

Adgangen til midlertidig ansettelse etter regjeringens høringsutkast av juni 2014

Innholdet i lovforslaget om generell tidsbegrenset adgang til midlertidig ansettelse og
forholdet til Rådskonferansen 1999/70/EF

Kandidatnummer: 193005

Antall ord: 13718



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2014

Innholdsfortegnelse

I	Innledning	4
1.1	Problemsstilling/emne	4
1.2	Aktualitet	5
1.2.1	Bakgrunn	5
1.2.2	Statistikk	6
1.3	Begreper og avgrensning	7
1.4	Oppgavens oppbygning	10
II	Hensyn bak reglene	11
III	Historisk utvikling av reglene om midlertidig ansettelse	13
IV	Rettskilder	16
4.1	Adgang til midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9.....	16
4.1.1	Hovedregelen om fast ansettelse	17
4.1.2	Ordlyden: «at skiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten»	17
4.1.3	Ordlyden: «arbeidets karakter»	18
4.2	Fireårsregelen	22
4.3	Rådsdirektiv 1999/70/EF	23
4.3.1	Kort om utarbeidelsen av direktivet	23
4.3.2	Direktivets formål og innhold	23
4.3.3	Rammeavtalen klausul 5	24
V	Regjeringens høringsforslag av juni 2014 og forholdet til Rådsdirektivet	25
5.1	Hovedregelen og den endrede ordlyden i bokstav a.....	26
5.2	Den foreslåtte generelle adgangen til midlertidig ansettelse	29
5.2.1	Hva ligger i «samme arbeidsoppgaver»?.....	31
5.2.2	Hva ligger i «ikke umiddelbart» /ev. kravene til karantenetid	32
5.3	Adgangen til å kombinere flere hjemler	34

5.4	Det (eventuelle) forslaget om at fireårsregelen skal omfatte den generelle adgangen til midlertidig ansettelse	35
5.5	Det samlede forslagets forhold til Rådsdirektivet og Rammeavtalen klausul 5	36
5.5.1	Innholdet av- og grensene for «gjentatt» midlertidig ansettelse.....	36
5.5.2	Spørsmål om lovforslaget innfrir rammeavtalens alternative krav for bruk av gjentatt midlertidig ansettelse.....	38
5.5.3	Spørsmål om det finnes annet tilsvarende vern mot misbruk	42
VI	Avslutning.....	45

I Innledning

1.1 Problemsstilling/emne

I norsk arbeidsrett gjelder det som et generelt prinsipp at en arbeidstaker skal ansettes fast. Dette følger av § 14-9 første ledd i lov 17. juni 2005 nr. 62, om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (heretter arbeidsmiljøloven eller aml.). Den samme hovedregelen er lovfestet i § 3 nr. 2 i lov 4. mars 1983 om statens tjenestemenn m.m (heretter tjenestemannsloven eller tjml.) Prinsippet har som formål å sikre stabilitet og trygghet i et arbeidsforhold jfr. aml § 1-1. Hovedregelen om fast ansettelse etter aml. § 14-9 inneholder flere praktiske unntak som er regulert i samme bestemmelse. Lovgiver har her anerkjent muligheten for å ansette midlertidig på visse vilkår.

Rekkevidden av reglene om midlertidig ansettelse har i stor grad vært et politisk tema. Arbeidsmiljøloven § 14-9 slik vi kjenner den i dag har som følge av politiske svingninger, EU rettslige forpliktelser og endrede samfunnsmessige behov gjennomgått omfattende endringer siden et generelt forbud mot midlertidige ansettelser ble innført i 1977.

Rådsdirektiv 1999/70/EF (heretter rådsdirektivet eller direktivet) fastsetter generelle prinsipper og minstekrav for adgangen til å ansette midlertidig. Etter rammeavtalen klausul 5, plikter medlemsstatene å forhindre misbruk som følge av at det benyttes gjentatte midlertidig arbeidsavtaler eller ansettelsesforhold.

Arbeids- og sosialdepartementet (heretter departementet) utstedte i juni 2014 et høringsutkast med forslag om endring i reglene om midlertidig ansettelse. Departementet understreker at gjeldende regler i arbeidsmiljøloven i hovedsak bør videreføres men at det er behov for en forenkling og tydeliggjøring av regelverket. I tillegg foreslås en utvidelse i tråd med Solberg-regjeringens politiske plattform ved at det innføres en generell tidsbegrenset adgang til midlertidig ansettelse i ni eller tolv måneder. Dette skal imøtekomme et hevdet behov for økt fleksibilitet i arbeidslivet som vil virke positivt for både arbeidstaker og arbeidsgiver.

Det overordnede temaet for avhandlingen er adgangen til midlertidig ansettelse etter regjeringens høringsutkast av juni 2014. Spørsmål om hvordan innholdet i lovforslaget skal tolkes og håndheves samt forholdet til rådsdirektivet er i kjernen av oppgavens tema. Det vil vurderes særskilt hvorvidt – eller i hvilken grad de foreslåtte endringer er i overensstemmelse med rammeavtalen § 5.

1.2 Aktualitet

1.2.1 Bakgrunn

Arbeidsmiljølovens bestemmelser om midlertidig ansettelse har tradisjonelt vært ansett for å være krevende å forstå for så vel arbeidstaker som arbeidsgiver. Særlig den skjønnsmessige utformingen av aml. § 14-9 første ledd bokstav a har vist seg å by på betydelig tolkningsproblematikk. Ved flere anledninger har spørsmålet om adgang til å ansette midlertidig fordi «arbeidets karakter» tilsier det vært oppe i Høyesterett.

Som vi skal se i punkt II gjelder et ulikt stillingsvern for fast- og midlertidig ansatte. Dette har ført til en rettstilstand der arbeidsgivere søker å etablere ulike former for midlertidighet for å oppnå større fleksibilitet enn det en fast ansettelse gir.

Regjeringens høringsutkast omhandler to forskjellige endringsforslag som skal forbedre rettstilstanden på området for midlertidige ansettelser. Ved en innføring av en generell adgang til midlertidig ansettelse tilstreber departementet å imøtekomme et behov om økt fleksibilitet. En endret ordlyd i §14-9 første ledd bokstav a, vil føre til et tydeligere regelverk som vil gjøre det lettere for brukere av loven å anvende den.

Det er ikke for første gang aml. § 14-9 foreslås endret. Rekkevidden av adgangen til å ansette midlertidig, og da særlig spørsmålet om generell adgang, har utviklet seg til en politisk kampsak hvor det er et tydelig skille mellom «blå» og «rødgrønn» politikk.

Spørsmålet om utvidelse av adgangen til midlertidig ansettelse var ett av de mest omstridte under arbeidet med Arbeidsmiljøloven av 2005. Da loven ble vedtatt (Under Kjell Magne

Bondeviks andre regjering), innførte den en generell adgang til midlertidig ansettelse i 6 måneder. Perioden kunne forlenges slik at samlet ansettelsestid utgjorde 12 måneder.

Etter stortingsvalget høsten 2005 (dannelsen av Jens Stoltenbergs andre regjering) ble bestemmelsen endret¹. Paragraf 14-9 viderefører hovedsakelig innholdet i bestemmelsen fra Arbeidsmiljøloven av 1977. Etter gjeldende rett kan det kun ansettes midlertidig dersom de lovbestemt kvalifikasjonskrav er innfridd².

1.2.2 Statistikk

I 2013 foretok Statistisk sentralbyrå (heretter SSB) en arbeidskraftundersøkelse som viste at 10 prosent av alle arbeidstakere er ansatt midlertidig. I norsk arbeidsliv er andelen en del lavere enn i de andre OECD³ landene hvor gjennomsnittet ligger på nærmere 12 prosent.

I overkant av 40 prosent av de midlertidig ansatte er i vikarstilling, om lag 18 prosent er i engasjement/prosjektansettelse, rundt 18 prosent er ekstrahjelp og 11 til 12 prosent er i en lærlig- eller praktikantsstilling. Under 1 prosent av de midlertidig ansatte er det gjennom arbeidsmarkedstiltak⁴.

Undersøkelsen viste at midlertidige ansettelser er mest utbredt blant ungdom. Ikke bare fordi de er nykommere på arbeidsmarkedet men også fordi de i stor grad påtar seg midlertidige arbeid ved siden av studier og skolegang.

Det er dessuten flere kvinner enn menn i midlertidige stillinger, noe som skyldes at kvinner i større grad arbeider innenfor sektorer hvor tidsbestemte kontrakter er mer utbredt. Dette gjelder for helse og omsorgsykker, undervisning, hotell- og restaurantvirksomhet. Fra august 2005 til juli 2014 har antallet midlertidig ansatte kvinner sunket fra 12 til 8 prosent.

¹ Ved lov nr. 121/2005

² Aml. § 14-9 første ledd bokstav a-e.

³ Organisation for European Economic Co-operation

⁴ Arbeidskraftundersøkelse av 1 kvartal 2014

En arbeidskraftundersøkelse fra 4. november 2013 (også foretatt av SSB) viser at det er høyere andel midlertidig ansatte blant innvandrere enn i befolkningen for øvrig. Dette kan ha sammenheng med at en større del av innvandrere er nykommere på arbeidsmarkedet i Norge.

En arbeidskraftundersøkelse som forskningsstiftelsen Fafo⁵ utførte for Arbeids- og sosialdepartementet i 2012 viser at andelen midlertidige ansatte i privat sektor for 2012 var 6,8 prosent. Denne typen ansettelse er mest utbredt i kommunal og statlig virksomhet hvor andelen midlertidig ansatte var totalt 11,4 prosent.

Undersøkelsen viste at de fleste midlertidige ansettelse er kortvarige. Om lag 2/3 av de ansatte tilbragte mindre enn ett år hos sin arbeidsgiver. Andelen langvarige ansettelsesforhold av denne typen er mer hyppig i staten enn i andre sektorer. I undersøkelsen svarte rundt halvparten av de deltakende at de hadde en ansettelse som skulle vare ett år eller mindre

1.3 Begreper og avgrensning

Begrepene «arbeidstaker» og «arbeidsgiver» er definert i henholdsvis aml. §§ 1-8 (1) og 1-8 (2), og det er disse definisjonene som ligger til grunn når begrepene anvendes i Avhandlingen. Begrepet «virksomhet» er ikke nærmere definert i arbeidsmiljøloven. I forarbeidene⁶ uttales at «som alminnelig regel vil det rettssubjekt som er arbeidsgiver være sammenfallende med arbeidsgivers virksomhet». Det er denne forståelsen som legges til grunn.

Jeg går ikke nærmere inn på ulike grensedragninger rundt arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet.

I juridisk teori brukes begrepene «virksomhet» og «bedrift» og begrepene «ansatt» og «tilsatt» om hverandre. I denne fremstillingen brukes begrepene «ansatt» og «virksomhet» ettersom det er disse som benyttes i aml. § 14-9.

⁵ Samfunnsvitenskapelig forskningsstiftelse opprinnelig grunnlagt av LO

⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 74

I teorien benyttes begrepene «tidsbestemt» og «tidsubestemt» for å definere og skille mellom faste og midlertidige arbeidsforhold. Tidsaspektet er altså avgjørende for hvordan arbeidsforholdet kategoriseres. En fast arbeidsavtale er «tidsubestemt». Det innebærer at avtalen gjelder så fremt det ikke blir tatt skritt for å bringe arbeidsforholdet til opphør. En midlertidig ansettelsesavtale er «tidsbestemt». Dette innebærer at arbeidsforholdet avsluttes på et bestemt tidspunkt. Dette kan være en gitt dato, eller for eksempel ved opphør av et prosjekt eller behov. Når tiden er ute og eller arbeidet er utført faller arbeidsforholdet bort jfr. aml § 14-9 femte ledd.

Både en midlertidig ansettelse og en prøvetidsansettelse kategoriseres i teorien som «atypiske arbeidsforhold». Dette fordi de begge utgjør unntak fra hovedregelen om fast ansettelse. Det er imidlertid viktig å forstå forskjellene mellom disse «atypiske» arbeidssituasjonene. En prøvetidsansatt regnes som fast ansatt dersom det ikke blir tatt skritt for å bringe arbeidsforholdet til opphør før utløpet av prøvetiden. Prøvetidsansettelsen vil altså automatisk gå over til en fast ansettelse. En midlertidig ansettelse er ment å opphøre på et eller annet tidspunkt.

I debatten rundt utvidet generell adgang til midlertidig ansettelse, har det vært fremhevet at andre virkemidler ivaretar siktemålet om et mer fleksibelt arbeidsliv. Fremfor å utvide adgangen til ansette midlertidig har det vært foreslått å utvide reglene om prøvetid jfr. aml. § 15-6. Dette spørsmålet behandles ikke i høringsutkastet og har heller ikke vært tema for denne avhandlingen.

Avhandlingen er konsentrert til de foreslåtte endringene i reglene om midlertidige ansettelser etter arbeidsmiljøloven § 14-9. Hovedfokuset for oppgaven er «adgangen» til å ansette midlertidig. Spørsmål som reises i forbindelse med opphør av midlertidige arbeidsavtaler vil ikke tas opp utover det som er direkte relevant for oppgavens hovedproblemstilling. Andre prosessuelle bestemmelser vil heller ikke bli behandlet.

Som bakteppe for forståelsen av lovforslaget vil det kort gjøres rede for gjeldende rett. Herunder hovedregelen i § 14-9 første ledd og det skjønnsmessige kriteriet «arbeidets karakter». De øvrige lovfestede grunnlagene for midlertidig ansettelse jfr. § 14-9 første ledd bokstav b-e vil ikke gjennomgås. Disse grunnlagene er svært spesifikke og i praksis har det

vært betraktelig færre konflikter knyttet til disse. Heller ikke bestemmelsens andre til fjerde ledd vil behandles. Departementet foreslår for øvrig ingen endring her.

I høringsutkastet foreslås også endringer i reglene om inn-/utleie fra bemanningsforetak jfr. § 14-12. Dette vil ikke videre gjennomgås.

Paragraf 14-9 gjelder for kommunal og privat sektor, samt helseforetakene. For statlig sektor gjelder tjenestemannsloven § 3. I motsetning til den vedtatte arbeidsmiljøloven fra 2005 som tilstrebet en harmonisering av disse bestemmelsene inneholder høringsutkastet utelukkende forslag om endringer i arbeidsmiljøloven. Det har ikke vært tema for oppgaven å vurdere hvilke rettslige ulikheter og konsekvenser en ulik adgang til midlertidig ansettelse vil kunne ha etter arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven dersom lovforslaget vedtas.

I tillegg er adgangen til midlertidig ansettelse i noe utstrekning regulert i særlover, jfr. Universitets- og høyskoleloven §§ 6-4 – 6-6, kommuneloven § 24, samt i enkelte andre særlover om statlig virksomhet. Disse særlovene vil ikke gjennomgås.

Det vil foretas en kortfattet gjennomgang av fireårsregelens innhold, ettersom det oppstår en del spørsmål knyttet til regelens anvendelsesområde ved innføring av en generell adgang til midlertidige ansettelse. I tillegg vil det reises spørsmål om beregningsgrunnlaget for fireårsregelen og departementets forslag om reduksjon til tre eventuelt to år. Det er imidlertid «adgangen» til midlertidig ansettelse som er temaet for avhandlingen og ikke overgangen fra midlertidig til fast ansettelse. Den ulovfestede Statfjordlæren⁷ som i visse tilfeller kan gi en midlertidig ansatt rett til fast ansettelse før fireårsregelen inntreffer vil ikke redegjøres for. Det er imidlertid et interessant spørsmål om læren fremdeles vil være aktuell ved innføring av en generell tidsbegrenset adgang til midlertidig ansettelse, særlig ettersom regjeringen foreslår å begrense fireårsregelen til to eventuelt tre år. Læren omtales ikke i høringsutkastet.

⁷ Rt. 1989 s. 1116 (Statfjorddommen)

1.4 Oppgavens oppbygning

I den videre fremstilling vil jeg først i punkt II gi en oversikt over ulike hensyn som taler For- og imot bruk av midlertidige ansettelse, herunder fleksibilitet og trygge ansettelsesforhold. De bakenforliggende hensyn er viktige for å forstå innholdet i reglene om midlertidig ansettelse. Samtidig brukes hensynene aktivt i høringsutkastet for å underbygge forslaget om en generell adgang.

Derne vil jeg gjennomgå den historiske utviklingen av reglene om midlertidig ansettelse i punkt III, herunder den norske rettsutviklingen.

I punkt IV, vil det gjøres rede for rettskilder av sentral betydning for forståelsen av lovforslaget, herunder en gjennomgang av gjeldende rett. Det vil foretas en nærmere gjennomgang av aml. § 14-9 første ledd bokstav a, etterfulgt av en kort beskrivelse av bestemmelsens femte ledd (fireårsregelen). Deretter presenteres innholdet i Rådskdirektiv 1999/70/EF.

I punkt V, foretas en gjennomgang av innholdet i lovforslaget. Videre vurderes om hvorvidt- eller i hvilken grad forslaget er i overensstemmelse med rammeavtalen klausul 5.

I punkt 5.1, gjennomgås forslaget om en endret ordlyd i aml. § 14-9 bokstav a. Etter gjeldende rett kan det ansettes midlertidig dersom «arbeidets karakter» tilsier det. Etter lovforslaget foreslås ordlyden erstattet av «dersom arbeidsoppgavene er av tidsbegrenset varighet». Jeg tar opp spørsmålet om ordlydsendringen medfører en realitetsforskjell, og om departementets målsetting om videreføring- men forenkling av gjeldende rett oppnås.

Deretter vil jeg i punkt 5.2 forsøke å oppnå en avklaring av innholdet i den foreslåtte generelle adgangen til midlertidig ansettelse.

I punkt 5.3 tar jeg opp spørsmålet om lovforslaget fører til en rettsstilstand der flere hjemmelsgrunnlag for midlertidig ansettelse kan benyttes i kombinasjon, slik at den ansatte potensielt kan bli værende i denne ansettelsesformen over lang tid.

Departementet foreslår at fireårsregelen (slik den fremgår av aml § 14-9 femte ledd) skal omfatte den generelle adgangen til midlertidig ansettelse. Her oppstår spørsmål om fireårsregelens beregningsgrunnlag ettersom det ved lovforslaget må gå en viss tid før det med samme arbeidstaker kan inngås avtale om midlertidig ansettelse. Dette vil redegjøres for i punkt 5.4.

I punkt 5.5 reises spørsmål om lovforslaget er i overensstemmelse med direktivets rammeavtale klausul 5, som har som formål å forhindre misbruk av gjentatt midlertidig ansettelse.

II Hensyn bak reglene

Arbeidsretten bygger på en rekke ulike hensyn. Spørsmålet om rekkevidden av adgangen til å ansette midlertidig innebærer en avveining av ulike hensyn til henholdsvis arbeidstaker og arbeidsgiver. Som nevnt innledningsvis har disse avveiningene en politisk forankring.

Behovet for fleksibilitet er særlig fremtredende på arbeidsgiversiden. I dette ligger det at en arbeidsgiver vil kunne ha behov for å tilpasse arbeidsstyrken etter det behov og den etterspørsel som til enhver tid foreligger. Det ikke alltid enkelt for en arbeidsgiver å beregne arbeidskraftsbehovet på sikt og særlig ikke i oppstartsfasen av en ny virksomhet. Dersom adgangen til å ansette midlertidig er restriktiv, vil det kunne føre til at personer som ønsker å starte opp en næringsvirksomhet reserverer seg for dette av frykt for vanskelighetene med å gjøre seg av med eventuelle overflødige arbeidstakere. Dette vil kunne føre til en nedgang i nyetablering av virksomheter, noe som er svært uheldig for næringslivet og samfunnet.⁸

En annen konsekvens av restriktiv adgang til midlertidig ansettelse kan være økt bruk av overtid, bruk av selvstendige oppdragsmottakere og permitteringer. I høringssvaret fra NHO⁹ vises det til at etter reglene om midlertidig ansettelse ble strammet inn i 1995 var det i

⁸ NOU 2004: 5

⁹ NHOs høringssvar, AÅL/242-6216, dato: 24.09.2014

perioden 1995-1998 dokumentert økt bruk av overtid, innleid arbeidskraft og eksterne tjenesteleverandører.

Fleksibilitetshensynet må også ses i et internasjonalt perspektiv. Desto mer restriktive reglene er på dette området, det større er risikoen for at norske virksomheter blir hengende etter i konkurransen mot utenlandske selskaper.

Også (potensielle) ansatte kan ha et behov for en midlertidig arbeidsform. Behovet kan skyldes et ønske om redusert arbeid i tid eller omfang uten å måtte forholde seg til en tidsbestemt arbeidskontrakt og de forpliktelser som der medfølger. Departementet understreker i høringsutkastet, at generell adgang til midlertidig ansettelse vil kunne fungere som et «springbrett» inn i arbeidslivet for nykommere og utsatte arbeidstakergrupper. En slik effekt er imidlertid omdiskutert i teorien.

For den ansatte står hensynet til ansettelsestrygghet sentralt.¹⁰ Å være midlertidig ansatt kan gi uheldige utslag for den det gjelder om ansettelsesformen ikke er en ønsket situasjon. Midlertidighet svekker muligheten for å planlegge egen fremtid, og kan medføre en utrygg økonomisk situasjon.

Fast ansettelse er som nevnt hovedregelen etter arbeidsmiljøloven¹¹ og for denne typen ansettelsesforhold oppstiller loven et utstrakt oppsigelsesvern. Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er «saklig begrunnet» jfr. aml. § 15-7 (1). Videre består vernereglene av bestemmelser om krav på forhåndsdrøftelser, formkrav og oppsigelsesfrister.¹² Vernereglene gjelder ikke tilsvarende for midlertidige ansettelser¹³. Etter § 14-9 femte ledd opphører midlertidige arbeidsavtaler ved det avtalte tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeidet er avsluttet. Ettersom en midlertidig ansettelse innebærer et forbehold om at visse «normale» rettsvirkninger ikke skal inntre, vil en vidstrakt adgang til å inngå slike arbeidskontrakter kunne føre til en uthuling av stillingsvernet.

Ved faste ansettelser sikres også kompetanse og stadighet i en virksomhet.

¹⁰ Aml. § 1-1 bokstav b. Lovens formål «å sikre trygge ansettelsesforhold (..) i arbeidslivet»

¹¹ Aml. § 14-9 første ledd.

¹² Se aml. §§ 15-7, 15-1, 15-4 og 15-3

¹³ Oppsigelsesreglene gjelder selvsagt dersom en midlertidig ansettelse blir sagt opp i avtaleperioden, men ikke dersom den løper ut av seg selv.

En annen konsekvens som er verdt å merke seg er at dersom arbeidsgiver har en vidtgående adgang til å tilpasse arbeidsstyrken etter det stadig varierende behovet i virksomheten, kan dette resultere i at arbeidstakere blir gående inn og ut av arbeidslivet med hyppige ledighetsperioder. Dette er svært uheldig ut i fra et samfunnsøkonomisk perspektiv, da økt arbeidsledighet medfører økte trygdeytelser. Utstrakt bruk av midlertidig ansettelse kan dessuten føre til et redusert kompetansenivå.

Vi ser at behovet for fleksibilitet og ansettelsestrygghet ikke nødvendigvis er kryssende hensyn ettersom de begge kan tilgodese henholdsvis arbeidstaker og arbeidsgiver. Ved utforming av reglene om midlertidig ansettelse må det likevel foretas en avveining mellom disse. I en slik avveining vil konsekvensene av en utvidet eller innskrenket adgang for partene i arbeidsforholdet, næringslivet generelt og samfunnet spille inn. Reglenes mangeartede følger er årsaken til at spørsmålet om adgang til midlertidig ansettelse har et særlig politisk preg.

III Historisk utvikling av reglene om midlertidig ansettelse

Arbeidsrettens rettskilder er sammensatte og et resultat av rettsutvikling over lengre tid. For å forstå dagens rettskildebilde er det derfor av betydning å se tilbake på den historiske utviklingen av stillingsvernet.

Tjenestemannsloven av 15. februar 1918 var den første lov som regulerte adgangen til ansettelse, oppsigelse, avskjed mv. Loven gjaldt alle statstjenestemenn. Oppsigelsesvernet som ble innført innebar at den som var ansatt i staten og som hadde en viss «opptjeningstid» ikke kunne sies opp. Loven gjorde samtidig unntak for dem som var midlertidig ansatt¹⁴

For privat- og kommunal sektor var det ikke lovfestet begrensninger i adgangen til oppsigelse. Først ved arbeidervernloven av 1936 ble verneregler innført, og med det et alminnelig krav om saklig grunn for oppsigelse. Spørsmålet om hvorvidt det lovfestede oppsigelsesvernet, og kravene til oppsigelsesfrister kunne omgås ved at arbeidstakere ble ansatt midlertidig oppsto

¹⁴ Ot.prp. nr. 67 (2004-2005), punkt 1.2

da for første gang utenfor statlig sektor. Stillingsvernet var mindre omfattende for dem som var ansatt i privat- og kommunal sektor enn for statens tjenestemenn. Dermed var ikke «behovet» for å omgå vernereglene like stort.

Ved revideringen av arbeidervernlovgivningen på midten av 1970-årene, ble spørsmålet om midlertidige ansettelser tatt opp på ny. Dette ledet frem til § 58 punkt 7 annet ledd i arbeidsmiljøloven av 1977. Bestemmelsen anga hovedregelen om forbud mot midlertidig ansettelse med visse unntak. Bestemmelsen lød:

«Arbeidsavtaler som en inngått for et bestemt tidsrom, eller for et bestemt arbeid av forbigående art, opphører ved tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeid er avsluttet, med mindre annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale. Vilkår om at tilsetting bare skal gjelde for et bestemt tidsrom eller for et bestemt arbeid av forbigående art, kan bare rettsgyldig avtales når arbeidets karakter tilsier det. Avtale om tilsetting for et visst tidsrom kan allikevel inngås når det gjelder praksisarbeid eller vikariat.»

Stortingskomiteen forutsatte at de grupper som ble holdt utenfor arbeidsmiljøloven (altså de som arbeidet i staten og i grunnskolen) ikke skulle være dårligere beskyttet enn det som fulgte av den nye loven. Dermed ble det ved forskrift til tjenestemannsloven satt forbud mot midlertidig ansettelse. Forskriftene hadde uklart innhold og uklar rettskildemessig status.

I 1983 trådte vår nåværende tjenestemannslov i kraft. I lovens § 3 finner vi hovedregelen om at ansettelser skal gjøres fast. Videre er lovens systematikk den samme som arbeidsmiljøloven, ved at det er positivt angitt i hvilke unntakstilfeller midlertidig ansettelser kan finne sted. Som vi ser er imidlertid unntakene i tjenestemannsloven mer spesifikke enn det som fulgte arbeidsmiljøloven:

§3.2. *«Tjenestemann skal tilsettes fast, medmindre:*

- a. Tjenestemannen trengs bare for et bestemt tidsrom eller for å utføre et bestemt oppdrag.*
 - b. Arbeidet ennå ikke er fast organisert og det derfor er usikkert hvilke tjenestemenn som trengs.*
- (...) »*

I 1995 ble arbeidsmiljøloven revidert. I spørsmålet om midlertidig ansettelse gikk flertallet i arbeidsmiljøutvalget inn for en liberalisering av forbudet. Departementet forsøkte å gjøre unntakene fra hovedregelen om fast ansettelse noe klarere. Revisjonen resulterte i arbeidsmiljøloven § 58 A. Den alminnelige adgangen til midlertidig ansettelse etter bestemmelsens bokstav a, ble noe strammet inn. Ordlyden «arbeidets karakter» ble supplert med et krav om at arbeidet «adskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften»:

«1. Arbeidsavtaler som gjelder for et bestemt tidsrom eller for et bestemt arbeid av forbigående art kan bare rettsgyldig avtales i følgende tilfeller:

- a) Når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet adskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften, (...)*»

Under arbeidet med en ny arbeidsmiljølov i 2005 ble ordlyden «arbeidets karakter» vedtatt endret. I tillegg ble det innført generell adgang til å ansette midlertidig for 6 måneder med utvidelse opp til 12 måneder jfr. Arbeidsmiljøloven av 2005, § 14-9 første ledd bokstav g. Bestemmelsen lød:

«Arbeidstaker skal ansettes fast, med mindre det dreier seg om: (...)

b) At arbeidstaker bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag,

c) Ansettelse av arbeidstaker som ikke fyller lovbestemte kvalifikasjonskrav (...)

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

I arbeidsmiljøloven av 2005 ble fireårsregelen innført i aml. § 14-9 femte ledd. Regelen innebærer at en arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år, anses som fast ansatt med hensyn til reglene om oppsigelse.

Samme år ble bestemmelsen revidert som følge av regjeringsskiftet. Resultatet ble at bestemmelsene i aml. 1977 § 58 A i det vesentlige ble videreført i den nye lovens § 14-9¹⁵. Endringen ble begrunnet¹⁶ med at midlertidige ansettelser burde begrenses til arbeid av

¹⁵ Innst. O. nr. 18 (2005-2006) og besl. O. nr 30 (2005-2006)

¹⁶ Ot. prp. nr 24 (2005-2006) s. 4

midlertidig karakter og at den regulering som fremkom av aml. § 58 A, i tilstrekkelig grad ivaretok en virksomhets behov for midlertidige ansettelser.

IV Rettskilder

4.1 Adgang til midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9

I det følgende foretas en gjennomgang av aml § 14-9 første ledd bokstav a. Det skal først gjøres rede for hovedregelen om at arbeidstakere skal ansettes fast og videre i hvilke tilfeller midlertidige ansettelse kan finne sted etter gjeldende rett. Som nevnt er det særlig bestemmelsens første ledd bokstav a som har bydd på tolkningsmessige utfordringer ved at det kan ansettes midlertidig dersom «arbeidets karakter» tilsier det. I høringsutkastet av juni 2014 foreslås ordlyden endret. Dette skal ifølge departementet bidra til å forenkle samt tydeliggjøre bestemmelsens innhold.

Som nevnt innledningsvis vil ikke adgangen til å ansette midlertidig etter aml. § 14-9 første ledd bokstav b til e gjennomgås. Heller ikke § 14-9 annet til fjerde ledd. Paragraf 14-9 femte ledd angir den såkalte «fireårsregelen» og vil behandles kort i punkt 4.2

Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstav a, har en noe annen utforming enn § 58A nr. 1 a). Det følger av forarbeidene til den gjeldende bestemmelse¹⁷ at det ikke har vært meningen å endre bestemmelsens innhold. Forarbeider og rettspraksis vedrørende lovbestemmelsene i 1977-loven om midlertidig ansettelse har derfor fortsatt betydning for forståelsen av gjeldende regler

Adgangen til midlertidig ansettelse etter § 14-9 første ledd bokstav a, lyder som følger:

«Arbeidstaker skal ansettes fast. Avtale om midlertidig ansettelse kan likevel inngås:

- a) når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten,*
- (...)*»

¹⁷ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 5

4.1.1 Hovedregelen om fast ansettelse

Hovedregelen om at «arbeidstaker skal ansettes fast» regnes for å være et generelt arbeidsrettslig prinsipp i norsk rett. Prinsippet har som formål å skape stabile rammer for arbeidsforholdet og skal bidra til at arbeidstaker beholder og videreutvikler nødvendig kompetanse jfr. aml. § 1-1 bokstav b.

At avtale om midlertidig ansettelse «likevel kan inngås» er en klar indikasjon på at de følgende alternativer i lovteksten representerer unntak fra hovedregelen. Som vi ser i gjeldende lovbestemmelse er unntakene nokså spesifikke, med unntak av der «arbeidets karakter» begrunner en midlertidig ansettelse.

I følge forarbeidene kan hovedregelen og lovens formål bli avgjørende som tolkningsmoment. I tvilstilfeller om hvorvidt en midlertidig ansettelse er lovlig.

4.1.2 Ordlyden: «adskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten»

Arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstav a, oppstiller en skjønnsmessig adgang til midlertidig ansettelse «når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten».

En rent språklig forståelse av bestemmelsen tyder på at det er snakk om to kumulative vilkår. For det første må «arbeidets karakter» begrunne midlertidig ansettelse, «og» for det andre må arbeidet atskille seg fra «det som ordinært utføres i virksomheten». Vi ser imidlertid ut i fra forarbeidene og Høyesteretts fortolkning av disse at dette ikke er tilfelle.

I Rt. 2001 s. 1413 (Norsk Folkehjelp-dommen) peker Høyesterett på at formålet med ordlyden var å stramme inn adgangen til midlertidig ansettelse. Under henvisning til kommunalkomiteens egen forståelse av ordlyden i forbindelse med stortingsbehandlingen, fant retten at det ikke var holdepunkter for at bestemmelsen skulle tas så strengt på ordet.

Det er ordlyden «arbeidets karakter» som angir hovedvilkåret i aml. § 14-9 første ledd bokstav a. Dersom arbeidet i tillegg adskiller seg fra det som normalt utføres i virksomheten, vil det styrke argumentet om at stillingen er av midlertidig karakter.

4.1.3 Ordlyden: «arbeidets karakter»

Som vi har sett, har ordlyden «arbeidets karakter» tidligere vært anvendt i § 58 nr. 7 i arbeidsmiljøloven av 1977 og i § 58 A fra 1995. Da det i 2005 ble vedtatt en generell adgang til midlertidige ansettelser etter daværende § 14-9 (1) bokstav g, ble også ordlyden i bestemmelsens punkt 1 a) forslått endret. Ordlyden «når arbeidets karakter tilsier det» ble erstattet av «At arbeidstaker bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag». Formålet med ordlydsendringen var å forenkle regelverket og samtidig harmonisere arbeidsmiljølovens og tjenestemannslovens adgang til midlertidig ansettelse. Grunnet stortingsvalg trådte den vedtatte endringen aldri i kraft. Formuleringen ble endret tilbake til slik den fremkom av rettstilstanden i 1995.

I motsetning til de øvrige spesifikke alternativer for når avtale om midlertidig ansettelse kan inngås, er §14-9 første ledd bokstav a en slags type sekkebestemmelse som oppstiller skjønnsmessige kriterier for når en slik ansettelsesform kan foretas. Årsaken til at vi har en slik bestemmelse er å skape en fleksibilitet i arbeidslivet, der vurderingen av om det kan ansettes midlertidig må tilpasses den aktuelle virksomhetens begrunnelse for dette. Altså må det foretas en helhetsvurdering av om arbeidet i den aktuelle virksomheten er av en slik art at det begrunner behov for midlertidighet.

Hva som ligger i ordlyden «arbeidets karakter» er ikke klart ut i fra en naturlig språklig fortolkning. Vi må derfor søke avklaring i øvrige rettskilder.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 gir ingen systematisk fremstilling av når midlertidig ansettelse er tillatt der «arbeidets karakter» tilsier det, men gir enkelte spredte holdepunkter.

I odelstingsproposisjonen¹⁸ uttales at det må foretas en konkret vurdering av hvorvidt «arbeidets karakter» tilsier at avtalen skal gjelde for et bestemt tidsrom eller for å utføre et bestemt arbeid av forbigående art. Det legges til grunn at midlertidig ansettelse fullt ut kan foretas dersom behovet er sterkt sesongpreget jfr. «f.eks. slik at arbeidet bare kan utføres på vintertid». I tillegg kan også behovet begrunnes dersom det er snakk om utførelse av en bestemt oppgave i virksomheten. Det er videre uttalt at «ofte vil det avgjørende bevis finnes i de faktiske sysselsettingsmuligheter vedkommende virksomhet har ved avtalens utløp»¹⁹

Sistnevnte setning gir et viktig moment i vurderingen om «arbeidets karakter» tilsier midlertidig ansettelse. Det må for arbeidsgiver fremstå som klart på ansettelsestidspunktet om arbeidet som skal utføres er midlertidig. Det kan hende at et oppdrag som fremsto som midlertidig, i tråd med en senere utvikling viser seg å bli et mer fast behov. Arbeidsgivers forutsetninger, eller kunnskap på ansettelsestidspunktet er altså av betydning.

I forarbeidene til endringen i 1995²⁰ uttales det at begrepet «arbeidets karakter» må forstås slik at det er adgang til å inngå tidsbestemte arbeidsavtaler dersom arbeidsoppgavene har et «tidsbegrenset preg» og skiller seg fra det som ellers løpende utføres hos arbeidsgiver. Etter forarbeidene er «prosjektarbeid» et typisk eksempel på dette.

Det vil ofte være en glidende overgang mellom varige arbeidsoppgaver og mer avgrensede arbeidsoppgaver. Forarbeidene uttaler at grensene må vurderes og fastsettes konkret i det enkelte tilfellet. En avgrenset arbeidsoppgave kan strekke seg over flere år og tidsaspektet kan være vanskelig å angi nøyaktig på tilsettingstidspunktet. I følge forarbeidene vil ikke det være et absolutt krav dersom arbeidet er definert til å være begrenset i art og omfang.

Forarbeidene viser så til Høyesterettspraksis som har fastslått at loven ikke er til hinder for tidsbegrenset tilsetting for utførelse av løpende arbeidsoppgaver i spesielle arbeidsforhold. Forutsetningen er at det er et «saklig behov for det og at tilsettingen begrenses til det som er strengt nødvendig».

¹⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 18

¹⁹ Ot. prp. nr. 41 (1975-76) s. 71

²⁰ lov om endringer i lov av 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv., s. 165

En midlertidig tilsetning av en arbeidstaker som ikke fyller de formelle kvalifikasjonskravene til en bestemt stilling, i påvente av en søker som fyller kvalifikasjonskravene, vil ifølge forarbeidene kunne være lovlig (etter § 58 A nr. 7). Her vil lengden av tilsetningsforholdet kunne spille inn ved vurdering av om en slik tidsbegrenset avtale er lovlig.

Partenes forutsetninger vil ifølge forarbeidene kunne ha en viss betydning i en tvilssituasjon for bedømmelsen av lovligheten av en midlertidig ansettelse. Dersom partene er innforstått med at ansettelsen er midlertidig, er dette altså et moment som kan tale for at den er lovlig.

Forarbeidene viser dessuten til rettspraksis vektlegging av tilsetningsperiodens varighet ved vurderingen av om et midlertidig arbeidsforhold oppfyller lovens vilkår. Lang varighet gjør at arbeidstaker får et sterkere tilknytningsforhold til arbeidsgivers virksomhet. Tilsvarende gjelder ved forlengelser og/eller fornyelser av et midlertidig arbeidsforhold. Her vil årsaken til forlengelsen være en viktig tolkningsfaktor. Etter forarbeidene vil en forlengelse på grunn av at et prosjekt tar lenger tid enn forutsatt vil stort sett aksepteres. Derimot vil en fornyelse på grunn av nye eller andre arbeidsoppgaver lettere bli å anse som et bevis for at det foreligger et mer permanent behov for arbeidstakeren, og at den midlertidige tilsetningen dermed er en omgåelse av stillingsvernet.

Oppsummert sett legger forarbeidene vekt på hva slags type arbeid det er snakk om. Om det er sesongarbeid, prosjektarbeid eller arbeidsoppgaver i spesielle arbeidsforhold (som for eksempel internasjonal minerydding i Norsk-folkehjelp dommen). Videre legges det vekt på om det er saklig behov for en midlertidig ansettelse. Kvalifikasjonskrav og partenes forutsetninger er av en viss betydning, i lys av forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 er det arbeidsgivers forutsetninger på ansettelsestidspunktet som er avgjørende. Virksomhetens sysselsettingsmuligheter må vurderes. Ellers er også tilsetningsperioden og den ansattes tilknytningsforhold til virksomheten av betydning.

Forarbeidene til bestemmelsen nevner ikke virksomhetens størrelse som et moment av betydning ved vurderingen av om den midlertidige ansettelsen er lovlig. Dette tas opp i boken *Midlertidige ansettelser, innleie og vikarbyrådirektivet*²¹. Ifølge Skarning vil en større bedrift ha en større stab, som lettere kan takle variasjonene i arbeidsmengde gjennom året.

²¹ Nicolay Skarning, *Midlertidige ansettelser, innleie og vikarbyrådirektivet*, 2013 s. 83

Videre finnes en del rettspraksis som kan gi oss en viss veiledning når det gjelder forståelsen av ordlyden «arbeidets karakter».

Både Rt. 1985 s. 1141 (Åsgård-dommen) og Rt. 1991 s. 872 gjelder de spesielle tilfellene av tilsetting til tross for manglende kompetanse i påvente av kvalifiserte søkere for den aktuelle stillingen. I Åsgård-dommen uttales følgende om «arbeidets karakter» på s. 1146:

«Denne formuleringen må etter min mening forutsette at loven åpner for en midlertidig ansettelse også i tilfelle hvor det arbeid som skal utføres, etter sin karakter ikke kan sies å være begrenset i tid eller omfang. Bestemmelsen i § 58 nr. 7 tok sikte på å styrke oppsigelsesvernet, som jeg anser som et viktig element i arbeidsmiljøloven. Vilkåret for å tillate tidsbegrenset ansettelse – «når arbeidets karakter tilsier det» - må ut i lys av dette tolkes strengt, og herunder vil uttalelser i lovens forarbeider være et viktig tolkningsmoment».

Ut i fra formålsbetraktninger ser vi at «arbeidets karakter» som utgangspunkt skal tolkes strengt. Samtidig ser vi i rettspraksis at Høyesterett har hatt en noe løsere holdning når det har vært foretatt midlertidige ansettelser i virksomheter hvor det trengs personell med særlige formelle kvalifikasjoner og det ikke har meldt seg kvalifiserte søkere. Høyesterett har slått fast at dette er arbeidsforhold av en slik særegen karakter, at midlertidig ansettelse lovlig kan avtales når det er salig behov for det og ansettelsen begrenses til det som er strengt nødvendig²²

I Rt. 2001 s. 1413 (Norsk Folkehjelp-dommen) pekes det på helt spesielle behov innen internasjonal minerydding som begrunnelse for en utvidet adgang til midlertidig ansettelse. I boken «Oversikt over arbeidsretten»²³ uttales det at varigheten av arbeidsforholdet må tillegges adskillig betydning. Flere forlengelser av et arbeidsforhold tyder på at det er tale om ordinært arbeid i virksomheten, og man kommer over i eller nærmere en fast ansettelse. Jakhelln peker videre på at budsjettmessige forhold som hovedregel ikke begrunner midlertidig ansettelse og heller ikke det at virksomheten står foran en omorganisering.

²² Rt. 1991 s. 872 og Rt. 1985 s. 1141)

²³ Henning Jakhelln, *oversikt over arbeidsretten*, 2006 s. 248

Når det gjelder aksepten i rettspraksis for midlertidige ansettelse i påvente av kvalifisert arbeidskraft jfr. Blant annet Rt. 1991 s. 872 s. 876 uttaler Jakhelln at dette må være begrenset til det som er strengt nødvendig, holdes innenfor relativt snevre tidsmessige rammer, og kvalifikasjonskravene må være realistiske og saklig begrunnet.

Oppsummert er adgangen til midlertidig ansettelse fordi «arbeidets karakter» tilsier det, er en sekkebestemmelse som etter sin ordlyd åpner for en rekke midlertidige ansettelse. At arbeidet «atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten» er ikke et selvstendig vilkår, men er ment å gi ordlyden «arbeidets karakter» et snevrere omfang. Både forarbeider og rettspraksis understreker at adgangen til å ansette midlertidig fordi «arbeidets karakter» tilsier det er snever. For helt spesielle arbeidssituasjoner eller ved tilsetning i påvente av kvalifiserte søkere er det en videre adgang til å ansette midlertidig.

4.2 Fireårsregelen

Den såkalte «fireårsregelen» ble innført med arbeidsmiljøloven av 2005. Bestemmelsen innebærer at etter fire års sammenhengende midlertidig ansettelse etter § 14-9 første ledd bokstav a og b, skal arbeidstaker anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse i arbeidsforhold kommer til anvendelse, jf. § 14-9 femte ledd, andre punktum. Grunnlagene i bokstav a og b er henholdsvis «når arbeidets karakter tilsier det» og ved vikariat.

I Ot.prp. nr. 49²⁴ uttalte departementet at en midlertidig ansettelse verken bør vare over et for langt tidsrom eller gjenopptas i alt for stor utstrekning. Departementet viste til Rådsdirektiv 1999/70/EF om midlertidig ansettelse som pålegger medlemslandene å treffe tiltak for å hindre misbruk som følge av gjentatt bruk av midlertidig ansettelse jfr. rammeavtalen klausul 5 første ledd bokstav b. Formålet med fireårsregelen var å unngå at enkelte arbeidstakere ble gående på «evigvarende» midlertidige kontrakter. Departementet pekte også på at en øvre grense for varigheten av en midlertidig ansettelse kan bidra til å tydeliggjøre lovens intensjon om at midlertidig ansettelse i hovedsak benyttes ved midlertidig behov og underbygger prinsippet om at fast ansettelse er lovens hovedregel.

²⁴ (2004-2005) punkt 16.4.3

4.3 Rådskonivertiv 1999/70/EF

4.3.1 Kort om utarbeidelsen av direktivet

Fra 1990 til 1994 arbeidet europakommisjonen med ulike forslag til direktiv som skulle regulere midlertidig ansettelse for medlemsstatene. Etter dette ble det satt i gang forhandlinger mellom arbeidslivets parter i EU²⁵. Som et resultat av forhandlingene ble det utarbeidet en rammeavtale om midlertidig ansettelse den 18. mars 1999. Rådet vedtok kommisjonens forslag til direktiv som fikk navnet Direktiv 1999/70/EF 28. juni 1999. Direktivet allmenngjør partenes rammeavtale, og rammeavtalen følger som vedlegg til direktivet²⁶.

Direktivet har sin bakgrunn i den såkalte «Sosialpakten» som ble vedtatt av medlemsstatene i EU i 1989, og kan sees på som en videreføring av medlemsstatenes arbeid med å skape felles minsteregler innen EU i sosial- og arbeidsmarkedspolitik.

4.3.2 Direktivets formål og innhold

I rammeavtalens innledning heter det at «Partene i denne avtale erkjenner at faste avtaler er og fortsatt vil være den alminnelige form for arbeidsforhold mellom arbeidstakere og arbeidsgivere. De erkjenner også at midlertidige arbeidsavtaler under visse omstendigheter imøtekommer både arbeidstakernes og arbeidsgivernes behov.»

Videre følger det av punkt 6 under de «generelle betraktninger» at «Faste arbeidsavtaler er den alminnelige form for arbeidsforhold og bidrar til livskvaliteten for de berørte arbeidstakerne og til en bedre arbeidsinnsats». Hovedregelen om at arbeidsavtaler skal inngås fast samsvarer med hovedregelen i norsk rett.

Direktivet fastsetter generelle prinsipper og minstekrav til den midlertidige ansettelse og ansettelsesvilkårene. Det fremgår av rammeavtalen klausul 1, at formålet med avtalen er å

²⁵ The Union of Industrial and Employers Confederations of Europe (UNICE), The European Trade Union Confederation (ETUC) og The European Centre for Public Enterprise (CEEP)

²⁶ Ot.prp. nr. 64 (2001-2002), punkt 2.1

bedre kvaliteten på midlertidig ansettelse ved å sikre prinsippet om likebehandling jfr. bokstav a. I tillegg har avtalen som formål å fastsette en ramme for å hindre misbruk som følge av at det benyttes gjentatte midlertidig arbeidsavtaler eller ansettelsesforhold jfr. bokstav b.

Det overlates til medlemsstatene og til arbeidsmarkedets parter å ta stilling til hvordan gjennomføringen av de generelle prinsipper, minimumsforskrifter og bestemmelser sikres. Det skal tas hensyn til forholdene i den enkelte medlemsstat og de særlige omstendigheter som gjør seg gjeldende innenfor bestemte sektorer, herunder sesongbetonte aktiviteter

Direktivet er et minimumsdirektiv. Det innebærer at nasjonal lovgivning ikke kan medføre mindre gunstige ordninger for de midlertidig ansatte enn det direktivet angir. Det er derimot fullt mulig å ha en nasjonal lovgivning som innebærer vilkår som bidrar til en mer gunstig situasjon for de midlertidig ansatte jfr. rammeavtalen klausul 8 første ledd.

Det er rammeavtalens klausul 5, som er særlig aktuell i denne sammenheng. Bestemmelsen har som formål å forhindre misbruk ved gjentatt anvendelse av midlertidige ansettelser

4.3.3 Rammeavtalen klausul 5

Etter klausul 5 første ledd, skal medlemsstatene i nasjonal lovgivning treffe et av følgende tiltak for å hindre misbruk som følge av gjentatte midlertidige arbeidsavtaler eller arbeidsforhold:

- a. *objektive grunner som berettiger fornyelse av slike arbeidsavtaler eller arbeidsforhold,*
- b. *den maksimale samlede varigheten av de gjentatte midlertidige arbeidsavtalene eller arbeidsforholdene,*
- c. *antall ganger slike arbeidsavtaler eller arbeidsforhold kan fornyes.»*

Etter annet ledd skal medlemsstatene når det er hensiktsmessig fastsette på hvilke vilkår midlertidige arbeidsavtaler eller arbeidsforhold skal anses som:

- a. *«gjentatte»,*
- b. *«faste.»*

I EU rettsavgjørelsen «Mangold»²⁷ ble det uttalt at rammeavtalen klausul 5, ikke pålegger medlemsstatene å vedta en rettsregel som krever at den første eller eneste midlertidige ansettelse skal være begrunnet. Bestemmelsens anvendelsesområde gjelder utelukkende gjentatt bruk av midlertidig ansettelse.²⁸

V Regjeringens høringsforslag av juni 2014 og forholdet til Rådsdirektivet

Som tidligere nevnt er det regjeringsskiftet i 2013 som foranlediger de foreslåtte endringer på område for midlertidige ansettelser.

I Arbeids- og sosialdepartementets høringsutkast «Høring om endringer i arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse og inn-/utleie fra bemanningsforetak (juni 2014) uttales det at gjeldende regler om midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven i hovedsak videreføres.

Hovedregelen i norsk arbeidsliv skal fortsatt være fast ansettelse da dette er i samsvar med rådsdirektiv 1999/70/EF. Departementet begrunner dette med at fast ansettelse gir stabilitet og forutsigbare rammer for både arbeidstaker og arbeidsgiver. Fast ansettelse bidrar til at virksomhetene beholder og videreutvikler kompetanse hos arbeidstakerne over tid. Det skaper samtidig en lojalitet i arbeidsforholdet.

Etter departementets syn burde imidlertid reglene om midlertidig ansettelse forenkles og tydeliggjøres ettersom gjeldende bestemmelse/r på området er vanskelige å forstå for partene i et arbeidsforhold. Tanken er imidlertid å beholde bestemmelsens innhold.

Foruten om et forenklet regelverk fremmes forslag om utvidet adgang til midlertidig ansettelse hvor en slik ansettelse kan gjøres vilkårsfritt, altså på generelt grunnlag.

Departementet begrunner i hovedsak ønsket om en slik endring med at virksomhetene har et

²⁷Sak C-144/04 Werner Mangold mod Rüdiger Helm (2005) EFD 2005 s 1-09981

²⁸ C-144/04, premiss 41-43

varierende behov for midlertidige ansettelser og at dagens regler ikke fullt ut gir den fleksibilitet som er ønskelig. En utvidet adgang vil dessuten være i tråd med regjeringens politiske plattform.

Videre i høringsutkastet vises det til enkelte studier som tyder på at midlertidig ansettelse kan fungere som et springbrett inn i arbeidslivet for ungdom og andre utsatte arbeidstakergrupper. Departementet aser dette som en viktig grunn til å utvide adgangen til midlertidig ansettelse. En generell adgang til midlertidig ansettelse skal altså godtgjøre både arbeidsgiver og arbeidstaker.

I tillegg uttales det at en økt fleksibilitet på område for midlertidige ansettelser kan være positivt for Norsk arbeidsliv. Departementet viser til undersøkelser i det norske arbeidsmarked som tyder på at andelen arbeidstakere som går fra midlertidig til fast ansettelse er høy. I løpet av de to årene en undersøkelse omfattet, var i underkant av 60 prosent av de midlertidige ansatte gått over i en fast stilling. Det vises til overgangen fra midlertidig ansettelse til arbeidsledighet eller annen inaktivitet er lav i Norge sammenliknet med Sverige og Finland.

Departementet viser til forskning foretatt av OECD, som stadfester at Norge er blant medlemslandene som har den strengeste reguleringen av adgang til midlertidig ansettelse. Oppsigelsesvernet for fast ansatte i Norge er om lag på OECD-gjennomsnittet

I følge departementet vil en generell, men tidsbegrenset adgang til midlertidig ansettelse gi den ønskede fleksibilitet og innebære en enkel og forutsigbar regel. Samtidig foreslås det begrensninger som skal hindre at en arbeidstaker over tid forblir i midlertidig ansettelse hos samme arbeidsgiver eller at en stilling over tid utelukkende fylles av midlertidig ansatte.

5.1 Hovedregelen og den endrede ordlyden i bokstav a

Departementets forslag til endret ordlyd i § 14-9 første ledd bokstav a, lyder som følger:

«Avtale om midlertidig ansettelse kan likevel inngås:

a) når arbeidsoppgavene er av tidsbegrenset varighet»

Som nevnt forblir hovedregelen etter gjeldende bestemmelse den samme etter lovforslaget. Arbeidstaker skal ansettes fast. Midlertidige ansettelser kan unntaksvis foretas på nærmere angitte vilkår.

En av begrunnelsene for at den generelle adgangen til midlertidig ansettelse etter tidligere vedtatte aml. § 14-9 av juni 2005 ble revidert, knyttet seg til at en slik adgang ble ansett for å være i strid med hovedregelen om fast ansettelse. I forarbeidene²⁹ uttales følgende om dette:

«Paragraf 14-9 i ny arbeidsmiljølov innebærer en betydelig utvidelse av adgangen til bruk av midlertidig ansettelse. Departementet mener at endringene bryter med det grunnleggende prinsipp i norsk arbeidsliv at hovedregelen skal være fast ansettelse. Endringene innebærer at en virksomhet vil kunne benytte midlertidige ansettelser både i tilfeller hvor det er midlertidig og hvor det er et permanent behov for arbeidskraft»

Det samme uttales i LOs merknader til høringsutkastet³⁰.

Hverken departementet eller LO begrunner ytterligere hvorfor og i hvilken grad en generell adgang til midlertidig ansettelse medfører et direkte brudd med hovedregelen.

At fast ansettelse er hovedregelen i norsk arbeidsliv gir ingen rettsvirkninger i seg selv men understreker Arbeidsmiljølovens formål om «å sikre trygge ansettelsesforhold (...) i arbeidslivet» jfr. § 1-1 bokstav b. I tillegg har regelen som nevnt en veiledende funksjon for tilfeller der det er uklart om en midlertidig ansettelse er lovlig.

Hovedregelen vil fortsatt kunne ha funksjon som overordnet tolkningsmoment i en tvilssituasjon, da særlig knyttet til helhetsvurderingen som må foretas etter § 14-9 første ledd bokstav a. Hvis man forstår hovedregelen som et tolkningsmoment tilknyttet bestemmelsens bokstav a og ikke som en selvstendig regel er ikke den foreslåtte generelle adgangen i strid med denne. Da er det snarere slik at en i en og samme bestemmelse har to likestilte regler som

²⁹ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) punkt 4.3

³⁰ 14/2874-22 440.01/NIKR av 22.0.2014

regulerer arbeidssituasjoner på to ulike rettsgrunnlag. En slik utformingen kan imidlertid være uheldig ved at det skapes forvirring med hensyn til hva som egentlig er hovedregelen, dennes anvendelsesområde og hva som er bestemmelsens unntak. Departementets siktemål om å forenkle § 14-9 imøtekommes ikke fullt ut da denne forenklingen ikke synes å ta hensyn til bestemmelsens helhetlige system.

I høringsutkastet foreslås det at vilkåret «og arbeidet adskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten» strykes. Dette begrunnes ikke videre, men skyldes utvilsomt det overordnede siktemålet om å tydeliggjøre bestemmelsen. Som nevnt har det (før avklaring rettspraksis basert på uttalelser i forarbeidene) vært uklart om ordlyden utgjorde et kumulativt vilkår for når det kunne ansettes midlertidig etter bestemmelsen. Bortfall av ordlyden «og atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten» bidrar til å unngå misforståelser om hvorvidt også dette er et kumulativt vilkår. Samtidig hadde ordlyden en veiledende funksjon som etter lovforslaget også bortfaller. Som vi har sett vil det at arbeidsoppgaver «atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten» styrke lovligheten av den midlertidige ansettelsen.

Etter den foreslåtte lovbestemmelsen erstattes ordlyden «når arbeidets karakter tilsier det» med «når arbeidsoppgavene er av tidsbegrenset varighet».

Da det i 2005 ble vedtatt en generell adgang til midlertidige ansettelser etter daværende § 14-9 (1) bokstav g, ble også ordlyden i bestemmelsens punkt 1 a) forslått endret slik at «når arbeidets karakter tilsier det» ble erstattet av «At arbeidstaker bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag». Som nevnt var målet med utformingen å forenkle regelverket og samtidig harmonisere arbeidsmiljøloven med tjenestemannsloven. Sistnevnte omtales ikke som et mål i høringsutkastet av juni 2014. I det hele tatt nevnes ikke forholdet til tjenestemannslovens § 3.

Det kan stilles spørsmål om hvilket rom det er for anvendelsen av den foreslåtte § 14-9 første ledd bokstav a, dersom det innføres en generell adgang til midlertidig ansettelse. For det første kan bokstav a gi grunnlag for en lengre midlertidig ansettelse enn det som følger av forslaget om generell adgang. Her setter kun fireårsregelen begrensninger for den maksimale lengden av arbeidsforholdet. I tillegg (og som departementet selv uttaler) vil bokstav a, og også de andre rettslige grunnlagene for midlertidig ansettelse kunne benyttes utover perioden det kan inngås slike arbeidsavtaler for på generelt grunnlag (les mer om dette i punkt 5.3).

Departementet viser til at man ved ordlyden «når arbeidets karakter tilsier det» i praksis har tatt sikte på å omfatte arbeid som er av tidsavgrenset eller har en klar arbeidsmessig avgrensning. Ordlyden «arbeidsoppgave(r)(..) av tidsbegrenset varighet» gir en klar indikasjon på at tidsaspektet er av avgjørende betydning ved vurderingen av om en midlertidig ansettelse er lovlig. Ved gjeldende ordlyd «arbeidets karakter» kommer dette ikke klart frem.

Som vi har sett i punkt 4.2 innebærer ordlyden «arbeidets karakter» at midlertidig ansettelse lovlig kan foretas i tilfeller av mangel på søkere med tilstrekkelige kvalifikasjoner³¹. I tillegg kan arbeidet dessuten være av en såpass spesiell art at midlertidig ansettelse begrunner midlertidighet (Norsk Folkehjelp-dommen). Foruten om tidsaspektet kommer ikke aspektene knyttet til arbeidets art tilstrekkelig frem av lovforslaget. Det kan dermed stilles spørsmål om ordlyden «arbeidsoppgave(r)(...) av tidsbegrenset varighet» innebærer en innstramming, ved at de nevnte arbeidsforhold ikke skal omfattes av den foreslåtte bestemmelsens bokstav a. Kanskje er disse typene behov ment å være dekket av den foreslåtte generelle adgangen til midlertidig ansettelse? Denne gir imidlertid kun rett til ansettelse inntil ett år. Både for de tilfeller der arbeidstakere har vært ansatt midlertidig på grunn av manglende kvalifikasjoner og i Norsk Folkehjelp-dommen gjaldt ansettelsene for betydelig lengre tidsrom.

5.2 Den foreslåtte generelle adgangen til midlertidig ansettelse

Departementet fremmer to alternativer til lovtekst som fastsetter den generelle adgangen til midlertidig ansettelse. Forslagene lyder som følger:

«§ 14-9 første ledd ny bokstav x:

Arbeidstaker skal ansettes fast. Avtale om midlertidig ansettelse kan likevel inngås:

Alternativ 1 og 2:

³¹ Rt. 1999 s. 872

x) for ansettelse i en periode på inntil ni/tolv måneder. Etter utløpet av perioden kan det ikke umiddelbart inngås ny avtale med samme eller en annen arbeidstaker om midlertidig ansettelse etter denne bestemmelse for utførelse av samme arbeidsoppgaver.

Alternativ 3 og 4:

x) for ansettelse i en periode på inntil ni/tolv måneder. Etter utløpet av perioden kan ny avtale om midlertidig ansettelse etter denne bestemmelse først inngås etter ni/tolv måneder for utførelse av samme arbeidsoppgaver.»

Etter departementets syn er det «viktig å gi et tydelig signal om at midlertidig arbeidskraft ikke kan benyttes over lengre tid uten en særskilt begrunnelse. Departementet ønsker ikke å legge til rette for gjentatt og sammenhengende midlertidig ansettelse på generelt grunnlag for å utføre samme type arbeidsoppgaver». Dette betyr med andre ord at det skal være adgang til gjentatt midlertidig ansettelse så lenge den ikke er sammenhengende.

Departementet foreslår en generell adgang til midlertidig ansettelse i ni eller tolv måneder, hvor ni og tolv er alternative forslag. Høringsinstansene oppfordres til å komme med synspunkter på dette.

Etter departementets syn er det ikke ønskelig at en midlertidig ansettelse på generelt grunnlag skal vare svært lenge. På den andre siden bør arbeidsgiver og arbeidstaker kunne innrette seg på at arbeidsforholdet skal vare i noen tid når arbeidsavtale først inngås. Hvorfor nøyaktig ni, og tolv måneder foreslås begrunnes ikke i høringsutkastet. Heller ikke hva som tilsynelatende vil være forskjellen mellom disse to alternativene. Jeg forstår det slik at departementet har foretatt en vurdering hvor rundt ni til tolv måneder anses tilstrekkelig for å dekke et behov for midlertidig arbeidskraft uten at lovforslaget kommer i strid med Rådskonklusjonen 1999/70/EF. Departementet uttaler at perioden må være tilstrekkelig lang til at bedriften kan gjøre en god vurdering av grunnlaget for eventuell videre ansettelse.

5.2.1 Hva ligger i «samme arbeidsoppgaver»

I begge de foreslåtte alternativene finner vi ordlyden «utførelse av samme arbeidsoppgaver». Med unntak av varigheten settes det ikke materielle grenser for første midlertidig ansettelse. Det settes kun materielle grenser for gjentatt ansettelse på samme grunnlag (se klausul 5³² og EU rettsavgjørelsen Mangold³³). Det settes dessuten materielle begrensninger for arbeidsgivers adgang til å erstatte den ansatte med en annen midlertidig ansatt for å utføre det samme arbeidet.

I høringsutkastet gis det lite veiledning om hvordan begrepet «samme arbeidsoppgaver» skal tolkes. Hva som skal anses som «samme arbeid» og hvorvidt den midlertidige ansettelsen skjer på det samme rettslige grunnlag må ifølge departementet bero på en konkret vurdering.

Ordlydens skjønnsmessig karakter vil kunne medføre tolkningsmessige problemer for så vel arbeidstaker som arbeidsgiver ettersom hva som er «samme arbeidsoppgaver» vil kunne variere fra sak til sak og mellom ulike bransjer. Det kan stilles spørsmål om hvorvidt det er tilstrekkelig at det er snakk om samme type arbeidsoppgaver for å utløse begrensningene om å ansette en ny arbeidstaker. I industribedrifter kan det ofte være flere ansatte som utfører samme type arbeid. For eksempel vil det i en fiskeforedlingsbedrift der en ansatt legger ned sild og en annen, makrell være en nyanseforskjell mellom arbeidstakernes arbeidsoppgaver.

Det er klart etter ordlyden at det kan inngås ny avtale om midlertidig ansettelse på generelt grunnlag med samme eller en annen ansatt dersom det ikke er snakk om «samme arbeidsoppgaver». Om dette uttaler departementet at hvis det er et annet behov for arbeidskraft i virksomheten, vil arbeidsgiver kunne inngå avtale om midlertidig ansettelse for å dekke dette behovet. Uttalelsen er ikke nærmere konkretisert.

Midlertidige som faste ansatte kan ha et bredt spekter av arbeidsoppgaver som vil kunne variere over tid og med ulike behov. Det er ikke nødvendigvis slik at en presis gjengivelse av de aktuelle arbeidsoppgaver fremgår av det rettslige grunnlaget for ansettelsen. Og hvor ulike eller adskilte må arbeidsoppgavene være før det ikke lenger er tale om «samme

³² Rådsdirektiv 1999/70/EF, rammeavtalen § 5 «gjentatte» midlertidige arbeidsavtaler.

³³ Sak C-144/04, Werner Mangold mod Rüdiger Helm (2005) EFD 2005 s 1-09981

arbeidsoppgaver»? I tillegg kan arbeidsgiver, innenfor rammene av styringsretten endre det aktuelle stillingsinnholdet ved omfordeling av oppgaver til andre ansatte (faste eller midlertidige) slik at omgåelse av vernereglene muliggjøres.

Departementets forslag til regulering av begrensninger inneholder skjønnsmessige begreper som i stor grad åpner for tolkningsproblematikk og omgåelse. På den annen side kan man spørre seg hvorvidt det er mulig å utforme en mindre skjønnsmessig lovtekst uten å sette begrensninger for den fleksibiliteten som er tiltenkt ved bestemmelsen.

Formuleringen «samme oppgaver» burde nok likevel defineres slik at den gir en forståelse av at det må være snakk om arbeidsoppgaver som befinner seg innenfor rammene av arbeidsavtalen og andre likeartede oppgaver.

Dersom ordlyden «samme arbeidsoppgaver» blir vedtatt av lovgiver er viktig at det gis utfyllende og gode retningslinjer for hva som ligger i begrepet «samme arbeidsoppgaver». Arbeidstid, arbeidssted, faktiske gjøremål og kompetansen som kreves for utførelse av det aktuelle arbeidet kan være eksempler.

5.2.2 Hva ligger i «ikke umiddelbart» /ev. kravene til karantenetid

Som tidligere nevnt fremmer departementet to ulike begrensninger for generell adgang til midlertidig ansettelse. Begge for å forhindre flere påfølgende ansettelser ved at det må gå en viss eller bestemt tid ved utløpet av den midlertidige ansettelsen før den samme eller en annen ansatt kan utføre de «samme arbeidsoppgaver» for virksomheten. Departementet oppfordrer høringsinstansene til å fremme synspunkter på de ulike forslagene.

Det første forslaget (alternativ 1 og 2) er skjønnsmessig utformet. Etter utløpet av en ni eller tolv måneders periode kan det «ikke umiddelbart» inngås ny avtale med samme eller en annen arbeidstaker om midlertidig ansettelse for utførelse av samme arbeidsoppgaver.

Etter det andre forslaget (alternativ 3 og 4) fastsettes det en fast såkalt karantene på inntil ni eller tolv måneder før ny avtale kan inngås.

I følge departementet vil en skjønnsmessig regel være mer fleksibel og lettere kunne tilpasses de konkrete omstendighetene i en virksomhet. Begrunnelsen for karantenealternativet er at en slik konkret regel vil være klar og entydig. Samtidig vil den kunne oppfattes som rigid i enkelte tilfeller. En konkret regel vil ifølge departementet trolig være best egnet til å hindre omgåelser og misbruk av den generelle adgangen, fordi den gir mindre rom for tolkning og vurderinger.

En naturlig språklig forståelse av «ikke umiddelbart» gir oss lite veiledning utover at en ny ansettelse ikke kan foretas så snart etter avslutningen av den forrige. Videre kan det objektivt sett være snakk om en pause som varer alt fra en uke til flere måneder.

Departementet uttaler at forslaget skal forstås slik at det begrenser arbeidsgivers adgang til å inngå ny midlertidig ansettelsesavtale på generelt grunnlag på utløpstidspunktet og i umiddelbar sammenheng med en midlertidig ansettelse på generelt grunnlag. Det vil bero på en skjønnsmessig vurdering av hva som må anses som «umiddelbart» og dermed tidspunktet for når det igjen kan inngås midlertidig ansettelsesavtale på samme grunnlag for å utføre samme arbeid. Det sentrale ved vurderingen er at varige oppgaver ikke skal utføres kontinuerlig av midlertidige ansatte. Noen mer konkret redegjørelse for innholdet i begrepet «ikke umiddelbart» er ikke å finne.

I LOs tilsva³⁴ til høringsdokumentet er det generelle synspunktet at lovforslaget fremstår svært skjønnsmessig. Det poengteres at departementet ikke har redegjort for innholdet i formuleringene "samme arbeidsoppgaver" og "umiddelbart". Etter LOs syn vil det ikke være enkelt for brukere av loven å vurdere om det er adgang til å inngå en ny avtale om midlertidig ansettelse etter ordlyden. Det vises til at formuleringene "samme oppgaver" og "ikke umiddelbart" lett vil bli oppfattet svært ulikt i forskjellige bransjer og åpner for uakseptable bransjevise forskjeller. Bestemmelsen vil dessuten kunne virke prosessfremmende.

Forslaget om en fast karanteneperiode utgjør en mer konkret utformet bestemmelse. Idet arbeidsforholdet avsluttes, inntreer en karantene for de aktuelle arbeidsoppgavene. Under denne karantenen vil det ikke være adgang til å inngå ny avtale om midlertidig ansettelse for utførelse av «samme arbeidsoppgaver», verken med samme eller annen arbeidstaker.

³⁴ LOs merknader til høringsnotatet, referanse: 14/2874-22 440.01/NIKR

Etter departementets syn bør kravet til karantene «fremgå av loven og kan for eksempel fastsettes til en like lang periode som det gid adgang til å ansette midlertidig for på generelt grunnlag, men kan også fastsettes til en kortere periode.»

Det har med andre ord vært et poeng at karantenen ikke skal være for lang. Forslaget om en «ikke umiddelbar» gjentatt ansettelse, må slik jeg forstår det utgjøre nedre grense for når en avtale om midlertidig ansettelse for «samme arbeidsoppgaver» kan fornyes med «samme eller en annen arbeidstaker». Forslaget om ni eventuelt tolv måneders karantene vil utgjøre maksgrensen. Karantenen burde altså etter departementets syn være kortere eller like lang som lengden av den midlertidige ansettelsen, men ikke lengre. De to forslagene knytter seg ikke utelukkende til spørsmålet om bestemmelsen skal ha et skjønnsmessig eller klarere uttrykk, de har også et ulikt tidsmessig innhold.

Til tross for at karanteneforslaget oppstiller en mer klar og forutsigbar ramme for når det gjentatt kan inngås en midlertidig arbeidsavtale, kan omgåelsesfaren være like stor etter dette alternativet som ved ordlyden «ikke umiddelbar». Denne faren knytter seg hovedsakelig til ordlyden «samme arbeidsoppgaver» som er å finne i begge forslagene. På den annen side kan det tenkes at det for virksomhetene ikke er særlig praktisk å ha slike «opphold» i ansettelsene som en karantenetid forutsetter. Det er en forutsetning at behovet for å utføre de aktuelle arbeidsoppgavene stadig er tilstede. I så tilfelle, vil omgåelsesfaren ved en karantenetid på ni eller tolv måneder reduseres.

LO påpeker for øvrig at «Formuleringen med samme eller annen arbeidstaker" er utelatt i dette alternativet uten at det er gitt noen begrunnelse. For å unngå tvil, må formuleringen inntas i lovteksten»

5.3 Adgangen til å kombinere flere hjemler

Spørsmålet om adgangen til å kombinere flere hjemler for midlertidig ansettelse tas ikke opp i høringsutkastet. Med dette mener jeg muligheten en arbeidsgiver vil kunne ha til å ansette den

samme arbeidstakeren flere ganger ved å forankre gjentakelsen i ulike rettslige grunnlag for midlertidig ansettelse slik de fremgår av aml. § 14-9.

Departementet uttaler at aml. § 14-9 første ledd bokstav a, ved innføring av en generell, tidsbegrenset adgang til midlertidig ansettelse, vil kunne få betydning for avtaler utover den perioden det kan inngås avtale for på generelt grunnlag. En arbeidsgiver vil dermed stå fritt til å ansette den samme arbeidstakeren som var midlertidig ansatt på generelt grunnlag dersom han kan vise til behov for arbeidskraft der «arbeidsoppgavene er av tidsbegrenset varighet». Det gjelder med andre ord ikke en tidsbegrensning for gjentakelse i et slikt tilfelle.

Departementet sier ikke noe generelt om de øvrige hjemlene for midlertidig ansettelse etter aml § 14-9. I prinsippet kan det virke som om det ikke eksisterer noen begrensninger her. En person kan dermed være ansatt midlertidig først på generelt grunnlag, deretter fordi «arbeidsoppgavene er av tidsbegrenset varighet», deretter som vikar, og så igjen på generelt grunnlag. Ved å nytte flere hjemler etter hverandre kan en arbeidstaker gå ansatt midlertidig over lang tid.

Det at muligheten for å kombinere flere hjemler er tilstede tilsier ikke nødvendigvis at faren for omgåelse av stillingsvernet er svært høy. For det første skal det en del til å kunne forankre gjentatt midlertidig ansettelse i flere forskjellige grunnlag. For det andre kan en stille spørsmål om dette i det hele tatt er særlig praktisk for en virksomhet.

5.4 Det (eventuelle) forslaget om at fireårsregelen skal omfatte den generelle adgangen til midlertidig ansettelse

I høringsutkastet av juni 2014 reiser departementet spørsmål om fireårsregelen bør utvides til å omfatte flere grunnlag enn aml. § 14-9 første ledd bokstav a og b. Det gjelder særlig forslaget om en generell adgang til midlertidig ansettelse.

Som nevnt i punkt 4.2 gir fireårsregelen arbeidstaker rett til fast ansettelse om vedkommende har vært «sammenhengende» midlertidig ansatt i mer enn fire år. Den foreslåtte adgangen til midlertidig ansettelse hindrer ikke fornyelse i flere omganger ut over fire år, så lenge det er et

opphold mellom oppdragene jfr. lovforslagets ordlyd «ikke umiddelbart» og fastsatt karantenetid. Selv om den generelle adgangen vil være tidsbegrenset, vil det likevel være mulig å ansette gjentakende etter dette grunnlaget alene eller i kombinasjon med andre grunnlag utover fire år, dersom fireårsregelen ikke kommer til anvendelse.

Dersom det foretas endringer i fireårsregelen ved at den foreslåtte generelle adgangen inngås som en del av beregningsgrunnlaget for krav om fast ansettelse må det foretas endringer i gjeldende ordlyd «sammenhengende» midlertidig ansatt. Det kan oppstå tolkningstvil om hvorvidt påfølgende generell midlertidig ansettelse etter en viss periode (karantenetid eller «ikke umiddelbart») eller for utførelse av andre arbeidsoppgaver jfr. den foreslåtte ordlyden «samme arbeidsoppgaver» inngår som en del av beregningsgrunnlaget. Det må dessuten angis nærmere retningslinjer for hva inngår som en del av beregningsgrunnlaget.

Departementet reiser spørsmål om fireårsregelen bør reduseres til tre, eventuelt to år. Dette må ses i sammenheng med forslaget om den generelle adgangen til midlertidige ansettelse. Det kan se ut til at lovforslaget i tilstrekkelig grad ivaretar den ønskede fleksibilitet i arbeidslivet. Det reises spørsmål om det er rimelig at den maksimale lengden på midlertidig ansettelse reduseres, slik at den midlertidige ansatte etter kortere tid får rett til fast ansettelse, og dermed omfattes av lovens krav til saklig grunn til oppsigelse. Etter departementets mening kan det «ikke ses bort fra at midlertidig ansettelse i tre, eventuelt to år også kan indikere et stabilt behov for arbeidskraft». Disse forslagene vil ikke behandles nærmere i denne avhandlingen

5.5 Det samlede forslagens forhold til rådsdirektivet og rammeavtalen klausul 5

5.5.1 Innholdet av- og grensene for «gjentatt» midlertidig ansettelse

Etter rammeavtalen klausul 5 annet ledd bokstav a, er det opp til medlemsstatene å fastsette hva som er å anses som «gjentatte» midlertidige arbeidsavtaler.

Etter lovforslaget av juni 2014 kan det påny inngås avtale med den midlertidig ansatte dersom det har gått en viss tid. De alternative forslagene er som nevnt at avtale kan inngås «ikke umiddelbart» eller etter en karantenetid på inntil ni/tolv måneder. Spørsmålet som oppstår i denne sammenheng er om en midlertidig arbeidsavtale vil være «gjentatt» dersom det har gått en viss tid fra den forrige midlertidige ansettelsen.

I EU rettsavgjørelsen «Adeneler»³⁵ oppsto nettopp dette spørsmålet. Partene søkte en avklaring av ordlyden «gjentatt». I domspremiss nr. 82 uttales at selv om det er overlatt til de nasjonale myndigheter å definere ordlyden «gjentatte» i henhold mangfoldigheten av de nasjonale regelsett er skjønnsmarginen ikke ubegrenset. Definisjonen må ikke under noen omstendighet «skade formålet og den effektive virkning af rammeaftalen»

Det fastslås videre i rettsavgjørelsen at en nasjonal bestemmelse som åpner for at at en ny midlertidige arbeidsavtalen inngås før 20 dager er gått fra av den forrige midlertidige ansettelse «må anses for at kunne skade formålet og hensigten med samt den effektive virkning af rammeaftalen». I domspremiss 88 uttales det at selv ved en rekke inngåelser av midlertidige ansettelse for arbeid av samme art, vil det ikke regnes som gjentakelse dersom det er et opphold mellom ansettelsene på 21 dager.

Lovforslagets alternativ om at det må foreligge en karantenetid på inntil ni/tolv måneder før den midlertidige ansatte kan ansettes påny er langt utenfor den nedre grense for gjentakelse egnet til å skade formålet og virkningen av rammeavtalen.

Det er noe mer tvilsomt om alternativet der det «ikke umiddelbart» kan inngås ny midlertidig arbeidsavtale er en form for gjentakelse egnet til å skade rammeavtalens formål om å hindre misbruk. Som vi har sett er «ikke umiddelbart» et nokså vagt tidsavgrenset begrep hvor det kan være snakk om alt i fra dager til måneder før gjentatt midlertidig ansettelse på generelt grunnlag kan finne sted. Dersom alternativet blir vedtatt er det viktig at det gjøres rede for at det må gå minst 21 dager mellom to midlertidige ansettelse, slik at bestemmelsen er i overensstemmelse med rammeavtalen klausul 5.

35 Konstantinos Adeneler and Others v Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG), saksnummer: C-212/04, dato: 02/09/2006.

5.5.2 Spørsmål om lovforslaget innfrir rammeavtalens alternative krav for bruk av gjentatt midlertidig ansettelse

I Rammeavtalen § 5 første ledd, er det fastsett tre alternative kriterium for bruk av gjentakende midlertidig ansettelse. Formålet med disse er å «forhindre misbruk». Etter bestemmelsen skal «et eller flere av følgende tiltak» inntas i nasjonal lovgivning:

- «a) objektive grunner som berettiger fornyelse av slike arbeidsavtaler eller arbeidsforhold,*
- b) den maksimale samlede varigheten av de gjentatte midlertidige arbeidsavtalene eller arbeidsforholdene,*
- c) antall ganger slike arbeidsavtaler eller arbeidsforhold kan fornyes.»*

Det første spørsmålet som oppstår er hvorvidt forslaget om en endret ordlyd i aml. § 14-9 første ledd bokstav a er i overensstemmelse med ett av de overnevnte kriterium.

Arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 § 58 ble forutsatt³⁶ å være i samsvar med rammeavtalens klausul 5 ettersom ordlyden «dersom arbeidets karakter tilsier det og arbeidet skiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten» utgjorde «objektive grunner» som begrunnet fornyelse av midlertidig ansettelse etter klausulens bokstav a. Arbeidsmiljøloven § 58 A ble dessuten ansett for å være strengere enn de krav som følger av § 5 i rammeavtalen ved at vilkårene etter norsk rett gjaldt allerede ved inngåelsen av den første arbeidsavtalen. Jfr. Mangold.

Etter lovforslaget foreslås ordlyden i aml. § 14-9 første ledd bokstav a, «arbeidets karakter» erstattet av ordlyden når «arbeidsoppgavene er av tidsbegrenset varighet». Bestemmelsen gir som ellers den midlertidige ansatte ett bedre vern enn det som kreves etter direktivet ved at det settes vilkår for når en midlertidig arbeidsavtale kan inngås og ikke bare for når en slik avtale kan fornyes.

Som nevnt i punkt 5.1, synes ordlyden «arbeidsoppgaver av tidsbegrenset varighet» å være noe snevrere enn ordlyden «arbeidets karakter». Den foreslåtte ordlyden knyttes til arbeidets

³⁶ Ot.prp. nr. 54 (2001-2002)

«oppgaver» og fokuserer på tidsperspektivet fremfor typen arbeid. En tidsmessig avgrensning utgjør en «objektiv grunn» som begrunner bruk av midlertidig ansettelse.

Som vi så i punkt 5.3, medfører lovforslaget en adgang til å kombinere flere rettslige grunnlag for bruk av midlertidig ansettelse. I denne sammenheng oppstår spørsmålet om det er tilstrekkelig å vise til at ett av hjemmelsgrunnlagene, i en kjede av midlertidig ansettelse (på ulike grunnlag) innfrir kravet til «objektive grunner». For eksempel i tilfeller der en person først er ansatt på generelt grunnlag, deretter som vikar, deretter på generelt grunnlag og til slutt fordi «arbeidsoppgavene er av tidsbegrenset varighet». Dette besvares benektende av kommisjonen (se punkt 5.5.4). Hvert hjemmelsgrunnlag for midlertidig ansettelse må begrunnes for seg.

Videre må det vurderes om den generelle adgangen er i overensstemmelse med ett av de overnevnte kriterium som etter rammeavtalen begrunner bruk av midlertidig ansettelse.

Ettersom rammeavtalen klausul 5 ikke gjelder for førstegangsinngåelse av avtale om midlertidig ansettelse jfr. Mangold-saken, er det klart at en generell adgang som utgangspunkt er i overensstemmelse med direktivet. Den videre vurdering knytter seg dermed til de tilfeller der arbeidstaker (etter en viss tid) påny inngår avtale om midlertidig ansettelse på generelt grunnlag.

Spørsmålet er om den generelle adgangen til midlertidig ansettelse innfrir ett av de overnevnte kriterium slik at bruken av denne type arbeidsavtaler begrunnes.

Etter den forslåtte § 14-9 første ledd ny bokstav x, fremgår det at avtale om midlertidig ansettelse kan inngås for ansettelse i en periode på inntil ni/tolv måneder. Etter utløpet av perioden kan det enten «ikke umiddelbart» eller ikke før en fastsatt karantenetid er omme, inngås ny avtale med samme eller en annen arbeidstaker om midlertidig ansettelse for utførelse av «samme arbeidsoppgaver».

Spørsmålet blir om ordlyden «samme arbeidsoppgaver» utgjør en «objektive grunn» jfr. klausulens første ledd bokstav a slik at bruken av gjentatt midlertidig arbeidskraft begrunnes.

EU-rettsavgjørelsen «Adeneler»³⁷ knytter seg direkte til fortolkningen av «objektive grunner» jfr. rammeavtalens § 5. I avsnitt 69 fastslås det at begrepet «objektive grunner» skal forstås slik at «de henviser til præcise og konkrete omstændigheder» i forbindelse med en «bestemt aktivitet» som kan begrunne bruk av gjentatt midlertidig ansettelse. Slike omstendigheter kan ifølge domstolen bl.a. oppstå på grunn av «den særlige art opgaver, som sådanne kontrakter er indgået med henblik på at udføre samt de hermed forbundne forhold, eller i givet fald på grund af medlemsstatens forfølgelse af et lovligt socialpolitisk formål».³⁸

Videre fastslås det at en nasjonal bestemmelse «der blot generelt og abstrakt, i form af en retsforord eller administrativ bestemmelse, giver mulighed for at anvende flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelseskontrakter, ikke i overensstemmelse med de krav, der fremgår af de to forudgående præmisser»³⁹.

I ordlyden «objektive grunner», ligger det et krav om henvisning til «præcise og konkrete omstændigheder» i forbindelse med en «bestemt aktivitet». Videre presiseres «konkrete forhold» ved at det kan omhandle «pågående aktivitet» og «betingelserne for utførelsen». Den skal altså lite til før «objektive omstændigheder» anses som konkret. Den foreslåtte Ordlyden «samme arbeidsoppgaver» er som vi har sett ikke et klart begrep. Ordlyden «arbeidsoppgaver» er likevel snevrere enn ordlyden «aktivitet» og er dermed i overensstemmelse med presiseringen i Adeneler.

I EU rettsavgjørelsen «Angelidaki»⁴⁰, presiseres det at det vil være snakk om «objektive grunner» dersom fornyelse av den opprinnelige kontrakten gjøres for «at opfylde særlige behov af samme art, der er direkte eller indirekte forbundet med virksomhedens art, natur eller aktivitet». Videre fastslås det at ordlyden må knyttes til:

«præcise og konkrete omstændigheder i forbindelse med en bestemt aktivitet, og som følgelig i denne særlige sammenheng kan begrunde anvendelsen af flere på hinanden følgende

³⁷ Sak C-202/04, Konstantinos Adeneler and Others v Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG) 2006 s. I-06057

³⁸ Avsnitt nr. 70

³⁹ Avsnitt nr. 71

⁴⁰ Sak C- 378/07, Kiriaki Angelidaki and Others v Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis, 2009 s. I-03071

tidsbegrensede ansattelseskontrakter. Disse omstendigheter kan bl.a. oppstå på grund af den særlige art opgaver, som sådanne kontrakter er indgået med henblik på at udføre»⁴¹

Med henvisning til «Adeneler» utdypes det⁴² at det vil være i strid med klausulens formål om å forhindre misbruk dersom nasjonale bestemmelser tjener som grunnlag for fornyelse av midlertidige arbeidsavtaler dersom de behov som søkes dekket faktisk ikke er midlertidige, men derimot faste og varige.

Videre uttales det⁴³ at en slik anvendelse av midlertidige arbeidskontrakter strider mot rammeavtalens forutsetning om at arbeidstaker som hovedregel skal ansettes fast

Dommen innebærer en ytterligere konkretisering av ordlyden «objektive grunner» ved at det stilles krav til arbeidsoppgavenes art og virksomhetens «særlige behov». Slik jeg tolker uttalelsene i dommen ser det ut til at en generell midlertidig ansettelse ikke lovlig kan forankres i klausul 5 første ledd bokstav a, ettersom ansettelsen må begrunnes ut i fra virksomhetens behov for midlertidig arbeidskraft for utførelse av de aktuelle arbeidsoppgavene.

Videre blir spørsmålet om adgang til gjentatt midlertidig ansettelse på generelt grunnlag kan forankres i ett av de øvrige kriterium i rammeavtalen klausul 5 første ledd bokstav b og v

Det er klart at bestemmelsens bokstav c, som angir at nasjonal lovgivning på område for midlertidig ansettelse må regulere «antall ganger slike arbeidsavtaler (...) kan fornyes» ikke innfris ved lovforslaget.

Spørsmålet blir dermed om Rammeavtalen § 5 første ledd bokstav b er innfridd slik at forslaget om generell midlertidig ansettelse er i overensstemmelse med direktivet.

Lovforslaget regulerer ikke «den maksimale samlede varigheten av de gjentatte midlertidige arbeidsavtalene (...)» Den lovfestede fireårsgrensen jfr. § 14-9 femte ledd gjelder utelukkende for bestemmelsens første ledd bokstav a og b. Departementet drøfter for øvrig i

⁴¹ Avsnitt nr. 96

⁴² Avsnitt nr. 103

⁴³ Avsnitt nr. 104

høringsutkastet om hvorvidt fireårsregelen bør utvides til å omfatte den foreslåtte generelle adgang til midlertidig ansettelse⁴⁴.

Dersom fireårsregelen utvides som foreslått vil det kunne hevdes at nasjonal lovgivning regulerer «den maksimale samlede varigheten» av gjentatt midlertidig ansettelse. Som vi har sett i punkt 5.4 er det problematiske i denne sammenheng ordlyden «sammenhengende» midlertidig ansettelse jfr. aml § 14-9 femte ledd.

5.5.3 Spørsmål om det finnes annet tilsvarende vern mot misbruk

Etter rammeavtalen klausul 5 første ledd kan det gjøres unntak fra kravet om at midlertidig ansettelse må være i samsvar med ett av de alternative kravene i bokstav a til c, dersom det finnes «tilsvarende rettslige tiltak for å hindre misbruk»

Under forutsetning om at forslaget om generell adgang til midlertidig ansettelse ikke anses for å være i samsvar med rammeavtalen klausul 5, oppstår spørsmål om det finnes annet tilsvarende vern mot misbruk i Norsk rett, slik at direktivet likevel er overholdt. Dette ble hevdet da tilsvarende problemsstilling oppsto i Sverige.

I Sverige er adgangen til midlertidig ansettelse («tidsbegränsad anställning») regulert i § 5 lagen om anställningsskydd (1982:80) (LAS), samt i enkelte særlover og forskrifter. Reglene i LAS fikk sin nåværende form gjennom lovendringen som trådte i kraft 2007/2008.

Bestemmelsen lyder som følger:

«§ 5 Avtal om tidsbegränsad anställning får träffas

- 1. för allmän visstidsanställning,*
- 2. för vikariat,*
- 3. för säsongarbete, och*
- 4. när arbetstagaren har fyllt 67 år.*

Om en arbetstagare under en femårsperiod har varit anställd hos arbetsgivaren antingen i allmän visstidsanställning i sammanlagt mer än två år, eller som vikarie i sammanlagt mer än två år, övergår anställningen till en tillsvidareanställning. Lag (2007:391)»

⁴⁴ Se punkt 5.4

Hovedregelen etter svensk rett er «fast anställing» (fast ansettelse). Midlertidig ansettelse (visstidsanställing) utgjør som i norsk rett unntak fra hovedregelen⁴⁵. Etter en omfattende reform fra 2006 til 2008 ble hjemmelen for midlertidige ansettelse pga. «arbetets särskilda beskaffenhet» byttet ut med en adgang for midlertidig ansettelse på generelt grunnlag jfr. (LAS) § 5.1 «allmän visstidsanställing»⁴⁶. En arbeidstaker som har vært midlertidig ansatt i sammenlagt enn to år i løpet av en femårsperiode har rett til en fast ansettelse.

Formålet med lovendringen var blant annet å øke sysselsettingen gjennom å gjøre det lettere for arbeidsgiveren å ansette midlertidig. Unge og andre med mindre arbeidserfaring skulle lettere få innpass i arbeidslivet. I tillegg var lovendringen et forsøk på å forenkle reglene som i stor grad bød på tolkningstvil.

Konfliktene rundt de svenske reglene om midlertidig ansettelse har pågått siden lovendringen i 2007. Tjänstemännens centralorganisation (TCO) klage til kommisjonen gikk ut på at direktivets krav om å tiltak for å forhindre misbruk ikke var overholdt. Året før krevde kommisjonen at regjeringen skulle sette en stopper for arbeidsgivers mulighet til å kombinere ulike rettslige grunnlag for midlertidig ansettelse for å omgå reglene om stillingsvern. Ellers ville Sverige risikere å stilles for EU-domstolen.

Våren 2014 uttalte⁴⁷ EU kommisjonen at det svenske regelverket var i strid med rådsdirektiv 1999/70/EF. I følge kommisjonen var det problematiske etter svensk rett, muligheten til å kombinere ulike rettslige grunnlag for midlertidig ansettelse, ved å nytte dem etter hverandre. Slik ville en arbeidstaker kunne være ansatt midlertidig i det uendelige. Kommisjonen konstaterer at ingen av de tre typene tiltak som beskrevet i klausul 5 første ledd bokstav a til c, var innført i svensk rett og at det heller ikke eksisterte et «tilsvarende vern mot misbruk».

Den svenske regjeringens fastholdt ved sitt standpunkt om at regelverket var i overensstemmelse med direktivet.

⁴⁵ Axel Adlercreutz og Bernard Johann mulder, *svensk arbetsrätt*, Visby 2013 s. 197

⁴⁶ Mats Glavå, *Arbetsrätt*, Lund 2011 s. 278

⁴⁷ Kommisjonens uttalelse av april 2014

For det første ble det hevdet at kravet til «objektive grunner» etter klausul 5 bokstav a var innfridd. Ved å kombinere adgangen til midlertidig ansettelse på generelt grunnlag med adgangen til å ansette midlertidig for eksempel for et vikariat, ville de «objektive grunner» være etterlevd for vikariatets del og derfor også for kjeden av ansettelser. Dette var ikke kommisjonen enig i. De «objektive grunner» måtte kunne påvises for hver ansettelse og ikke for kjeden av ansettelser samlet sett.

Dette innebærer at selv om det i norsk rett kan vises til «objektive grunner» i ett ledd av en kjede der ulike rettslige grunnlag for midlertidig ansettelse kombineres, er dette ikke tilstrekkelig.

Videre hevdet den svenske regjeringen at dersom det ikke kunne vises til «objektive grunner» etter rammeavtalen klausul 5 første ledd bokstav, måtte i et hvert henseende kravene etter bokstav b, anses etterlevd. Dette ble begrunnet med at en midlertidig ansatt har krav på fast ansettelse dersom han har jobbet i til sammen to år i løpet av en femårsperiode. Dette argumentet ble ikke godtatt av kommisjonen. Etter (LAS) § 5 annet ledd, gjelder kun en øvre tidsgrense for «allmän visstidsanställning», men ikke for de tilfeller de ulike hjemler for midlertidig ansettelse nyttes i kombinasjon. Mangelen på en øvre sammenlagt tidsgrense for midlertidige ansettelser gjorde muligheten til å kombinere hjemler for denne typen arbeidsavtaler uforenelig med kravene i rammeavtalen klausul 5.

Den norske fireårsregelen er ulik den svenske maksimale tidsgrensen etter som den refererer til de ulike rettslige grunnlag for midlertidig ansettelse, henholdsvis aml § 14-9 første ledd bokstav a og b. Som vi har sett foreslås den utvidet til å også omfatte den generelle adgangen. Dersom en slik endring gjør det klart at den maksimale grensen for midlertidig ansettelse også omfatter tilfeller der ulike rettslige grunnlag er benyttet i kombinasjon, kan det hevdes at krav om tiltak som nevnt i rammeavtalen klausul 5 bokstav b er innfridd.

Videre hevdet regjeringen at det i svensk rett eksisterte andre «tilsvarende vern mot misbruk» med henvisning til en rekke forhold som gir midlertidig ansatte bedre vern enn det som kreves etter rammeavtalen.

Blant annet vises det til LAS § 5 annet ledd, som innebærer at midlertidig ansettelse automatisk går over til å bli en fast ansettelse når tidsgrensen er utløpt. Kommisjonen anser

ikke dette tilstrekkelig ettersom de ulike hjemlene for midlertidig ansettelse kan kombineres og anvendes med opphold mellom arbeidsavtalene noe som muliggjør forlengelse i det uendelige.

Til slutt henviser den svenske regjeringen til bestemmelser om fortrinnsrett jfr. LAS § 25. Bestemmelsen innebærer at en arbeidstaker som har blitt sagt opp eller som ikke har fått fortsatt ansettelse på grunn av virksomhetens forhold, har fortrinnsrett i den virksomhet vedkommende tidligere var sysselsatt. En forutsetning for fortrinnsrett er at arbeidstakeren har vært ansatt sammenlagt i minst 12 måneder i de tre seneste år. Kommisjonen erkjenner at en slik bestemmelse gir den midlertidige ansatte et bedre vern enn det som kreves etter rammeavtalen, men regner grunnlaget utilstrekkelig i forhold til det som kreves etter klausul 5. Særlig fordi en slik fortrinnsrett er underkastet en rekke vilkår.

I norsk rett finner vi reglene om fortrinnsrett i aml. § 14-2. Bestemmelsen gir arbeidstaker som er sagt opp på grunn av virksomhetens forhold en rett til ny ansettelse i den samme virksomhet når det blir en ledig stilling. Fortrinnsretten gjelder også for arbeidstaker som er midlertidig ansatt jfr. § 14-2 annet ledd, men betinger at den ansatte har vært ansatt i virksomheten i til sammen minst 12 måneder i de siste to år jfr. tredje ledd. Som vi ser har den norske bestemmelsen om fortrinnsrett mange likhetstrekk med LAS § 25, og ifølge kommisjonens uttalelse av april 2014 var dette ikke tilstrekkelig til å regnes som tilsvarende vern mot misbruk.

VI Avslutning

Høringsutkastet av juni 2014 inneholder to (konkrete) forslag til endringer i reglene om midlertidig ansettelse. For det første fremmes forslag til en endret ordlyd i § 14-9 første ledd bokstav a, ettersom det etter departementets syn er behov for å tydeliggjøre og forenkle bestemmelsens innhold. For det andre fremmes forslag om en generell utvidet adgang til midlertidig ansettelse, ettersom dette vil være gunstig for sysselsetting, arbeidsgiver og arbeidstaker. I tillegg vil lovforslaget være i tråd med Solberg-regjeringens politiske plattform.

I dette avsluttende kapittel vil jeg knytte noen kommentarer til begrunnelsen for- og utformingen av lovforslaget.

Departementet beskriver aml. § 14-9 første ledd bokstav a, som uklar og vanskelig tilgjengelig. Ordlyden «arbeidets karakter» er som vi har sett svært skjønnsmessig og kan omfatte mange forskjellige arbeidssituasjoner. At spørsmål om innholdet i bestemmelsen flere ganger har vært oppe for Høyesterett kan tilsa at det foreligger behov for en klarere og mer forutberegnelig ordlyd.

Ved å endre ordlyden til «arbeidsoppgaver av tidsbegrenset varighet» fokuseres i større grad på arbeidets tidsmessige karakter enn på typen arbeid. Slik jeg ser det medfører endringen en klarere regel som vil gjøre det lettere for brukere av loven å forholde seg til den. Samtidig får bestemmelsen som nevnt et noe mer restriktivt uttrykk som ikke fremgår som en målsetting i høringsutkastet. Dette vil føre til at en del arbeidssituasjoner som tidligere var omfattet av § 14-9 første ledd bokstav a, faller utenfor den foreslåtte ordlyden.

Det er klart at den foreslåtte generelle adgangen til midlertidig ansettelse vil medføre en økt fleksibilitet for arbeidsgiver, som i større grad vil kunne være i stand til å ansette midlertidig der arbeidskraftsbehovet på sikt er usikkert. I høringsutkastet dokumenteres imidlertid ikke norske virksomheters faktiske behov for en slik utvidelse. I høringsvaret fra NHO hevdes det at en mer fleksibel arbeidsmiljølov med enklere adgang til midlertidig ansettelse, er et behov NHOs medlemsbedrifter har etterspurt i lengre tid. I følge NHOs arbeidskraftsundersøkelse i 2013 oppgir to av tre bedrifter at de har et udekket bemanningsbehov i avgrensede perioder. Nær 60 prosent av bedriftene sier at de vil ansette flere dersom loven åpner for en enklere adgang til midlertidig ansettelse. Hvorvidt dette skyldes at regelverket er for restriktivt eller for utydelig forblir imidlertid usikkert.

Det er naturlig å se hen til følgene en generell adgang til midlertidige ansettelse vil kunne ha for sysselsetting. Dette problematiseres i liten grad i høringsutkastet. Det legges nærmest til grunn at en generell utvidet adgang vil bidra til å skape flere arbeidsplasser. Det finnes imidlertid ingen forskning til støtte for et slikt syn.

Departementet viser i stor grad til de positive virkningene en økt adgang til midlertidig ansettelse kan ha for mange arbeidstakere, ettersom en slik ansettelsesform kan fungere som

et springbrett inn i arbeidslivet. Særlig for unge, nykommere på arbeidsmarkedet. Det vises til forskning foretatt av OECD (OECD employment Outlook 2013 og 2014) til støtte for en slikt syn. Departementet viser ikke til forskning som dokumenterer de negative konsekvensene av en slik ansettelsesform. OECDs forskning viser at midlertidige ansettelser kan fungere som en felle dersom de ansatte blir værende i en slik arbeidssituasjon eller gående mellom arbeidsledighet og kortvarige tilknytningsformer i lang tid.

Det er vanskelig å si om vi i norsk rett har behov for en utvidelse av reglene om midlertidig ansettelse. Særlig ettersom forskningen på område er svært sprikende. En kan ikke trekke for generelle konklusjoner ut i fra internasjonal forskning og heller ikke ut i fra erfaringer fra andre land. Behovet for en utvidet eller innskrenket adgang til midlertidig ansettelse vil i stor grad variere i de ulike land ut i fra en sammensatt vurdering.

Tidligere i avhandlingen vises det til at den foreslåtte bestemmelsen åpner for at ulike hjemler for midlertidig ansettelse kan kombineres slik at en arbeidstaker potensielt sett kan bli «fanget» i en slik arbeidsformen over lang tid. Lovforslaget byr dessuten på en del tolkningsmessige utfordringer knyttet til ordlyden «samme arbeidsoppgaver» og «ikke umiddelbart». Vi har sett at disse begrepene vil kunne stride mot rammeavtalen § 5 som har som formål å hindre misbruk ved gjentatte midlertidige arbeidsavtaler. Dersom en slik arbeidsavtale «ikke umiddelbart» kan fornyes, kan dette føre til en form for gjentakelse som skader rammeavtalens formål og effektive virkning. Ordlyden «samme arbeidsoppgaver» er ikke tilstrekkelig til å utgjøre en «objektiv grunn» for fornyelse av den midlertidige arbeidskontrakten jfr. rammeavtalens klausul 5 første ledd bokstav a.

Dersom fireårsregelen endres til å omfatte den generelle adgangen og samtidig får et endret eller klarere innhold angående ordlyden «sammenhengende» kan kravet i rammeavtalen klausul 5 første ledd bokstav b være innfridd. Det vil da kunne hevdes at «den maksimale samlede varigheten av de gjentatte midlertidige arbeidsavtalene» er regulert i nasjonal lovgivning.

Det finnes ikke annet tilsvarende vern mot misbruk etter norsk rett.

I høringsutkastet fremmes ikke ønske om en generell adgang til midlertidig ansettelse for statens tjenestemenn og embetsmenn. Dersom lovforslaget vedtas vil adgangen til å ansette midlertidig etter tjml. § 3, være vesentlig mer restriktiv enn den er etter arbeidsmiljøloven § 14-9. Om dette så betyr at det har vært ønskelig å ha svært ulike regler mellom statlig- og privat samt kommunal sektor, eller om det også vil foretas endringer i tjml. § 3 gjenstår å se.

Avhandlingens tema bygger på regjeringens forslag om endringer av reglene om midlertidig ansettelse slik de fremgår av høringsutkastet av juni 2014. Den 5 desember 2014 fremmet Arbeids- og sosialdepartementet proposisjon 39 L, om endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold). Proposisjonen inneholder en del alternative forslag til utforming av den foreslåtte § 14-9 slik den fremgår av høringsutkastet. Ettersom proposisjon 39 L ble publisert bare få dager før innleveringsfrist for avhandlingen har de avvikende forslag ikke blitt problematisert.

Kildeliste

Lover

- Lov 17. juni 2005 nr. 62, om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Lov 4. Februar 1977 nr. 4, om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) (opphevet)
- Arbeidervernloven av 1936.
- Lov 4. mars 1983 nr. 3, om statens tjenestemenn m.m (Tjenestemannsloven)
- Tjenestemannsloven av 15 februar, 1918
- Svensk lovgivning: Lag (1982:80) om anställningsskydd

Lovforarbeider

- Ot.prp. nr. 67 (2004-2005) Om lov om statens embets- og tjenestemenn
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
- Ot.prp. nr. 24 (2004-2005) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Ot.prp. nr. 64 (2001-2002) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v. (informasjon om ledige stillinger).
- Ot.prp. nr. 54 (2001-2002) Om lov om endringer i lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene og i enkelte andre lover
- Ot.prp. nr. 41 (1975.1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
- NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
- Innst. O. nr. 18 (2005-2006) om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Direktiv

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

Rettsavgjørelser

- Rt. 1985 s. 1141 (Åsgård-dommen)
- Rt. 1989 s. 1116 (Statfjorddommen)
- Rt. 1991 s. 872
- Rt. 2001 s. 1413 (Norsk Folkehjelp-dommen)
- Rt. 2006 s. 1158 (Ambulansesjåførsaken)
- Sak C-144/04, *Werner Mangold mod rüdiger Helm* (2005) EDF 2005 s. 1-09981
- Sak C-202/04, *Konstantinos Adeneler and Others v Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)* 2006 s. I-06057
- Sak C- 378/07, *Kiriaki Angelidaki and Others v Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis*, 2009 s. I-03071

Juridisk litteratur

- Jakhelln, Henning, *oversikt over arbeidsretten* (Oslo 2006)
- Skarning, Nicolay, *Midlertidige ansettelser, innleie og vikarbyrådirektivet* (oslo 2013)
- Fanebust, Arne, *innføring i arbeidsrett den individuelle del* (Oslo 2013)
- Fougner, Jan og Holo Lars, *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave* (Oslo 2006)
- Fougner, Jan, Lars Holo, Tron L. Sundet, Tarjei Thorkildsen. *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave, 2. utgave, 2013*
- Fougner, Jan, *Læren om fast ansettelse ved varig behov*, *Arbeidsrett*, nr. 2 2009.
- Adlercreutz, Axel og Mulder, Bernard Johann, *svensk arbetsrätt* (Visby 2013)
- Glavå, Mats, *Arbetsrätt* (Lund 2011)

Offentlige dokumenter

- Arbeids- og sosialdepartementet, *Høring om endringene i arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse og inn-/utleie fra bemanningsforetak* (juni 2014)
- Den svenske regjeringens uttalelse til kommisjonen, *kompletterande motiverat yttrande angående direktiv 1999/70/EG om ramavtalet om visstidsarbeite. Överträdelseärende nummer 2007/4835* (22. april 2014)

Annet

- Nyhetsartikler
 - o Nordisk nyhetsbrev EU & arbeidsrätt av Margareta Edling
 - o NHO ber om 12 måneder, Bjørn Erik Dahl ,08.09.2014
- Data fra arbeidskraftundersøkelser
 - o SSB, Bø, Tor Petter, *Halvparten ønsker fast ansettelse* (24 august 2005)
 - o SSB, Bø, Tor Petter, *Innvandrere på arbeidsmarkedet* (4 november 2013)
 - o SSB, Vrålstad Signe, *Arbeidsmiljø, levestandardundersøkelsen, 2013* (3 juli 2014)
 - o SSB, Vrålstad, Bø og Horgen, *Arbeidskraftundersøkelsen, 2. kvartal 2014* (30 juli 2014)
- Høringsuttalelser
 - o LO, *Høring – Endringer i arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse*, (Oslo, 22 september 2014), referanse: 14/2874-22 440.01/NIKR
 - o NHO, *Høringssvar – Endringer i arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse*, (24.09.2014), referanse: AÅL/242-6216