyesterett har ment å stenge for at innleide vikarer skal kunne påberope seg grunnbemanningslæren.

Høyesterett uttaler uttrykkelig at ”det er ikke noe i rettskildesituasjonen som tilsier at læren nå bør videreutvikles” (avsn. 48). Det kan imidlertid problematiseres om anvendelsen av grunnbemanningslæren på innleieforhold faktisk medfører en videreutvikling av læren.

En innleid vikar har i realiteten to arbeidsgivere: han er ofte fast ansatt i utleievirksomheten, og utfører arbeid i innleievirksomheten. Han har dermed en viss sikkerhet for å få tilbud om nye oppdrag.⁴⁴ Her stiller den innleide vikaren noe bedre enn en midlertidig ansatt vikar som blir ansatt med nye vikariater for hver gang. Denne forskjellen kan tale for at det også kan gjøres forskjell i forhold til rettigheter etter grunnbemanningslæren. Det at den innleide

⁴⁴ Se punkt 3.2.

vikaren er ansatt hos utleier, taler også mot at grunnbemanningslæren skal kunne gi rett til fast ansettelse hos innleier.

På den andre siden, er det organiseringen av arbeidskraften som etter grunnbemanningslæren tilsier at vikarene skal ha rett til fast ansettelse og dermed stillingsvern. Selv om en innleid vikar reelt sett er ansatt hos en annen arbeidsgiver, gjør hensynene som grunnbemanningslæren bygger på seg gjeldende med samme styrke for innleievirksomhetens organisering av arbeidskraften.

Lovens formål om å sikre trygge ansettelsesforhold og hovedregelen om fast ansettelse taler for at dersom innleievirksomheten har et fast og varig behov for vikarer, må dette gi grunnlag for fast ansettelse uavhengig av om vikaren er midlertidig ansatt i virksomheten eller er innleid fra bemanningsbyrå.

Videre er det på det rene at innleie og midlertidig ansettelse er alternative måter å dekke et midlertidig arbeidskraftsbehov på. Lovgiver har i stor grad tatt sikte på å harmonisere regelverket for disse ansettelsestypene. Dette begrunnes med at hovedregelen om fast ansettelse skal være det normale.⁴⁵ I prinsippet kan ethvert midlertidig arbeidskraftsbehov løses gjennom innleie, og det bør derfor være symmetri i reguleringen av innleie fra bemanningsbyrå og midlertidig ansettelse. Dette vil redusere muligheten for omgåelse av lovens hovedregel ved å velge innleie fremfor midlertidig ansettelse. Dette taler for at innleide vikarer også bør ha rett til fast stilling etter grunnbemanningslæren.

Det følger av aml. § 14-14 første ledd at ulovlig innleie kan gi vikaren rett til fast stilling hos innleier. Det vil si at dersom det ikke foreligger et reelt vikariat kan arbeidstakeren kreve fast stilling.⁴⁶ Bestemmelsen kan tas til inntekt for at grunnbemanningslæren også bør gi rett til fast ansettelse dersom det foreligger en ulovlig vikarpraksis i innleievirksomheten.

Etter aml. § 14-12 fjerde ledd gjelder tre- og fireårsregelen i aml. § 14-9 sjettede ledd også for innleide vikarer. Her differensieres det ikke mellom innleide og midlertidig ansatte vikarer. Hensynet til indre sammenheng i lovverket taler for at innleide vikarer også bør kunne oppnå rett til fast stilling etter grunnbemanningslæren.

⁴⁵ NOU 1998: 15 punkt 1.3.2 og Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 29.

⁴⁶ Se punkt 3.

Det å gi innleide vikarer rett til fast stilling i innleievirksomheten etter grunnbemanningslæren fremstår etter dette som en hensiktsmessig måte å sikre symmetri i reglene på, og som også reduserer mulighetene for omgåelse av lovens hovedregel. Dette fremstår dermed ikke som en videreutvikling av læren i strid med de signaler som Høyesterett har gitt, men snarere som en naturlig forlengelse av lærens anvendelsesområde i tråd med harmoniseringen av reglene om midlertidig ansettelse og innleie fra bemanningsbyrå.

Etter min mening må hovedregelen om fast ansettelse samt symmetri og indre sammenheng i lovgivningen tillegges avgjørende vekt, og avveiningen tilser dermed at innleide vikarer bør kunne få rett til fast stilling hos innleier etter grunnbemanningslæren. Rettstilstanden er imidlertid noe usikker på dette punktet, og spørsmålet er uavklart.

4.4 Virksomhetsområde

4.4.1 Arbeidsgivers virksomhet

Problemstillingen er hvilket virksomhetsområde vikarbehovet skal vurderes opp mot, altså om vikarbehovet skal vurderes opp mot hele eller deler av arbeidsgivers virksomhet.

Det tas først stiling til hva som ligger i virksomhetsbegrepet.

Det følger av aml. § 1-2 at loven gjelder for ”virksomhet” som sysselsetter arbeidstaker. Bestemmelsen angir lovens virkeområde, og ordlyden tilsier at alle virksomheter som sysselsetter arbeidstakere omfattes av loven. Ordlyden gir ellers lite veiledning om hva som ligger i begrepet ”virksomhet”. Begrepet er ikke definert i arbeidsmiljøloven.

Tidligere arbeidervernlover brukte begrepet ”bedrift”, men ordlydsendringen til ”virksomhet” var ikke ment å skulle innebære vesentlige realitetsendringer, og tidligere rettskilder er derfor fortsatt relevant.⁴⁷ Avgrensning av begrepet ”virksomhet” vil som hovedregel falle sammen med det rettssubjektet som er arbeidsgiver.⁴⁸

For å omfattes av virksomhetsbegrepet må virksomheten ha en viss grad av organisasjon og varighet, og ikke være helt ubetydelig. Det vil si at rent personlige og private arbeidsavtaler

⁴⁷ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 101.

⁴⁸ NOU 2004: 5 punkt 10.4.1.

ikke omfattes av arbeidsmiljøloven.⁴⁹ Begrepet virksomhet omfatter alle former for næringsvirksomhet og offentlig forvaltning. Det omfatter ideell og immateriell virksomhet, og det er ikke avgjørende om virksomheten drives med gevinst for øye.⁵⁰

Virksomhetsbegrepet er et noe relativt begrep, og innholdet må avgjøres ut fra regelverkets formål og de reelle hensyn som gjør seg gjeldende når regelverket skal anvendes i praksis.⁵¹ Dersom det ikke foreligger særlige holdepunkter for noe annet, er utgangspunktet at ”virksomhet” tolkes på samme måte som det tidligere begrepet ”bedrift”.⁵²

Spørsmålet videre er om hele virksomheten skal ses som en enhet, eller om vikarbehovet skal vurderes opp mot enkelte avdelinger.

Utgangspunktet i aml. § 1-8 andre ledd er at arbeidsgiver er den som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste. Ordlyden taler for at bestemmelsene retter seg mot hele arbeidsgivers virksomhet. Ordlyden i aml. § 14-9 gir ikke særlige holdepunkter som tilsier noe annet.

Høyesterett har tatt stilling til virksomhetsbegrepet i nyere rettspraksis som gjelder utvelgelse og nedbemanning. I Rt. 2013.1730 måtte virksomhetsbegrepet forstås som hele den juridiske enheten. I Rt. 2015.1332 var det saklig å begrense utvelgelseskretsen for oppsigelse til den enkelte avdeling, og det samme utgangspunktet er lagt til grunn i HR-2017-561-A. Her er det imidlertid andre hensyn og vurderinger som gjør seg gjeldende og dette kan derfor ikke ha direkte overføringsverdi.

I forbindelse med tilføyelsen av adgangen til midlertidig ansettelse på generelt grunnlag jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav f, er det lagt til grunn i den nye karantenebestemmelsen i aml. § 14-9 sjuende ledd at bestemmelsen skal gjelde for hele den juridiske enheten.⁵³ Hensynet til indre sammenheng i arbeidsmiljøloven tilsier at det samme utgangspunktet bør legges til grunn for grunnbemanningslæren.

Hensynet til hovedregelen om fast ansettelse og arbeidstakers stillingsvern taler også for at grunnbemanningslæren bør gis et vidt anvendelsesområde. Dersom utgangspunktet er at

⁴⁹ Rt. 1981.899.

⁵⁰ NOU 2004: 5 punkt 10.4.1.

⁵¹ Henning Jakhelln, ”Kommentarer til aml. § 1-8”, arbeidsrett.no.

⁵² Hirst, 2015 s. 19.

⁵³ Prop. 39 L (2014-2015) s. 113.

vurderingen skal gjøres opp mot hele den juridiske enheten vil dette kunne hindre vanskelige grensedragninger og skape klarhet i rettstilstanden. Dette taler for at vurderingen skal gjøres opp mot hele den juridiske enheten.

Et naturlig utgangspunkt for vurderingen kan dermed være hele den juridiske enheten, med mindre det foreligger særlige holdepunkter som tilsier noe annet.

I rettspraksis har grunnbemanningslæren særlig vært aktuell der kommuner har vært gjenstand for søksmål og dette er gjennomgående store arbeidsgivere. Det kan da oppstå spørsmål om vikarbehovet skal vurderes opp mot hele kommunen eller den enkelte avdeling eller etat innen kommunen.

Utgangspunktet har vært at hele kommunen skal ses som en enhet, jf. for eksempel Rt. 1998.1357 som gjaldt bruk av overtid, og Rt. 2011.841 der det var det spørsmål kommunen kunne omplassere en undervisningsinspektør til en tilsvarende stilling innen kommunen. Ingen av dommen gjelder anvendelse av grunnbemanningslæren, men hensynet til koherens i lovgivningen kan tale for at det samme utgangspunktet kan legges til grunn.

En kommune er imidlertid en stor enhet, med mange ulike avdelinger og etater. Dersom arbeidstakeren for eksempel arbeider på et sykehjem, og krever fast stilling i medhold av grunnbemanningslæren, vil det være lite hensiktsmessig om vurderingen av arbeidskraftsbehovet også skulle omfatte fraværet i helt andre avdelinger som for eksempel skoler eller barnehager. Fravær i disse avdelingene sier lite om arbeidskraftsbehovet på sykehjemmet. Dette tilsier at vurderingen bør gjøres for hver enkelt avdeling i kommunen.

I Ambulansedommen legges det stor vekt på hvordan ordningen faktisk er praktisert, og hvilken enhet det er mulig å knytte ordningen til (avsn. 40-41). Høyesterett tar imidlertid ikke stilling til om det er riktigst å ta utgangspunkt i den enkelte regions behov eller behovet i et større område (avsn. 41).

Saken i LH-2011-97866⁵⁴ illustrerer også problemstillingen. Det var spørsmål om en arbeidstakers vikariat skulle vurderes opp mot hele oppvekst- og kultursektoren i kommunen, alternativt alle barnehager, eller bare de to barnehagene hun faktisk hadde jobbet i. Lagmannsretten la vekt på Ambulansedommen, og kom til at behovet for arbeidskraft skulle

⁵⁴ Anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2012-1000-U.

vurderes opp mot behovet for fagarbeidere/assistenter i barnehagesektoren i hele Bodø kommune.

I dommen LE-2014-150547 måtte også arbeidskraftsbehovet i utgangspunktet vurderes ut fra hvilket behov hele kommunen hadde for den arbeidskraften som arbeideren hadde stilt. Dette måtte imidlertid forstås med den reservasjon at der det ikke var mulig å knytte en vikarordning til hele virksomheten, kan det være grunnlag for å vurdere mindre enheter. Dommen taler for at utgangspunktet er hele arbeidsgivers virksomhet, med mindre det ikke er praktisk mulig.

Eksempler fra rettspraksis viser følgelig at det i praksis blir lagt vekt på hvilken enhet vikarordningen faktisk er praktisert i forhold til, og hvilken enhet det er mulig å knytte ordningen til.⁵⁵

Dette taler for at vikarbehovet ikke skal vurderes opp mot hele kommunen som en enhet, men begrenses til de aktuelle avdelinger og etater som arbeidet knytter seg til.

Rettskildene trekker i retning av at utgangspunktet for vurderingen er hele den juridiske enheten med mindre det foreligger særlige holdepunkter som tilsier noe annet. For kommuner bør vurderingen begrenses til de aktuelle avdelinger eller etater som arbeidet knytter seg til. Høyesterett har imidlertid ikke tatt stilling til spørsmålet, og rettstilstanden må derfor anses uavklart.

4.4.2 Arbeidstakers kvalifikasjoner

Spørsmålet videre er om det kan følge ytterligere begrensninger av arbeidstakerens kvalifikasjoner.

I Statfjorddommen ble vikarbehovet vurdert opp mot alle servicearbeiderne i virksomheten. Det ble altså avgrenset mot de andre stillingene som servicearbeideren ikke var kvalifisert til å vikariere for.

⁵⁵ Tron Dalheim, ”Midlertidig ansettelse – tilkallingsvikarer, ekstrahjelpere m.v.”, *Arbeidsrett* nr. 4/2006, s. 244-264 (s. 255).

I Ambulansedommen hadde arbeidstakeren inngått en avtale med Akershus fylkeskommune. Vikarordningen ble vurdert opp mot ambulansetjenesten, og ikke noen andre av arbeidsgivers virksomheter.

I Sykehuset Innlandet-dommen ble vikarordningen begrenset til hjelpepleierne på de aktuelle poster, altså til de stillinger som vikaren faktisk kunne vikariere for.

LF-2012-16761 er også illustrerende. Lagmannsretten la til grunn at lovens krav innebærer at det tas utgangspunkt i kommunens samlede behov for vikarer, i praksis begrenset til behovet innenfor ”Helse og velferd”, hvor den aktuelle stillingskategorien som arbeidstakeren arbeidet innenfor ble etterspurt.

Dommene taler for at kvalifikasjonskrav kan begrense vurderingen av vikarordningen til den enkelte yrkesgruppe der vikaren har vikariert i virksomheten.

Dette har gode grunner for seg – en hjelpepleier som arbeider på et sykehus er ikke kvalifisert til å vikariere for en lege, og vurderingen av vikarbehovet bør derfor begrenses til hjelpepleierstillingene. En vikar kan ikke vikariere i stillinger som han ikke er kvalifisert for, og det vil si at kvalifikasjonskrav kan tilsi begrensninger i vurderingen av virksomhetsområde.

Et spørsmål i forlengelsen av dette, er om en vikar som er kvalifisert for flere stillingskategorier kan kreve å bli vurdert opp mot et større virksomhetsområde. For eksempel legen som er kvalifisert til å vikarierer som hjelpepleier.

I Statfjorddommen og Ambulansedommen var det bare tale om arbeid innenfor den samme stillingskategorien, og det tas ikke stilling til om høyere kvalifiserte arbeidstakere kan bli vurdert opp mot et større virksomhetsområde.

I Sykehuset Innlandet-dommen var partene enige om at arbeidstakeren bare kunne vikariere for hjelpepleierne på de aktuelle postene som han hadde arbeidet på, der han var kjent. Det uttales imidlertid at ved den konkrete vurderingen må det tas utgangspunkt i antallet fast ansatte ”som A kunne vikariere for” (avsn. 49).

Rettspraksis sier altså ikke noe konkret om problemstillingen, men stenger heller ikke for en slik vurdering av arbeidstakers kvalifikasjoner.

Det å vurdere vikaren opp mot et større virksomhetsområde kan gjøre det lettere å oppnå rett til fast stilling. Dette er i samsvar med hovedregelen om fast ansettelse. I relasjon til stillingsvernet er det derfor lite problematisk å vurdere særlig kvalifiserte arbeidstakere opp mot et større virksomhetsområde.⁵⁶

Arbeidsgiver plikter imidlertid ikke å tilby arbeidstaker en stilling dersom dette vil innebære at andre arbeidstakere sine rettigheter blir redusert.⁵⁷ Arbeidstakeren kan altså ikke kreve at arbeidsgiveren flytter på andre arbeidstakere for å tilrettelegge. Da arbeidsgiver ikke har noen slik tilretteleggingsplikt, kan dette tale for at arbeidstakere som er særskilt kvalifisert til å arbeide i flere stillingskategorier ikke kan kreve å bli vurdert opp mot andre stillingsgrupper.

Rettsstilstanden er noe usikker på dette punktet, og spørsmålet er ikke avklart.

4.5 Vilkåret ”stabilt og varig behov” for vikarer

4.5.1 Utgangspunkt

Problemstillingen er hva som ligger i kravet til at virksomheten må ha et stabilt og varig behov for vikarer.

I Statfjorddommen uttales at tilstanden med fravær blant de fast ansatte var ”stabil ... og til enhver tid påregnelig for bedriften”, og vikarens tjenesteforhold bar preg av at hun ”fast, over lang tid, har fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften” (s. 1121). Arbeidstakeren hadde arbeidet i vikariater i 2.5 år før hun ble fast ansatt og hadde noenlunde kontinuerlig til sammen 20 vikariater. Arbeidsgiveren hadde i utgangspunktet stor nok grunnbemanning forutsatt at det ikke var fravær blant disse, men dette kunne ikke uten videre være tilstrekkelig til at ordningen var lovlig (s. 1121).

I Ambulansedommen uttales at det kreves et ”noenlunde jevnt og forutsigbart behov for vikarer” (avsn. 39). Tjenestegjøringen varte i 14 måneder (avsn. 44). Høyesterett mente at dette var et ”konstant og forutsigbart udekket behov for arbeidskraft, som måtte gi grunnlag for en større fast bemanning” (avsn. 41).

⁵⁶ Edvardsen, *Arbeidsrett* 2012 s. 119.

⁵⁷ Rt. 1995.227.

I begge sakene var fraværet varig og stabilt og det var derfor gode grunner for at arbeidskraftsbehovet skulle ha vært løst ved økt grunnbemanning. Det kan ikke utledes noen konkrete krav til stabiliteten og varigheten av arbeidskraftsbehovet. Det avgjørende er om arbeidsgiveren burde ha organisert arbeidskraften på en annen måte.

Ingen av dommene tar opp spørsmålet om fraværet må være forutberegnelig for virksomheten. Hensynet til trygge ansettelsesforhold og hovedregelen om fast ansettelse tilsier at det bør være arbeidsgiver som har risikoen for det fremtidige arbeidskraftsbehovet. Det må antas at det ikke kan fritta arbeidsgiver fra ansvar at det er usikkerhet knyttet til det fremtidige behovet for vikarer dersom historikken viser at vikarer har blitt benyttet på et måte som burde ha vært løst ved økt grunnbemanning.⁵⁸

Rettspraksis viser dermed at det er arbeidsgivers organisering av arbeidskraften som er av betydning. Det er ikke uten videre tilstrekkelig at arbeidsgiveren i utgangspunktet har stor nok grunnbemanning, og heller ikke det faktum at hvert enkelt vikariat i seg selv er lovlig. Vikariatene og organiseringen av arbeidskraften må ses i sammenheng. Dersom fraværet blant de fast ansatte har vært stabilt og varig, skal dette fraværet dekkes ved en større grunnbemanning og ikke vikariater.

Det kan ikke oppstilles konkrete krav til hvor lenge situasjonen må ha vedvart, men dette vil trolig bero på en helhetsvurdering der også de andre vilkårene som drøftes i det følgende vil inngå i vurderingen.

4.5.2 Krav til fraværets størrelse

Spørsmålet er om det kan oppstilles krav til hvor stor del av de ansatte som må være fraværende for at det skal foreligge et stabilt og varig behov for vikarer i virksomheten.

Høyesterett har ikke formulert klare krav til størrelsen av vikarbehovet. Det kan imidlertid utledes noen retningslinjer fra rettspraksis.

I Statfjorddommen var fraværsprosenten på mellom 10% og 14%. Selv om denne fraværsprosenten isolert sett ikke var veldig høy, var det et stort antall stillinger på feltet (320 og senere 210), og det var derfor et stort vikarbehov i virksomheten som burde ha vært løst ved økt grunnbemanning (side 1121).

⁵⁸ Edvardsen, *Arbeidsrett* 2012 s. 125.

I Ambulansedommen var det tale om 140 årsverk, og senere 260, og Høyesterett viste til høye vikarkostnader (avsn. 40). Det ses ikke hen til fraværsprosent, men retten kommer likevel til at det er et stort behov for vikarer som burde ha vært løst ved økt grunnbemanning.

I Sykehuset Innlandet-dommen var det en fraværsprosent på 15.3 %. Dette var en høyere fraværsprosent enn i Statfjorddommen, men fordi det var så få antall stillinger i den aktuelle gruppen, utgjorde prosentene bare rundt tre stillinger. Høyesterett kom derfor til at grunnbemanningen var god (avsn. 49).

Dommene illustrerer at ved spørsmålet om det foreligger fravær av et visst nivå, er både størrelsen på fraværet og antall ansatte av betydning. Antall ansatte får betydning for fraværets størrelse, da fravær fra få ansatte kan utgjøre en høyere fraværsprosent i små virksomheter. Kostnader knyttet til vikarbruk kan også tjene som vurderingstema.

Dommene gir lite veiledning om hvor grensen går, det eneste som kan sies er at det var for lite fravær i Sykehuset Innlandet-dommen, mens det var tilstrekkelig i Statfjorddommen og Ambulansedommen. Dette kan tale for at den nedre grensen ligger et sted mellom disse dommene, men det er vanskelig å si noe mer konkret. Trolig vil vurderingen kunne variere etter forholdene i den enkelte saken.

4.5.3 Bruk av overtid

Et særlig spørsmål er om bruk av overtid kan tas med i beregningen av virksomhetens behov for arbeidskraft.

Overtid kan lovlig avtales dersom det foreligger særlige og tidsavgrensede behov for det, jf. aml. § 10-6 første ledd. Overtid oppstår ofte samme dag, og er knyttet til avledet arbeid. Dersom overtidsarbeidet er tidsbegrenset og i tråd med lovens bestemmelser, vil det være lite praktisk om slike arbeidskraftsbehov skal dekkes ved flere ansatte. Dette taler mot at overtidsarbeid skal kunne tillegges vekt ved vurderingen av virksomhetens arbeidskraftsbehov.⁵⁹

På den andre siden, er overtid normalt ikke ønskelig. Dersom det foreligger en varig og forutsigbar bruk av overtid, kan dette tale for at virksomheten har et udekket arbeidskraftsbehov som burde ha løst ved større bemanning.

⁵⁹ Dalheim, *Arbeidsrett* 2006 s. 254 og Edvardsen, *Arbeidsrett* 2012 s. 111.

Særlig dersom overtidsbruken ikke er i tråd med bestemmelsene i aml. § 10-6, taler dette for at virksomheten burde ha organisert arbeidskraften annerledes. Kjernen i grunnbemanningen er at stabile og varige arbeidskraftsbehov skal løses ved en større grunnbemanning, og dette taler for at også overtidsbruk etter omstendighetene kan omfattes i vurderingen av arbeidskraftsbehovet.

Hensynet til å hindre omgåelse trekker i samme retning – en bør ikke kunne omgå grunnbemanningens anvendelsesområde ved å bruke overtid fremfor vikariater dersom overtidsbruken tilsier at virksomheten har et varig og stabilt udekket arbeidskraftsbehov.

Det vil si at dersom det foreligger en varig og forutsigbar bruk av overtid, kan det tenkes at overtidsbruken etter omstendighetene kan tas med i beregningen av virksomhetens behov for arbeidskraft.

4.5.4 Bakgrunnen for fraværet

Spørsmålet er om bakgrunnen for fraværet kan tillegges betydning i vurderingen av virksomhetens vikarbehov.

Det uttales i Ambulansedommen at ”Det er ikke opplyst hva fraværet skyldes, men jeg kan ikke se at det har betydning, forutsatt at de er fordelt jevnt over året” (avsn. 40). Uttalelsen taler for at det sentrale vurderingstema er om fraværet er varig og påregnelig, og jevnt fordelt over året. Dersom dette er tilfellet, er ikke bakgrunnen for fraværet av betydning.

Det vil si at bakgrunnen for fraværet i utgangspunktet ikke kan tillegges betydning. Det som er sentralt i vurderingen er om fraværet er av et slikt omfang at det kunne ha vært en større grunnbemanning av fast ansatte og om fraværet er påregnelig og stabilt over tid.⁶⁰

Annerledes kan det imidlertid stille seg dersom det oppstår en ekstraordinær situasjon som medfører et tidsbegrenset behov for økt vikarbruk. Da vil ikke fraværet være jevnt fordelt over året. Dersom dette medfører at det ikke vil være et hensiktsmessig alternativ å øke grunnbemanningen, kan trolig spørsmålet stille seg annerledes. Dette har en side til grunnbemanningens krav om at fast ansettelse må være et aktuelt alternativ. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 4.6.

⁶⁰ Dalheim, *Arbeidsrett* 2006 s. 253.

4.6 Fast ansettelse må være et ”aktuelt alternativ”

4.6.1 Utgangspunkt

Etter grunnbemanningslæren må fast ansettelse være et aktuelt alternativ for virksomheten. Det vil si at det faste arbeidskraftsbehovet uten vesentlig ulempe må kunne løses ved økt grunnbemanning. Vurderingen knytter seg til den delen av virksomheten som vikarbehovet skal vurderes opp mot.⁶¹

Problemstillingen er hva som ligger i kravet til at fast ansettelse må være et aktuelt alternativ for virksomheten.

I Ambulansedommen fremheves at det normalt for større bedrifter med noenlunde jevnt og forutsigbart behov for vikarer, kan være et alternativ å dekke et fast arbeidskraftsbehov ved økt grunnbemanning i stedet for vikarer (avsn. 39).

I Sykehuset Innlandet-dommen uttaler Høyesterett at grunnbemanningen var god, og at vikarbehovet skyldtes særlig at de fast ansette i turnusen ikke kunne arbeide hver helg. Arbeidets art krevde også at de brukte vikarer som kjente pasientene og rutinene på de aktuelle postene. Det var derfor ”ikke reelt alternativ for sykehuset å øke grunnbemanningen for å få utført det arbeid” som vikarene utførte (avsn. 50). Saken skiller seg fra Statfjorddommen og Ambulansedommen ved omfanget og behovet for vikarer, og hvilke alternativer man har hatt for å løse vikarbehovet.

Dersom det vil være en vesentlig ulempe for virksomheten å øke grunnbemanningen, er det nærliggende å anta at det ikke et aktuelt alternativ. For eksempel dersom vikarbehovet skyldes permisjoner, og det er klart at den eller de faste ansatte det vikarieres for skal returnere til arbeidet, er det ikke et aktuelt alternativ å øke grunnbemanningen.

Det kan reises spørsmål om virksomheter kan velge å ansette vikarer ut fra økonomiske grunner, for eksempel fordi dette vil være en rimeligere løsning.

Det har vært antatt at økonomiske overveielser generelt ikke alene kan begrunne midlertidige ansettelser etter aml. § 14-9 første ledd bokstav a.⁶² Videre, tilsier hovedregelen om fast

⁶¹ Se punkt 4.4.

⁶² Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 179.

ansettelse og hensynet til trygge ansettelsesforhold at det er arbeidsgiveren som bør ha risikoen for virksomhetens økonomi. Dette tilsier at økonomiske overveielser ikke kan tillegges vekt ved vurderingen.

Det kan altså ikke kreves fast ansettelse dersom det ikke er et aktuelt alternativ for virksomheten. Relevant for vurderingen er hvilke alternativer virksomheten har hatt for å løse vikarbehovet.

4.6.2 Krav til virksomhetens størrelse

Spørsmålet er om det stilles krav til virksomhetens størrelse, altså om det kan oppstilles minimumskrav for hvor mange ansatte det må være i virksomheten for at grunnbemanningslæren skal komme til anvendelse.

Det som har vært vurderingstema i de sentrale dommene som grunnbemanningslæren bygger på, er om økt grunnbemanning er et aktuelt alternativ for å løse et stabilt og varig arbeidskraftsbehov. Et krav til at virksomheten må være av en viss størrelse kan ikke utledes fra disse dommene.

Hensynet til trygge ansettelsesforhold og prinsippet om fast ansettelse som lovens hovedregel tilsier at grunnbemanningslæren bør gis et så stort anvendelsesområde som mulig. Ved å sette et tak for læren ved at den bare kan anvendes for virksomheter av en viss størrelse vil dette innsnevre anvendelsesområde. Dette taler mot at det stilles krav til virksomhetens størrelse.

På den andre siden vil trolig vilkårene letter anses oppfylt for større virksomheter. I virksomheter med få ansatte vil sykefraværet være mer uforutsigbart.⁶³ Men dersom vilkårene er oppfylt, er det lite som tilsier at virksomhetens størrelse i seg selv kan hindre at grunnbemanningslæren kommer til anvendelse. Dette kan imidlertid være et moment i en samlet helhetsvurdering av om det er et aktuelt alternativ å øke grunnbemanningen.⁶⁴

4.6.3 Særegne forhold

Spørsmålet er om særegne forhold kan berettige at vikarbruken likevel skal være lovlig.

⁶³ Fougner, *Arbeidsrett* 2009 s. 102.

⁶⁴ Edvardsen, *Arbeidsrett* 2012 s. 118.

Dommen inntatt i Rt. 2001.1413 gjaldt midlertidig ansettelse på grunnlag av arbeidets karakter. Høyesterett godtok at det midlertidige arbeidsforholdet var gyldig, da minerydding ble ansett å ha vesentlige særtrekk som begrunnet unntak fra aml (1977) § 58A nr. a.⁶⁵

Dommen taler for at særegne forhold kan være et argument for at vikarbruken er berettiget. Argumentet ble avvist i Statfjorddommen da det ikke forelå særegne forhold som tilsa at arbeidskraftsbehovet måtte dekkes av vikarer fremfor fast ansatte.

I Ambulansedommen var det heller ikke særegne forhold som tilsa behov for en større vikarbruk. Verken behovet for rask utrykning eller den turnusordningen som ble praktisert kunne være til hinder for en større grunnbemanning. Heller ikke en eventuelt utbredt praksis i ambulansetjenesten mer generelt kunne slå gjennom overfor ønsket om stillingsvern for arbeidstakere som ligger bak arbeidsmiljølovens regler (avsn. 42).

Lovens formål og hensynet til stillingsvernet tilsier også at det skal mye til før særegne forhold ved vikariatet eller arbeidsgivers virksomhet kan begrunne utstrakt bruk av vikariater. EU-direktivet om midlertidige ansettelser trekker også i retning av at vikarbruken bør være begrenset. Utstrakt vikarbruk og muligheten for unntak kan føre til en utvanning av hovedregelen om fast ansettelse, og føre til at vikariater blir brukt i større grad enn det som er nødvendig.

Det er dermed usikker hvor langt dette unntaket rekker, og om det i det hele tatt kan gjøres unntak. Etter mitt syn må hovedregelen om fast ansettelse tillegges størst vekt, og avveiningen taler dermed for at det ikke bør gjøres unntak for særegne tilfeller. Rettstilstanden er imidlertid usikker, og spørsmålet er uavklart.

4.7 Tilknytningskravet

4.7.1 Utgangspunkt

Som tidligere nevnt, vil et lovstridig vikariat gi vikaren krav på fast ansettelse fra første dag.⁶⁶ Dette skiller seg fra grunnbemanningslæren der utgangspunktet er at vikarbruken skal ha pågått en tid. Grunnbemanningslæren og tilknytningskravet gjør seg gjeldende for vikariater

⁶⁵ Tilsvarende aml. § 14-9 første ledd bokstav a.

⁶⁶ Se punkt 3.

som har bestått en tid, og i utgangspunktet var lovlig på ansettelsestidspunktet.⁶⁷ Dette kan være situasjonen der det over tid har oppstått et økt vikarbehov eller en reduksjon av grunnbemanningen.⁶⁸

Tilknytningskravet gjelder for den enkelte arbeidstakeren, og vurderingen beror på om arbeidstakeren som krever fast stilling har tilstrekkelig tilknytning til virksomheten som han krever fast stilling i. Dette knytter seg til både tid og omfang. En vikar som jobber fulltid vil for eksempel ha sterkere tilknytning enn en som arbeider annenhver helg, eller bare om sommeren.

Tilknytningskravet fører dermed til at en person som ikke har arbeidet i virksomheten ikke kan komme inn å kreve fast stilling fordi grunnbemanningen er for lav. Denne retten er forbeholdt de arbeidstakerne som har arbeidet i virksomheten, og har tilstrekkelig tilknytning til denne.

4.7.2 Innholdet i tilknytningskravet

Problemstillingen er hva som er innholdet i tilknytningskravet.

I Statfjorddommen hadde arbeidstakeren vært ansatt i ca. 2.5 år. Arbeidet skilte seg ikke fra det alminnelige arbeidet til de som var fast ansatt, og selv om vikarene ikke var rettslig forpliktet til det, ble det forventet at de reiste ut i Nordsjøen på kort varsel (s. 1121). Det uttales ikke noe eksplisitt om arbeidstakerens tilknytning, men vikaren hadde arbeidet i tilstrekkelig varighet og omfang til at hun burde ha vært fast ansatt.

I Ambulansedommen uttales det uttrykkelig i avsnitt 39 at ”den enkelte ansatte må ha en tilstrekkelig fast tilknytning til bedriften” for å kunne kreve fast ansettelse. Arbeidstakeren i saken hadde vært ansatt i 14 måneder, og hadde gjennomsnittlig arbeidet i ca. 44% stilling (avsn. 44). Det var altså først i denne saken kravet om tilknytning ble uttrykkelig nevnt. Arbeidstakeren hadde tilstrekkelig tilknytning til virksomheten, men det sies ikke noe mer om hva som kreves.

En rekke dommer fra lagmannsretten illustrerer også problemstillingen.

⁶⁷ Johansen mfl., 2015 s. 617.

⁶⁸ Edvardsen, *Arbeidsrett* 2012 s. 127.

I LF-2012-16761 hadde arbeidstakeren arbeidet i kommunen fra 2007 til noen måneder inn i 2010. Hun hadde arbeidet i ulike stillingsbrøker, og retten kom til at hun hadde tilstrekkelig tilknytning og følgelig krav på fast stilling med en stillingsandel på 66 %.

I LE-2014-150547 hadde arbeidstakeren vært ansatt i ca. tre år, og hadde arbeidet i 50 % og 60 %. Dette var klart tilstrekkelig tilknytning til virksomheten. I dommen inntatt i LH-2011-97866⁶⁹ hadde arbeidstakeren hatt til sammen 20 midlertidige stillinger over et tidsrom på tre år og ni måneder. Kravet til tilknytning var utvilsomt oppfylt.

Rettspraksis viser følgelig at det ikke er strenge krav til arbeidstakers tilknytning til virksomheten, men det kan vanskelig utledes konkrete krav til tilknytningen.

Det er delte oppfatninger om tilknytningskravet i teorien. Edwardsen mener tilknytningskravet er svakt rettslig forankret, og derfor bør anvendes med stor forsiktighet.⁷⁰ Fougner mener på den andre siden at tilknytningskravet gjelder mer uforbeholdent,⁷¹ og Dalheim taler også om et ”krav om tilknytning”.⁷² Deres ståsted kan imidlertid være påvirket av at de har tilknytning til sakene som grunnbemanningslæren bygger på.⁷³

Et strengt krav til tilknytning vil innebære at grunnbemanningslærens anvendelsesområde innsnevres, og dette vil videre føre til en svekkelse av arbeidstakerens stillingsvern. Dette kan også åpne for omgåelse – dersom arbeidsgiver stadig inngår nye vikariater som i utgangspunktet er lovlige, men med nye vikarer for hver gang, vil ingen av vikarene oppnå tilstrekkelig tilknytning til virksomheten.

For lavt tilknytningskrav kan på den andre siden føre til at det er andre enn den som tar ut søksmål som har sterkere tilknytning til virksomheten.⁷⁴ Det er imidlertid opp til den enkelte om de vil bestride lovligheten av sitt ansettelsesforhold eller ikke, og det vil i praksis ofte være slik at andre enn den som går til søksmål har sterkere tilknytning. Dette kan derfor ikke tillegges vekt ved vurderingen av den enkelte ansattes tilknytning til virksomheten.

Videre, kan det trolig ses hen til de konkrete forholdene i saken. Det kan for eksempel ha betydning om det er arbeidstaker eller arbeidsgiver som avslutter arbeidsforholdet. Dersom en

⁶⁹ Anke til Høyesterett nektet fremmet jf. HR-2012-1000-U.

⁷⁰ Edwardsen, *Arbeidsrett* 2012 s. 130.

⁷¹ Fougner, *Arbeidsrett* 2009 s. 102.

⁷² Dalheim, *Arbeidsrett* 2006 s. 257-258.

⁷³ Se punkt 1.2.

⁷⁴ Egeland, i Jakhelln mfl., 2017 s. 871.

tilkallingsvikar ikke lenger får vakter uten at dette er begrunnet i et mindre arbeidskraftsbehov, taler hensynet til stillingsvernet for at også kortvarige arbeidsforhold skal kunne gi grunnlag for fast ansettelse.

Det er i rettspraksis lagt vekt på hvor lenge den ansatte har vært tilknyttet virksomheten, og hvor stort omfang han har arbeidet. Det vil si at tid og omfang kan ses i sammenheng. Dersom arbeidstakeren har arbeidet i en stor stilling kan han oppnå sterkere tilknytning på kortere tid, i motsetning til tilkallingsvikaren som arbeider annenhver helg.

Hensynet til hovedregelen om fast ansettelse og EU-direktivet om midlertidig ansettelse taler for at vikarbruken bør begrenses til det helt nødvendige. Dette taler igjen for at grunnbemanningslæren bør gis et vidt anvendelsesområde, og at det dermed ikke bør være strenge krav til vikarens tilknytning.

Det kan imidlertid ikke oppstilles konkrete krav og vurderingen vil trolig bero på en helhetsvurdering i den enkelte saken.

4.8 Rettsvirkninger

Grunnbemanningslæren er ulovfestet og rettsvirkningene er derfor ikke lovfestet.

Utgangspunktet er da aml. §§ 14-11 første ledd og 14-14 første ledd.⁷⁵ Arbeidstakeren skal som hovedregel få fast stilling i virksomheten.⁷⁶

Innholdet i en eventuell fast stilling kommer jeg tilbake til i punkt 6.

⁷⁵ Edvardsen, *Arbeidsrett* 2012 s. 130.

⁷⁶ Se punkt 3.3.

5 Tre- og fireårsregelen

5.1 Innledning

Regelen i aml. § 14-9 sjette ledd oppstiller maksimumsgrenser for hvor lenge arbeidstakeren kan være midlertidig ansatt eller innleid fra bemanningsbyrå. Bestemmelsen kom inn i arbeidsmiljøloven i 2005 etter tilsvarende prinsipp fra tjenestemannsloven,⁷⁷ og ble sist endret i 2015.⁷⁸ Ved denne lovendringen ble det i tillegg til den opprinnelige fireårsregelen innført en treårsregel.⁷⁹

Dersom arbeidstakeren har vært ansatt i en og samme virksomhet i over tre eller fire år, indikerer dette normalt et stabilt behov for arbeidskraft, og det er da rimelig at arbeidstakeren omfattes av lovens stillingsvernsregler. En øvre grense for varigheten av en midlertidig ansettelse kan bidra til å tydeliggjøre lovens intensjon om at midlertidig ansettelse i hovedsak bare skal benyttes ved midlertidige behov, og understreker lovens hovedregel om fast ansettelse. Bestemmelsen vil også kunne bidra til å unngå at arbeidstakere blir gående på ”evigvarende” midlertidige kontrakter.⁸⁰

Formålet med bestemmelsen er å hindre at midlertidige ansettelser varer for lenge eller blir gjenopptatt i for stor utstrekning. I forarbeidene vises det også til EU-direktivet om midlertidige ansettelser som pålegger landene å treffe tiltak for å hindre misbruk som følge av gjentatt bruk av midlertidige ansettelser.⁸¹

Bestemmelsen oppstiller to hovedvilkår i første punktum – for det første at arbeidsforholdet må være ”sammenhengende”, og for det andre at det må ha hatt en varighet på mer enn ”fire år” eller mer enn ”tre år”. I andre punktum presiseres at ved beregningen av ansettelsestiden skal det ”ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær”.

Tre- og fireårsregelen gjelder ”tilsvarende” for vikarer som er innleid fra bemanningsbyrå etter aml. § 14-12 første ledd, jf. aml. § 14-12 fjerde ledd. Det vil si at forholdet til

⁷⁷ Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) (opphøvet).

⁷⁸ Skjønberg mfl., 2017 s. 136.

⁷⁹ Endringen gjelder bare arbeidsavtaler som er inngått etter lovens ikrafttredelsestidspunkt, jf. Innst. 208 L (2014-2015) s. 16-17.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 218.

⁸¹ Ibid.

innleievirksomheten vil være avgjørende for opptjeningen etter tre- og fireårsregelen.⁸²

Bestemmelsen gjelder med de begrensningene som følger av § 14-9 sjette ledd. Det er bare innleie på grunnlag av bokstav a og b som omfattes, og ikke bokstav f da denne er unntatt fra adgangen til innleie.⁸³

Da vilkårene etter tre- og fireårsregelen er de samme for midlertidig ansettelse og innleie fra bemanningsbyrå, drøftes disse samlet i det følgende.

5.2 Tre eller fire år

5.2.1 Utgangspunkt

Bestemmelsen i aml. § 14-9 sjette ledd oppstiller en treårsregel og en fireårsregel, og gjelder for arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt eller innleid i mer enn fire år etter første ledd bokstav a eller i mer enn tre år etter første ledd bokstav b og f. Spørsmålet er hvordan bestemmelsen skal forstås.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at retten til fast ansettelse etter fire år fortsatt skal gjelde for ansettelser på grunnlag av bokstav a. Videre taler ordlyden for at den nye treårsregelen gjelder for ansettelsesforhold med hjemmel i bokstav b og f hver for seg eller i kombinasjon. I forarbeider til bestemmelsen går det frem at denne forståelsen er treffende, og det presiseres også at der ansettelsen skjer i kombinasjon med grunnlag i a og et eller begge av de øvrige grunnlagene, vil retten inntre etter tre år.⁸⁴

Bestemmelsens ordlyd angir positivt tre grunnlag for ansettelse. En antitetisk tolkning tilsier dermed at andre grunnlag for midlertidig ansettelse eller innleie som ikke er nevnt, heller ikke skal omfattes.

Etter ulike forarbeider til tre- og fireårsregelen går det frem at bare de grunnlagene som er nevnt i bestemmelsen skal gi rett til fast ansettelse.⁸⁵ Bestemmelsen skal også tolkes slik at den ikke kommer til anvendelse for midlertidige ansettelser hjemlet i tariffavtaler etter aml. § 14-9 tredje ledd, eller med hjemmel i andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven som for

⁸² Christel Søreide, ”Fireårsregelen ved innleie av arbeidskraft”, *Arbeidsrett* nr. 1-2/2010 s. 75-81 (s. 77).

⁸³ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 43 og s. 85.

⁸⁴ Innst. 208 L (2014-2015) s. 16.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 218 og 333 og Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 43.

eksempel aml. § 14-10 om åremålsstillinger eller andre særbestemmelser om midlertidig ansettelse i andre lover.⁸⁶

Det vil si at tre- og fireårsregelen bare gjelder for midlertidig ansettelse og innleie etter bokstav a, b og/eller f.

De andre grunnlagene kan likevel ikke gi mulighet til evigvarende midlertidige kontrakter. Arbeidstakeren må trolig anses som fast ansatt dersom ansettelsesforholdet har vært sammenhengende over en lang periode. Det er imidlertid ikke praktisk med langvarige midlertidige ansettelser etter de andre grunnlagene i aml. § 14-9.⁸⁷

5.2.2 Ansettelses- og innleieforhold som kan omfattes av flere grunnlag

I noen tilfeller kan et ansettelses- eller innleieforhold omfattes av ulike grunnlag, og da blir spørsmålet hvilket grunnlag som skal anses å være hjemmel.

Ordlyden i aml § 14-9 sier ikke noe om karakteristikk av ansettelses- eller innleieforholdet der det er flere mulige grunnlag. Forarbeidene til bestemmelsen gir heller ikke klart svar på problemstillingen.

I Sykehuset Innlandet-dommen vurderte Høyesterett hvordan ansettelsesforholdet skulle klassifiseres i henhold til alternativene i aml. § 14-9 første ledd (avsn. 73 flg.).

Arbeidstakeren hadde en 50 % relevant stilling da han påbegynte videreutdanning med krav til praksis under utdanningen. Han ble ikke ansatt i en praksisstilling, men arbeidet videre som vikar for navngitte personer og med lønn fra vikarbudsjetten selv om arbeidsgiveren informerte arbeidstakeren om at stillingen var knyttet til utdanningsperioden.

Høyesterett kom for det første til at praksiselementet var mest framtrædende, og at den faktiske organiseringen av en stilling kan tillegges større vekt enn den formelle betegnelsen. Hovedtilknytningen til virksomheten vil altså i utgangspunktet være avgjørende.

Arbeidstakeren var også hospitant i regi av Aetat, og utførte i tillegg noe lønnet overtidsarbeid og ekstravakter. Høyesterett kom til at dette ikke kunne vurderes løsrevet fra hovedstillingen, som her var deltaker i arbeidsmarkedstiltak. Arbeidsmarkedstiltak er ikke omfattet av tre- og

⁸⁶ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) side 43.

⁸⁷ Egeland, i Jakhelln mfl., 2017 s. 883.

fireårsregelens virkeområde, og dette kunne derfor ikke gi grunnlag for opptjening på eget grunnlag.

Dersom arbeidstakeren tar ekstravakter i en annen stillingskategori, vil ikke dette gi rett til opptjening etter tre- og fireårsregelen. Regelen tar sikte på behovet for arbeidskraft i den aktuelle stillingen.⁸⁸

Det vil si at det er realiteten i forholdet som er avgjørende, og det er hovedtilknytningen til virksomheten som vil være utgangspunktet dersom arbeidsforholdet kan karakteriseres etter ulike alternativet i aml. § 14-9 første ledd.

Etter aml. § 14-6 første ledd bokstav e, skal forventet varighet og grunnlag for den midlertidige ansettelsen angis i arbeidsavtalen. Dette kan bidra til å skape større klarhet om hvilket grunnlag arbeidstakeren er ansatt på. Dette vil imidlertid ikke uten videre være avgjørende, da det er realiteten i forholdet som er avgjørende og ikke hvilken betegnelse som velges.⁸⁹ Regelen gjelder heller ikke for innleid arbeidstaker da disse ikke har et ansettelsesforhold i virksomheten der de utfører arbeid.⁹⁰

5.2.3 Utsatt fratreden

Arbeidstakere som har vært midlertidig ansatt i mer enn et år, skal etter aml. § 14-9 fjerde ledd ha en måneds varsel før fratreden. Dersom fristen ikke overholdes, kan ikke arbeidsgiveren kreve at arbeidstakeren fratrer før en måned etter at varsel er gitt. Dersom utsatt fratreden fører til at tre- eller fireårsmerket passerer, blir spørsmålet om dette skal gi rett til fast stilling.

Ordlyden i bestemmelsen taler om tre- og fire år, uten at grunnen til at arbeidsforholdet passerer tidsbegrensningen nevnes. Dette taler for at grunnlaget er uten betydning, slik at utsatt fratreden fører til at arbeidstakeren har rett til fast stilling.

Hensyn bak fireårsregelen er som nevnt at dersom arbeidstaker har vært ansatt i samme virksomhet i over tre eller fire år, indikerer dette normalt et stabilt behov for arbeidskraft, slik at det er rimelig at arbeidstakeren skal omfattes av lovens stillingsvernsregler.

⁸⁸ Christel Søreide, ”Midlertidig ansattes rett til fast stilling etter fireårsregelen”, *Arbeidsrett* nr. 3/2009, s. 146-164 (s. 154).

⁸⁹ Se punkt 3.

⁹⁰ Se punkt 2.4.

Dersom arbeidsforholdet skulle ha vært avsluttet, men arbeidsgiveren har forsømt seg slik at tre- eller fireårsmerket passerer, er det ikke behovet for fortsatt arbeidskraft som begrunner arbeidsforholdets lengde. Dette taler mot at arbeidstakeren skal bli fast ansatt.

På den andre siden er det tale om en lang ansettelsestid, og dersom arbeidsgiver har ment å avslutte arbeidsforholdet rett før merket passerer, kan det se ut som at hensikten var å bruke midlertidig ansettelse eller innleie så lenge som mulig. Dessuten, er det arbeidsgiveren som bør ha risikoen for sin egen forsømmelse.

Hensynet til stillingsvernet og hovedregelen om fast ansettelse tilsier også at arbeidstakeren bør gis rett til fast ansettelse selv om arbeidsgiver har ment å avslutte arbeidsforholdet. Dette vil også samsvare med EU-direktivet om midlertidig ansettelse som pålegger medlemslandene å hindre misbruk som følge av gjentatte midlertidige ansettelser. Det er antatt i teorien at rettsvirkningen i slike tilfeller er at arbeidstakeren er å anse som fast ansatt.⁹¹

Etter mitt syn bør hovedregelen om fast ansettelse og hensynet til stillingsvernet veie tyngst, og avveiningen tilsier dermed at arbeidstakeren bør bli å anse som fast ansatt. Spørsmålet er imidlertid uavklart.

5.3 Kravet til sammenheng

5.3.1 Utgangspunkt

Aml. § 14-9 sjette ledd krever at arbeidstakeren har vært ”sammenhengende midlertidig ansatt”. Problemstillingen er hva som ligger i kravet til sammenheng.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at arbeidsforholdet må ha bestått uavbrutt i hele beregningsperioden. Videre, taler ordlyden for at det er selve arbeidsforholdets lengde som er av betydning.

Forarbeidene til den opprinnelige fireårsregelen uttaler at kravet til ”sammenhengende” innebærer at ansettelsesforholdet skal være uavbrutt. Mindre avbrudd mellom to ansettelses-

⁹¹ Egeland, i Jakhelln mfl., 2017 s. 884.

eller innleie forhold må derimot kunne tolereres. Det vil bero på en totalvurdering av arbeidsforholdet og begrunnelsen for avbruddet om kravet er oppfylt eller ikke.⁹²

Det vil si at ansettelses- og innleieforholdet i utgangspunktet skal være uavbrutt, men mindre avbrudd må kunne tolereres. Spørsmålet er videre betydningen av avbrudd, og hvilke avbrudd som fører til at fristen avbrytes.

Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven er som nevnt inspirert av tilsvarende bestemmelse i tjenestemannsloven, og det kan derfor være relevant å legge vekt på forvaltningspraksis etter denne loven. Der er det lagt til grunn at avbrudd på mindre enn 14 dager ikke medfører at kravet til ”sammenhengende” ansettelse avbrytes.⁹³

Dette kan imidlertid ikke ubetinget legges til grunn for vurderingen etter arbeidsmiljølovens regel. Etter forarbeidene vil det bero på en ”totalvurdering”.

RG. 2009.11 illustrerer problemstillingen. Arbeidstakeren hadde fire avbrudd i arbeidsforholdet (på fire, fem og seks uker). Dette ble ikke ansett å være avbrudd av ansettelsesforholdet da avbruddene var innenfor den normale tidsrammen for ferie ved arbeidsplassen. Dersom slike fravær skulle anses som avbrudd i et ellers sammenhengende ansettelsesforhold, ville dette innebære at bestemmelsens anvendelsesområde ble begrenset til helt særegne tilfeller.

Dommen har gode grunner for seg – det at arbeidstakeren tar ferie på lik linje med de andre ansatte i virksomheten bør ikke innebære at retten til fast ansettelse går tapt. Dette ville fått uheldige konsekvenser, ved at arbeidstakeren hadde blitt stilt dårligere enn de fast ansatte i virksomheten, og de hadde også blitt vanskelig å oppnå rett etter tre- og fireårsregelen.

For arbeidstakere som arbeider turnus i Nordsjøen for eksempel, med to uker på og fire uker av, vil det være vanskelig å oppnå fast stilling dersom beregningsperioden avbrytes for hver friperiode. Arbeidstakeren vil fortsatt være ansatt i friperioden, og denne perioden er vanlig praksis. Hensynet til stillingsvernet og EU-direktivets formål om å hindre misbruk som følge av gjentatte midlertidige ansettelser, taler for at avbrudd i tråd med alminnelig praksis for den aktuelle stillingen, ikke fører til at beregningsperioden avbrytes.

⁹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 219 og 333.

⁹³ Johansen mfl., 2015 s. 629.

Det vil si at forarbeider og praksis sin anvisning på to uker kan gi en viss veiledning, men vurderingen beror på en totalvurdering i lys av ansettelses- og innleieforholdet og begrunnelsen for avbruddet.

5.3.2 Lufting av arbeidstakere

Dersom arbeidsforholdet avbrytes kort tid før tre eller fireårsregelen slår inn, og deretter fortsetter igjen etter kort tidsrom, vil dette være en rettsstridig omgåelse av reglene som medfører at kravet til sammenheng ikke anses å være brutt.⁹⁴

Det samme gjelder dersom arbeidsgiveren avslutter arbeidsforholdet uten å kunne vise til at det ikke lenger er behov for arbeidskraften. Det er antatt i teorien at det ved bytte av vikarer ved utløpet av den midlertidige perioden gjelder et saklighetskrav.⁹⁵ Dette vil hindre omgåelse av reglene og misbruk som følge av gjentatte midlertidige ansettelse. Dette er i samsvar med hovedregelen om fast ansettelse og EU-direktivet om midlertidig ansettelse.

5.3.3 Andre grunnlag for midlertidig ansettelse og innleie

Retten til fast ansettelse gjelder ikke for andre grunnlag enn de som positivt angis i bestemmelsen: bokstav a, b og f. Dersom noen av de andre grunnlagene inngår i et lengre ansettelses- eller innleieforhold, blir spørsmålet hvilken betydning dette skal få.

Det vil stride mot ordlyden i aml. § 14-9 sjette ledd om de andre grunnlagene som ikke omfattes av bestemmelsens virkeområde skal tas med i beregningen av arbeidsforholdets lengde. Dette taler for at slike perioder ikke skal regnes med.

Spørsmålet videre, er om slike perioder skal anses å være en avbrytelse av arbeidsforholdet, eller om det kan gjøres fradrag ved beregningen av arbeidsforholdets lengde.

Ordlyden ”sammenhengende” taler for at det er det samlede ansettelses- eller innleieforholdet som er av betydning, uavhengig av grunnlaget. Det er klart at arbeidsforholdet fortsatt er ”sammenhengende” selv om det er inngått med ulike hjemler. Forarbeider uttaler at det er ansettelsesforholdet i virksomheten som skal danne utgangspunktet for beregningen.

⁹⁴ Søreide, *Arbeidsrett* 2009 s. 160-161.

⁹⁵ Egeland, i Jakhelln mfl., 2017 s. 868.

Påfølgende midlertidige ansettelses skal vurderes samlet.⁹⁶ Dette taler for at slike perioder ikke skal avbryte ansettelses- eller innleieforholdet, men at de kan komme til fradrag ved beregningen.

Hensynet til arbeidstakers stillingsvern og EU-direktivet om midlertidige ansettelses taler også for at beregningsperioden ikke skal avbrytes da dette vil gi innleide og midlertidig ansatte arbeidstakere sterkere rettigheter. Dette vil også kunne bidra til å redusere bruken av midlertidige ansettelses og innleie av vikarer, samt hindre omgåelse av at reglene.

Det er ulike oppfatninger i teorien. Det argumenteres for at fristen ikke bør avbrytes ved perioder med arbeid som ikke skal regnes med, men at periodene kan komme til fradrag ved beregningen av ansettelsestidens lengde.⁹⁷ Motsatt argumenteres det for at slike perioder ikke skal behandles annerledes enn et reelt opphold i ansettelsesforholdet.⁹⁸

Etter min mening bør hovedregelen om fast ansettelse tillegges størst vekt, og avveiningen tilsier dermed at fristen ikke avbrytes, men at periodene kan komme til fradrag. Rettstilstanden er imidlertid usikker på dette punktet og spørsmålet er uavklart.

5.3.4 Særlig om tilkallingsvikarer

For tilkallingsvikarer/ekstrahjelper med sporadiske vakter vil det ofte gå litt tid mellom hvert oppdrag, for eksempel ekstrahjelper som jobber annenhver helg. Spørsmålet er da om fristen starter å løpe fra første ekstravakt, eller om det kreves en viss intensitet.

Ordlyden i aml. § 14-9 sjette ledd gir lite veiledning om spørsmålet.

Som nevnt vil avbrudd av en viss lengde avbryte beregningsperioden, og dette kan lett føre til at arbeidsavtaler med avbrudd mellom hvert oppdrag ikke medfører at fristen starter å løpe.⁹⁹

Det kan også være vanskelig for ekstrahjelper å vite når fristen starter å løpe, og følgelig når de har rett til å kreve fast ansettelse. Tre- og fireårsregelen er lite tilpasset disse

⁹⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 218-219.

⁹⁷ Egeland, i Jakhelln mfl., 2017 s. 883.

⁹⁸ Søreide, *Arbeidsrett* 2009 s. 158.

⁹⁹ Johansen mfl., 2015 s. 629.

arbeidsforholdene. Dette taler for at det bør gjøres en konkret helhetsvurdering slik som forarbeidene gir anvisning på.¹⁰⁰

I Sykehuset Innlandet-dommen tok Høyesterett stilling til om arbeidstakeren hadde krav på fast ansettelse etter fireårsregelen. Høyesterett tar ikke stilling til om arbeidstakerens overtidsarbeid og ekstravakter hadde et tilstrekkelig omfang og hyppighet til å anses på som sammenhengende arbeid på eget grunnlag, da alle de midlertidige arbeidsforholdene skulle ”vurderes samlet” (avsn. 69).

Det forutsettes altså at ekstravaktene måtte ha hatt et ”tilstrekkelig omfang og hyppighet” for å kunne anses som ”sammenhengende arbeid på eget grunnlag” (avsn. 69). Dette taler for at fristen ikke starter å løpe med mindre ekstravaktene har tilstrekkelig omfang og hyppighet. Det kreves altså trolig en viss intensitet.

Dersom det foreligger et visst mønster i ekstraarbeidet bør det imidlertid ikke stilles strenge krav til hyppighet. Dersom vikaren for eksempel arbeider noenlunde fast annenhver helg i tre år, taler dette for et fast og konstant behov for vikarens arbeidskraft, og han bør derfor få stillingsvern.

Bestemmelsens formål taler videre for at det er det samlede behovet for midlertidig arbeidskraft som er av betydning. Dette taler for at faste og midlertidige ansettelsesforhold, samt innleie på ulike grunnlag kan vurderes samlet. For eksempel slik at en fast deltidstilling og ekstravakter i tillegg til denne kan ses i sammenheng.

5.3.5 Arbeidsgivers virksomhet

Problemstillingen er hvilket virksomhetsområde kravet til ”sammenhengende” skal vurderes opp mot, altså om arbeidsforholdet skal vurderes opp mot hele eller deler av arbeidsgivers virksomhet. Ordlyden i aml. § 14-9 sjette ledd gir ikke veiledning om spørsmålet.

Det følger av forarbeider at det er ansettelsesforholdet i virksomheten som skal danne utgangspunktet for beregningen av tjenestetiden.¹⁰¹ Det presiseres ikke hva som menes med ”virksomhet” i denne sammenhengen.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 219 og 333.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 333.

Som nevnt må begrepet tolkes konkret i forhold til hver enkelt lovbestemmelse med utgangspunkt i de hensyn som vedkommende bestemmelse er ment å ivareta, og begrepet ”virksomhet” vil som hovedregel falle sammen med det rettssubjektet som er arbeidsgiver etter aml. § 1-8 andre ledd.¹⁰²

I mangel av andre holdepunkter, legges den alminnelige definisjonen i aml. § 1-8 andre ledd til grunn.¹⁰³ Det vil si at et rettssubjekt anses å være en arbeidsgiver. Ansettelsesforholdet må følgelig være sammenhengende hos det samme rettssubjektet, og det er ikke avgjørende om arbeidstakeren har arbeidet i ulike virksomheter.¹⁰⁴

Arbeid i ulike konsern vil i utgangspunktet ikke oppfylle kravet til sammenhengende tjeneste. I visse tilfeller har imidlertid Høyesterett kommet til at også morselskaper har et arbeidsgiveransvar, og tilsvarende synspunkter kan komme inn ved vurderingen av om tjenesten kan anses å være sammenhengende.¹⁰⁵

Dersom det forekommer et skifte av arbeidsgiver som følge av virksomhetsoverdragelse, vil tjenesten likevel være å anse som sammenhengende jf. aml. § 16-2.

5.4 Fradrag for arbeidstakers fravær

5.4.1 Tidligere rettstilstand

I Sykehuset Innlandet-dommen vurderte Høyesterett om arbeidstakeren hadde rett til fast stilling etter fireårsregelen. Arbeidstakeren ble sykemeldt da han hadde vært sammenhengende midlertidig ansatt i stillinger som kvalifiserte for fast ansettelse i tre år og sju måneder. Han var sykemeldt i litt over et år. Avgjørende for hans rett til fast ansettelse etter fireårsregelen var om sykemeldingsperioden skulle regnes med (avsn. 89).

Høyesterett viser til forarbeidene til bestemmelsen der det uttales at fravær i form av sykdom, permisjoner, militærtjeneste mv. hvor ansettelsesforholdet består, avbryter ikke ansettelsesforholdet, men skal normalt gå til fradrag ved beregningen av ansettelsesforholdets

¹⁰² Se punkt 4.4.1.

¹⁰³ Søreide, *Arbeidsrett* 2009 s. 162.

¹⁰⁴ Egeland, i Jakhelln mfl., 2017 s. 884.

¹⁰⁵ Ibid med videre henvisning til Rt. 1990.1126.

lengde. Flertallet legger avgjørende vekt på forarbeidsuttalelsene, og kommer til at sykefravær av en viss lengde skal gå til fradrag ved beregningen etter fireårsregelen.

Mindretallet på to dommere legger avgjørende vekt på (daværende) ordlyd ”sammenhengende midlertidig ansatt” og presiserer at en sykemeldt arbeidstaker også er ”ansatt” i lovens forstand. De finner også støtte for synspunktet ved å se hen til innbyrdes konsekvens i arbeidsmiljøloven, lovens formål og forarbeider.

Lovens formål taler klart for at fravær ikke skal gå til fradrag. Ordlyden var også vid nok til å omfatte begge tolkningsalternativer. Flertallet mente imidlertid at forarbeidene var så klare at disse måtte tillegges avgjørende vekt.

5.4.2 Nåværende rettstilstand

Fra 1. juli 2010 trådte det i kraft en endring i bestemmelsen, slik at nå ”skal det ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær”. Endringen skulle presisere og hindre ytterligere tolkningstvil, og innebærer nå en forutsigbar regel som er enkel å praktisere, og som harmonerer med arbeidstakerens behov for stillingsvern.¹⁰⁶ Bestemmelsen harmonerer også god med lovens formål om trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet jf. aml. § 1-1 første ledd bokstav b.

I forarbeidene uttales at det er viktig at frister av denne typen er forutsigbare for partene. Gjeldende rett etter Sykehuset Innlandet-dommen var ikke tilfredsstillende, og det ble ansett å være nødvendig med en avklaring av den rettslige situasjonen.¹⁰⁷ Bestemmelsen som ble vedtatt innebærer at ikke noen type fravær skal komme til fradrag ved beregningen av ansettelsestiden i forhold til fireårsregelen, forutsatt at fraværet er rettmessig.¹⁰⁸

Det vil si at så lenge ansettelsesforholdet består skal ikke fravær komme til fradrag. Eksempelvis vil en arbeidstaker fortsatt være ansatt selv om han er syk eller går ut i permisjon. Det må trekkes en grense der arbeidsforholdet må anses å være avsluttet. Dersom arbeidstakeren har rettmessig fravær og skal komme tilbake til arbeidet, er arbeidstakeren fortsatt ansatt og fraværet skal følgelig ikke komme til fradrag.

¹⁰⁶ Johansen mfl., 2015 s. 631.

¹⁰⁷ Prop. 104 L (2009-2010) s. 12.

¹⁰⁸ Ibid s. 14.

5.5 Rettsvirkninger

Rettsvirkningene av tre- og fireårsregelen kommer direkte til uttrykk i aml. § 14-9 sjette ledd. Dersom vilkårene i bestemmelsen er innfridd skal arbeidstakeren ”anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse.”

Oppsigelsesvernet innebærer fast ansettelse.¹⁰⁹ Det vil si at arbeidstakeren ikke trenger å fremme krav om fast ansettelse – rettsvirkningene inntreer automatisk dersom vilkårene i bestemmelsen er innfridd.

Innholdet i en eventuell fast stilling kommer jeg tilbake til i punkt 6.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 43.

6 Rettsvirkninger

6.1.1 Innledning

Dersom en midlertidig ansatt eller innleid vikar har krav på fast stilling i virksomheten blir spørsmålet hvilken stilling vikaren skal få. Stillingens innhold og størrelse drøftes samlet for retten til fast ansettelse etter aml. § 14-11 første ledd og § 14-14 første ledd, grunnbemanningsslåren og tre- og fireårsregelen da vurderingene blir sammenfallende.

6.1.2 Stillingens innhold

Problemstillingen er hva som skal være innholdet i stillingen.

Dersom vilkårene for å inngå en midlertidig arbeidsavtale eller leie inn en arbeidstaker ikke er til stede, vil avtalen for øvrig være gyldig, men det må anses å foreligge et vanlig løpende arbeidsforhold.¹¹⁰ Dette innebærer at arbeidstakeren får stillingsvern. Utgangspunktet er altså at vikaren skal bli fast ansatt i tilsvarende stilling som han har hatt i det ulovlige vikariatet.¹¹¹

Der arbeidstakeren bare har arbeidet i en bestemt stillingskategori, er det gitt at han skal fortsette i denne stillingen slik som for eksempel servicearbeideren i Statfjorddommen og ambulansarbeideren i Ambulansedommen.

Dersom arbeidstakeren har arbeidet i flere stillingskategorier, kan det imidlertid være mer problematisk å fastlegge innholdet i den faste stillingen.

Etter tjenestemannsloven har det blitt tatt utgangspunkt i hvilke arbeidsoppgaver arbeidstakeren utførte i tidspunktet for lovstriden.¹¹² Dette kan gi en viss veiledning da tre- og fireårsregelen i arbeidsmiljøloven som nevnt er inspirert av tilsvarende regel i tjenestemannsloven.

Dette taler for at arbeidstakeren har krav på å få utføre det arbeidet som vedkommende utførte da ansettelsesforholdet gikk fra å være midlertidig til å bli fast. Dette kan imidlertid ikke

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 164-165.

¹¹¹ Edvardsen, *Arbeidsrett* 2012 s. 132.

¹¹² Edvardsen, *Arbeidsrett* 2012 s. 131.

anses å være mer enn et utgangspunkt, og arbeidsgiver må kunne utføre de endringene som kan gjøres i kraft av styringsretten.¹¹³

I vurderingen kan det også trekkes paralleller til deltidsansattes rett til utvidet stilling jf. aml. § 14-4a. Her er poenget at innholdet i stillingen skal tilsvare innholdet i det merarbeidet vedkommende faktisk har utført i den aktuelle perioden. Det vil si at den deltidsansatte ikke selv kan velge hvilket sted eller avdeling han eller hun skal utføre arbeidet. Dersom arbeidet har vært utført på ulike steder eller avdelinger, kan arbeidsgiveren fortsatt velge å bruke den deltidsansatte på forskjellige steder eller avdelinger i virksomheten.¹¹⁴

Dette er nyere forarbeider som er detaljerte og utførlige. Hensynet til indre sammenheng i arbeidsmiljøloven taler for at et tilsvarende utgangspunktet også kan legges til grunn for midlertidig ansatte og innleide vikarers rett til fast stilling.

En kan altså ta utgangspunkt i arbeidsoppgavene den siste delen av det lovlige midlertidige ansettelsesforholdet, eller arbeidsoppgavene på tidspunktet for lovstriden. En mulig løsning der arbeidet har variert mye i karakter kan også være at vikaren blir ansatt i ulike virksomhetsområder.¹¹⁵

Rettstilstanden er noe usikker, og spørsmålet er uavklart.

6.1.3 Stillingens størrelse

Problemstillingen er hva som skal være stillingens størrelse.

I Statfjorddommen anførte arbeidstakeren at hun hadde rett til full stilling, men retten gav arbeidsgiver medhold i at den ansatte skulle få en stilling med arbeid av samme omfang som hun hadde utført og fått betaling for (s. 1122). Det vil si at vikaren skal ha en fast stilling som tilsvarer den stillingen han har arbeidet ulovlig i.

Dersom arbeidsforholdet har variert i intensitet, kan det imidlertid være vanskelig å angi stillingsstørrelsen. I forarbeidene til tre- og fireårsregelen uttales at det nærmere innholdet i den faste ansettelsen vanskelig lar seg fastslå ved en regel i loven. Dette er spørsmål som må

¹¹³ Egeland, i Jakhelln mfl., 2017 s. 884.

¹¹⁴ Prop. 83 L (2012-2013) s. 86.

¹¹⁵ Edvardsen, *Arbeidsrett* 2012 s. 131-132.

vurderes konkret i den enkelte saken blant annet ved hjelp av de momenter som domstolene har trukket opp.¹¹⁶

I Sykehuset Innlandet-dommen tok ikke Høyesterett stilling til stillingsprosenten da arbeidstaker ikke hadde krav på fast stilling. Men i dommen fra lagmannsretten¹¹⁷ uttales at omfanget må bestemmes skjønnsmessig ut fra hvor mye arbeidstakeren sammenhengende hadde arbeidet og arbeidets karakter. Departementet slutter seg til dette, og gir uttrykk for at en gjennomsnittsberegning er den mest hensiktsmessige måten å vurdere spørsmålet på.¹¹⁸

Dersom arbeidstakeren har hatt varierende stillingsprosent, taler altså rettspraksis og forarbeider for at det vil være et naturlig utgangspunkt å vurdere hvilken stillingsbrøk vikaren gjennomsnittlig har arbeidet i.

Utgangspunktet må imidlertid modifieres dersom det er tale om midlertidige ansettelse eller innleieforhold som går over lang tid. Dette gjelder særlig for tre- og fireårsregelen, men kan også gjelde for grunnbemanningslæren. Dersom intensiteten i arbeidet har variert mye over lang tid, kan en gjennomsnittsberegning slå feil ut. For eksempel dersom vikaren har hatt en 20 % stilling i to år, og deretter 100 % det siste året, vil det være lite hensiktsmessig å ansette vikaren fast i en 50 % stilling. I et slikt tilfelle vil trolig stillingsprosenten på innslagstidspunktet gi et mer korrekt bilde av arbeidskraftsbehovet i virksomheten i tiden som kommer.¹¹⁹

Rettstilstanden er noe usikker også her, og spørsmålet er uavklart.

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 44.

¹¹⁷ LE-2008-32879.

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 44.

¹¹⁹ Edvardsen, *Arbeidsrett* 2012 s. 134.

7 Forholdet mellom grunnbemanningslæren og tre- og fireårsregelen

I det følgende drøftes forholdet mellom grunnbemanningslæren og tre- og fireårsregelen.

Grunnbemanningslæren er en eldre ulovfestet lære. Fireårsregelen kom inn i loven i 2005 etter at den ulovfestede læren var utviklet av Høyesterett. Det er ingenting i forarbeidene til den vedtatte fireårsregelen som tilsier at grunnbemanningslæren ikke lenger skal gjelde. Det vil si at reglene skal gjelde ved siden av hverandre. I Sykehuset Innlandet-dommen tar Høyesterett stilling til vedtagelsen av fireårsregelens betydning for grunnbemanningslæren, herunder om den ulovfestede læren har mistet sitt rasjonale etter innføringen av fireårsregelen.

Høyesterett ser hen til forarbeidene til fireårsregelen, og kommer til at grunnbemanningslæren har praktisk betydning ved siden av fireårsregelen fordi den kan gi rett til fast ansettelse før det er gått fire år (avsn. 47). Fireårsregelen oppstiller dermed en maksimumsgrense for hvor lenge en ansatt kan være midlertidig ansatt. Det var imidlertid heller ikke noe i rettskildesituasjonen som tilsa at læren nå burde videreutvikles (avsn. 48).

Forarbeidene til den nyere treårsregelen som kom inn i loven i 2015 sier heller ikke noe om forholdet til grunnbemanningslæren. Det er derfor lite som tilsier at den ikke fortsatt skal gjelde. I praksis kan det imidlertid tenktes at grunnbemanningslæren får mindre betydning, da tre- og fireårsregelen kan gi arbeidstakeren fast stilling på et tidligere tidspunkt nå enn tidligere. Det kan også være lettere å vinne frem etter tre- og fireårsregelen, da rettsvirkningene inntreer automatisk.¹²⁰

Tre- og fireårsregelen oppstiller følgelig en maksimumsgrense for hvor lenge en arbeidstaker kan være midlertidig ansatt hos samme arbeidsgiver. I praksis vil det si at grunnbemanningslæren først og fremst får betydning for vikariater som har kortere varighet enn tre år.

¹²⁰ Se punkt 4.8 og 5.5.

8 Avslutning

I avhandlingen har jeg sett på de ulike grunnlagene som kan gi innleide og midlertidig ansatte vikarer rett til fast ansettelse, herunder vilkår for og rettsvirkninger av de ulike grunnlagene.

Dagens regulering av midlertidig ansettelse og innleie av vikarer gir arbeidsgiveren den nødvendige fleksibiliteten ved midlertidige behov for arbeidskraft, og vikarens rettigheter er styrket gjennom de ulike mulighetene for å få fast ansettelse. Disse bidrar til å understøtte hovedregelen om fast ansettelse og sikrer vikarens rettsstilling.

Reglene er i tråd med lovens formål, hensyn bak bestemmelsene om midlertidig ansettelse og innleie, samt EU-direktivet om midlertidig ansettelse som skal hindre misbruk som følge av at det benyttes gjentatte midlertidige ansettelsesforhold. De gir en god balanse mellom de to sentrale hensynene som ligger bak reglene – arbeidstakerens behov for sikkerhet, stabilitet og forutberegnelighet, og virksomhetens behov for fleksibilitet med hensyn til arbeidsstokken.

Reglene er gode, og virker til sin hensikt. Det er etter min mening ikke store behov for endringer i rettsstilstanden. Det er imidlertid ikke alle problemstillingene som er reist i avhandlingen som er tilstrekkelig avklart.

Arbeidsrett er et viktig rettsområde som angår de fleste av oss. Virksomheter benytter seg i stor grad av midlertidige ansettelser og innleie, både innenfor og utenfor lovens grenser. Ulovlige midlertidige ansettelser og innleieforhold bør håndheves strengt, og det bør derfor være klarhet i rettsstilstanden slik at partene vet hva de har å forholde seg til. Hensynet til forutberegnelighet og klare regler taler følgelig for at det kan være hensiktsmessig med en avklaring på de punkter der rettsstilstanden er usikker. Dette kan bidra til å sikre lovens formål om trygge ansettelsesforhold, samt redusere tvister og ulovlige arbeidsforhold.

Kilder

Lover

Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) (opphevet).

Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (opphevet).

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Forarbeider

Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4 februar 1997 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) Om lov om endringer i lov 4 februar 1997 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., i lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. og i lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting.

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.

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

Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.).

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

Prop. 83 L (2012-2013) Endringer i arbeidsmiljøloven mv. (søksmålsrett for fagforeninger mv., overtredelsesgebyr og ufrivillig deltid).

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

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

NOU 1998: 15 Arbeidsformidling og arbeidsleie.

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

EU-direktiv

Rådsdirektiv 99/70/EF av 28. juni 1999 om rammeavtalen om midlertidig ansettelse.

Rettspraksis

Rt. 1981.899

Rt. 1985.1141 (Åsgård sykehjem)

Rt. 1989.1116 (Statfjorddommen)

Rt. 1990.1126

Rt. 1995.227

Rt. 1998.1357

Rt. 2001.1413

Rt. 2005.826 (Bråthen-dommen)

Rt. 2006.1158 (Ambulanse-dommen)

Rt. 2009.578 (Sykehuset Innlandet-dommen)

Rt. 2011.841

Rt. 2013.998

Rt. 2013.1730

Rt. 2015.1332

HR-2012-1000-U

HR-2017-561-A

RG. 2009.11

LG-2014-57287

LF-2012-16761

LH-2011-97866

LE-2008-32879

LE-2014-150547

Litteraturregister

Benson, Thomas, *Arbeidsrettsboka*, 2. Utgave (Bergen 2014).

Hirst, Marion Holthe og Sven Ivar Lønneid, *Arbeidsrett i et nøtteskall* (Oslo 2015).

Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.), *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, 4. Utgave (Bergen 2017).

Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland (red.), *Arbeidsmiljøloven kommentarer og praksis*, 2. Utgave (Oslo 2015).

Egeland, Lill, ”Kommentarer til aml. § 14-9”, i Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.), *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, 4. Utgave (Bergen 2017).

Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave (Oslo 2017).

Artikler

Dalheim, Tron, ”Midlertidig ansettelse – tilkallingsvikarer, ekstrahjelper m.v.”, *Arbeidsrett* nr. 4/2006, s. 244-264.

Edvardsen, Kjetil, ”Retten til fast ansettelse, Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren”, *Arbeidsrett* nr. 2/2012, s. 103-141.

Fougner, Jan, ”Læren om fast ansettelse ved varig behov”, *Arbeidsrett*, nr. 2/2009, s. 98-104.

Melsom, Nina, ”Kontraktsformen ”fast ansettelse uten garantilønn””, *Arbeidsrett*, nr. 1/2017, s. 128-136.

Selman, Camilla og Einar Engh, ”Arbeidsrettslige betraktninger om ”tilkallingshjelper””, *Arbeidsrett* nr. 2/2015, s. 222-231.

Søreide, Christel, ”Fireårsregelen ved innleie av arbeidskraft”, *Arbeidsrett* nr. 1-2/2010, s. 75-81.

Søreide, Christel, ”Grensen mellom fast og midlertidig ansettelse”, *Arbeidsrett* nr. 1/2017, s. 113-127.

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

Internettkilder

Astrup, Anniken, ”Kommentarer til aml. § 14-12”, [Arbeidsrett.no](http://www3.arbeidsrett.no)
<http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/15/16/> (siste innlogging: 10.12.17).

Jakhelln, Henning, ”Kommentarer til aml. § 1-8”, [Arbeidsrett.no](http://www3.arbeidsrett.no)
<http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/1/9/#i1003584> (siste innlogging: 10.12.17).