

**STILLINGSVERNET
VED
TILSIGELSESAVTALER**

Kandidatnummer: 325

Veileder: Elin Nykaas

Leveringsfrist: 25.04.06

Semester: V-06

Til sammen 17 482 ord

24.04.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>PRESENTASJON AV TILSIGELSESAVTALER OG DEFINISJON</u>	<u>1</u>
1.1	Hovedproblemstilling og rettslig plassering av tilsigelsesavtaler	2
1.2	Begrepsavklaring	4
1.3	Problemstillingen, underproblemstillinger og den videre fremstilling	7
1.4	Avgresninger	8
1.5	Rettskilder	9
<u>2</u>	<u>STILLINGSVERNET I DE ULIKE TILSIGELSESAVTALER</u>	<u>11</u>
2.1	Utgangspunkt for å vurdere tilsigelsesavtaler	11
<u>3</u>	<u>TILSIGELSESAVTALER SOM MÅ ANSES SOM FASTE ANSETTELSE</u>	<u>14</u>
3.1	Arbeidsgiverens arbeidskraftbehov	14
3.2	Arbeidsgiverens arbeidskraftbehov ved vikariater	18
3.2.1	Spesielle forhold ved virksomheten	22
3.3	Langvarige og stabile arbeidsforhold	25
3.3.1	Arbeidstaker er tilknyttet en vaktliste og en fast turnus	34
3.3.2	Ansiennitetsprinsippet	35
3.4	Når arbeidstaker står fritt til å avslå det enkelte arbeidsoppdrag	35
3.5	Arbeidsgiver og arbeidstakers interesser til grunn for tilsigelsesavtalen	37
3.6	Arbeidstaker er tilkjent særlige ansvarsområder i virksomheten	39
3.7	Partenes berettigede forventninger og forutsetninger	40

3.8	Rettsvirkningene ved fast ansettelse	41
3.9	Oppsummering	43
4	<u>TILSIGELSESAVTALER SOM MÅ ANSES SOM</u>	
	<u>MIDLERTIDIGE ANSETTELSE</u>	<u>44</u>
4.1	Midlertidige tilsigelsesavtaler som ikke er vikariater	45
4.1.1	Løse og uforpliktende midlertidige tilsigelsesavtaler	45
4.1.2	Midlertidige tilsigelsesavtaler der arbeidstakeren særskilt innkalles	46
4.1.3	Fleksible midlertidige tilsigelsesavtaler	46
4.1.4	Partenes forutsetninger	47
4.2	Midlertidige vikariater	48
4.3	Tilsigelsesavtaler som er utformet som en fast ansettelsesavtale	48
4.4	Vikaravtaler som er utformet som en fast ansettelsesavtale	53
4.5	Rettsvirkningene av ulovlig midlertidig ansettelse	54
5	<u>KONKLUSJON</u>	<u>57</u>
6	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>59</u>

1 Presentasjon av tilsigelsesavtaler og definisjon

Temaet i fremstillingen er tilsigelsesavtaler og arbeidstakerens sikringsvern når han er tilsluttet en slik arbeidsavtale. Tilsigelses- eller tilkallingsavtaler er ansettelsesavtaler som forutsetter at arbeidstakeren tilkalles ved arbeidsgiverens behov. Det er alminnelig antatt at det rettsgyldig kan inngås tilsigelsesavtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker i arbeidslivet.

Utgangspunktet i slike ansettelsesforhold er at arbeidstaker kun utfører arbeid ved arbeidsgivers behov og etter nærmere tilkalling. Et annet særtrekk ved tilsigelsesavtaler er at arbeidstaker som regel verken har rett eller plikt til å jobbe i et bestemt omfang eller til bestemte tider. Arbeidsgiveren kan derimot ut fra arbeidsavtalen ha en plikt til å tilkalle arbeidstakeren når det er behov for arbeidskraft. I praksis vil arbeidsgiveren vanligvis ha en avtale med et visst antall personer om at de står på en ringeliste, er tilknyttet en vaktliste eller inngår i en vikarpool. Normalt betales det kun lønn for utført arbeid.

Det vil bero på det konkrete arbeidsforhold hvorvidt det er inngått en arbeidsavtale mellom partene. I noen tilfeller kan det inngås en ny særskilt tilkallingsavtale for hvert enkelt engasjement, mens i andre tilfeller foreligger det en generell arbeidsavtale ved inngåelsen av arbeidsforholdet. De nærmere vilkårene for når tilkallelse kan skje vil avhenge av innholdet i den enkelte konkrete arbeidsavtale. Det foreligger således et mangfold av tilsigelsesavtaler der arbeidsvilkårene varierer.

Arbeidstakeren i et tilsigelsesforhold betegnes som tilkallingsansatt. I praksis benyttes ofte begrepet ekstrahjelp, sesongarbeider eller tilkallingshjelp. Vikarer som tilkalles ved behov og benyttes ved gjentatte anledninger omfattes av betegnelsen.

Tilkallingsordningen tilgodeser begge parter interesser i et arbeidsforhold.

Ordningen er fordelaktig for arbeidsgiveren, fordi han erfaringsmessig vet at det oppstår uregelmessigheter i en vaktordning. Dette kan skyldes fravær eller uforutsigbare behov ved bestemte anledninger. Ved å inngå tilsigelsesavtaler vil han få dekket det varierende arbeidskraftbehov som til enhver tid eksisterer i virksomheten. Videre knytter arbeidsgiveren til seg en stab av arbeidstakere som kjenner bedriften og arbeidet. For arbeidstakeren kan det også være beleilig å ha et løst tilknytningsforhold til arbeidsgiveren, dersom han står fritt til å kunne avslå vakter. På den måten gis vedkommende anledning til å møtekomme andre forpliktelser. Tilsigelsesavtaler er praktisk innenfor hotell, restaurant og servicenæringen, turistnæringen og handelsnæringen, idet disse virksomhetene preges av sesongbetont behov for arbeidskraft.

1.1 Hovedproblemstilling og rettslig plassering av tilsigelsesavtaler

Hovedproblemstillingen er hvilke stillingsvern den tilkallingsansatte har krav på i henhold til arbeidsforholdet med arbeidsgiver. Stillingsvern vil si arbeidstakerens beskyttelse mot at stillingen urettmessig blir brakt til opphør.

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17/06-2005 nr. 62¹ regulerer arbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Det foreligger ikke spesielle regler for tilkallingsansatte i lovgivningen eller spesielle bestemmelser i arbeidsmiljøloven som regulerer deres rettsstilling. Arbeidsmiljøloven hjemler kun to forskjellige ansettelsesforhold, fast eller midlertidig ansettelse, slik at tilkallingsansatte vil ha en av disse to former for ansettelse i medhold av loven. Hovedreglen etter arbeidsmiljøloven er at

¹ Refereres heretter til som arbeidsmiljøloven eller aml.

arbeidstaker har krav på fast ansettelse. Avviket fra den ordinære faste ansettelsen krever særskilt rettsgrunnlag. Reglene om midlertidig ansettelse er gitt i § 14-9.

For å ta standpunkt til hvilke stillingsvern den tilkallingsansatte har krav på må det avgjøres om vedkommende er midlertidig eller fast ansatt i det enkelte tilfelle. Spørsmålet blir henholdsvis hvorvidt hver enkelt arbeidsperiode i en tilsigelsesavtale er å anse for et separat og avsluttet ansettelsesforhold, eller om de enkelte arbeidsforhold skal sees i sammenheng og som et kontinuerlig ansettelsesforhold.

Ansettelsesformen vil ha direkte betydning for arbeidstakers stillingsvern. Ved lovlig midlertidig ansettelse opphører arbeidsavtalen når den avtalte tid er utløpt, eller når det bestemte arbeidet er avsluttet, jf. aml. § 14-9 (5). Den tidsbegrensende arbeidsavtalen anses først inngått i det man påtar seg en vakt, og arbeidsforholdet opphører samtidig med de forhold som forårsaker at vedkommende ble tilkalt.

Ved fast ansettelse er derimot arbeidstaker beskyttet av lovens oppsigelses- og stillingsvernregler. Reglene er av både materiell og prosessuell karakter og er gitt i henholdsvis aml. kapittel 15 og kapittel 17. Bestemmelsene stiller blant annet krav til fremgangsmåten ved opphør av arbeidsforholdet samt oppsigelsens eller avskjedigelsens form og innhold. Grensene for lovlig midlertidig ansettelse er snevre for å unngå at arbeidstakers stillingsvern blir undergravet. Dersom det foreligger en ulovlig midlertidig ansettelse, har arbeidstaker krav på fast ansettelse med de oppsigelsesvernregler som følger av lovens vanlige bestemmelser, jf. aml. § 14-11 (1).

Problemstillingen er aktuell, fordi det er nødvendig med en bevisstgjøring av arbeidstakerens rettsstilling i tilsigelsesforhold. Arbeidstakeren er ofte ikke inneforstått med om han har krav på fast eller midlertidig ansettelse og hvilke stillingsvern som følger av dette. For arbeidstakeren kan det også være uklart når han har krav på fast ansettelse hvis arbeidsforholdet var midlertidig på ansettelsestidspunktet, men har utviklet seg i retning av et festnet arbeidsforhold. Arbeidsgiver vil som regel foretrekke midlertidige

ansettelser fremfor faste, fordi det er fordelaktig med fleksible ansettelsesforhold. Til grunn for tilsigelsesavtalen vil det kunne forligge et skjevt styrkeforhold mellom partene, idet arbeidstaker som oftest er svakere enn arbeidsgiver. Dette kan føre til at arbeidsgiver utnytter arbeidstakerens rettsstilling allerede på det tidspunkt arbeidsavtalen inngås.

1.2 Begrepsavklaring

§14-9 om midlertidig ansettelse har følgende ordlyd;

”(1) 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,
- b) for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat),
- c) for praksisarbeid,
- d) deltaker i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med Aetat,
- e) for idrettsutøvere, idrettstrenerne, dommere og andre ledere innen den organiserte idretten.

(2) Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om midlertidig ansettelse for praksisarbeid og om hvilke typer arbeidsmarkedstiltak som omfattes av første ledd bokstav d.

(3) Landsomfattende arbeidstakerorganisasjon kan inngå tariffavtale med en arbeidsgiver eller en arbeidsgiverforening om adgang til midlertidig ansettelse innenfor en nærmere angitt arbeidstakergruppe som skal utføre kunstnerisk arbeid, forskningsarbeid eller arbeid i forbindelse med idrett. Dersom tariffavtalen er bindende for et flertall av arbeidstakerne innenfor en nærmere angitt arbeidstakergruppe i virksomheten, kan arbeidsgiver på samme vilkår inngå midlertidig arbeidsavtale med andre arbeidstakere som skal utføre tilsvarende arbeid.

(4) Arbeidstaker som har vært ansatt i mer enn ett år, har krav på skriftlig varsel om tidspunktet for fratreden senest en måned før fratredelsestidspunktet. Dette gjelder likevel ikke deltaker i arbeidsmarkedstiltak som omfattes av andre ledd bokstav d. Varselet skal anses for å være gitt når det er kommet fram til arbeidstakeren. Dersom fristen ikke

overholdes, kan arbeidsgiver ikke kreve at arbeidstakeren fratrer før en måned etter at varsel er gitt.

(5) Midlertidige arbeidsavtaler opphører ved det avtalte tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeidet er avsluttet, med mindre noe annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale. For arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år kommer reglene om oppsigelse av arbeidsforhold til anvendelse. Dette gjelder likevel ikke for arbeidstaker som er midlertidig ansatt etter første ledd bokstav c, d og e. ”

Første ledd presiserer hovedreglen om at arbeidstaker skal ansettes fast med mindre et av de oppregnede unntakene i bestemmelsen er tilstede. Bestemmelsen gir derfor en uttømmende regulering av adgangen til å inngå midlertidig tidsbegrenset ansettelse.

Dersom det foreligger en midlertidig ansettelse etter § 14-9 og det etter en tolkning av arbeidsavtalen gis adgang til å bringe arbeidsforholdet til opphør før det midlertidige arbeidsforholdet er avsluttet, gjelder lovens alminnelige oppsigelses- og stillingsvernregler, jf. Ot.prp.nr.50(1993-94) s.164. På bakgrunn av at det foreligger et generelt saklighetskrav² i arbeidsretten, som begrenser arbeidsgiverens styringsrett, er arbeidsgiveren i alle tilfelle ikke berettiget til å avslutte et midlertidig arbeidsforhold i henhold til § 14-9 (5) uten saklig begrunnelse.

Vikariater skal vurderes på grunnlag av § 14-9 (1) bokstav b), mens rettstilstanden for tilkallingsansatte forøvrig hjemles i bokstav a).

Det er verken i arbeidsmiljøloven av 1977 § 58A eller i dens forarbeider gitt en definisjon av vikarer. Definisjonen inntatt i bokstav b) er en kodifisering av rettspraksis, jf. Rt.1989 s.1116. I Ot.prp.nr.50(1993-94) s.165 til aml. (1977) § 58A er det imidlertid uttalt;

”Etter normal språkbruk må likevel et vikariat i utgangspunktet forstås slik at den som vikarierer skal fylle bestemte arbeidsoppgaver eller en bestemt stilling, ved fravær av andre arbeidstakere. Det er ikke ubetinget avgjørende at navnet på den personen man vikarierer for eller varigheten av vikariatet, er oppgitt på forhånd. Det vil f.eks være

² Jf. Rt.2001 s.418.

lovlig å benytte ferievikarer som avløsere i forbindelse med ferieavvikling, uten at disse vikariatene er knyttet til bestemte personer. Vikariatet må likevel være konkret begrenset i en eller annen form... I utgangspunktet er det likevel ikke i strid med loven å benytte samme vikar flere ganger, under forutsetning av at noen faktisk er fraværende og vikaren dekker et arbeidskraftbehov som skyldes fraværet.”³

Etter en tolkning av lovens ordlyd og forarbeider stilles det ikke krav om at den det vikarieres for er en eller flere av de faste ansatte. Det forligger derfor et vikariat selv om det er en annen vikar eller en annen midlertidig ansatt som er fraværende. I utgangspunktet er det heller ikke et krav om at vikaren utfører de samme arbeidsoppgaver som den eller de han vikarierer for, eller at han er ansatt for et kortere tidsrom enn lengden av fraværet til stillingsinnehaveren. Vikaren kan på den annen side bli i stillingen ut den tidsperioden som er avtalt, selv om stillingsinnehaveren kommer tilbake før dette tidspunkt, og det er derfor tillatt at de utfører overlappende arbeid over en kortere periode etter at vedkommende er tilbake, jf. Rt.2005 s.1395.

Det følger av aml. § 14-5 at alle arbeidsavtaler uansett varighet skal inngås skriftlig, slik at kravet til skriftlighet også gjelder midlertidige arbeidsforhold, jf. § 14-6 (1) bokstav e). Det er drøftet i teorien om skriftlighetskravet er en ordensregel eller en betingelse for tidsbegrensningen⁴. I Rt.2005 s.1395 har Høyesteretts kjæremålsutvalg slått fast at skriftlighet ikke er et gyldighetskrav. Konsekvensen av en muntlig arbeidsavtale vil i alle tilfelle ikke påvirke arbeidstakerens stillingsvern. Det vil ha formodningen mot seg at det forligger en midlertidig avtale når dette ikke er beviselig i etterkant, og det er arbeidsgiver som i slike tilfeller har bevisbyrden for at det forligger en lovlig midlertidig arbeidsavtale.

³ Uttalelsen er videreført i Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.213 (pkt. 25) til aml (2005).

⁴ Odd Friberg m.fl., *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave*, s.609 note 2, uttaler at det antagelig er riktig å se bestemmelsen i § 55B som noe mer enn en ordensregel. Motsatt fremgår av Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, s.220, fordi kravet ble sløffet fra ordlyden i aml. (1977) § 58A nr 1, og tilsvarende argumentasjon er lagt til grunn i RG 1999 s.1306.

Dersom dette ikke sannsynliggjøres vil det foreligge et fast arbeidsforhold der de alminnelige stillingsvernregler kommer til anvendelse, jf. Ot.prp.nr.50(1993-94) s.164 og 165.

1.3 Problemstillingen, underproblemstillinger og den videre fremstilling

Hovedproblemstillingen som reises er hvilke stillingsvern tilkallingsansatte er beskyttet av. Det må, for å besvare dette spørsmålet, vurderes nærmere om den tilkallingsansatte er fast eller midlertidig ansatt i det enkelte tilfelle. I del 2 angis utgangspunktet for å vurdere tilsigelsesavtaler. Del 3 og 4 omhandler henholdsvis faste og midlertidige ansettelsesavtaler. Tilsigelsesavtaler etter § 14-9 (1) bokstav a) og b) behandles samlet, idet de samme synspunkter gjør seg gjeldende. Der det likevel foreligger særtrekk ved vikaravtalene vil disse behandles separat, dersom det er hensiktsmessig.

I del 3, der faste tilsigelsesavtaler behandles, deles fremstillingen inn i underkapitler. Her reises det hovedsakelig spørsmål ved i hvilke tilfeller arbeidsgiveren har et generelt arbeidskraftbehov, og hvorvidt arbeidstakeren har fylt dette behovet regelmessig helt eller delvis over tid. Videre kan det nevnes at det vil bli drøftet hvilken betydning det har for stillingsvernet dersom arbeidstakeren står fritt til å avslå det enkelte arbeidsoppdrag. Hvorvidt partenes interesser er relevante momenter i vurderingen og om tilkallingsansatte med krav på fast ansettelse i realiteten gis et illusorisk stillingsvern vil deretter problematiseres.

Under del 4, der midlertidige tilsigelsesavtaler fremstilles, vil vikariater behandles separat. Her blir hovedspørsmålet når tilkallingsvaktene skal anses som en serie kortvarig, innbyrdes uavhengige arbeidsforhold. Under begge typer tilsigelsesforhold vil det bli drøftet om det foreligger en midlertidig ansettelse, selv om arbeidsavtalen er *utformet* (min uthevelse) som en fast ansettelse. Her drøftes det hvorvidt Rt.2005 s.826 har endret rettstilstanden for tilsigelsesavtaler og hvilken overføringsverdi dommen har til vikaravtaler.

1.4 Avgresninger

Det forligger særlovgivning med regler om midlertidig ansettelse for bestemte grupper av ansatte i Sjømannslov av 30/5 nr.18 1975 § 3 nr 3 og Lov om grunnskolen og den videregående opplæringa av 17/7 nr. 61 av 1998 § 10-6. For statens tjenestemenn gjelder Lov om statens tjenestemenn m.m. av 4/3 1983 nr 3 § 3 nr 2. Denne fremstillingen vil begrenses til å omhandle arbeidsmiljølovens regler, og det avgrenses som helhet mot en videre behandling av særlovgivningen.

Fremstillingen gjelder arbeidstakers vern mot at stillingen urettmessig blir brakt til opphør. Det avgrenses derfor mot en drøftelse av om midlertidig ansatte kan ha en svakere rettsstilling enn faste ansatte mens arbeidsforholdet består.

Det vil fokuseres på rettstilstanden til arbeidstakeren og ikke arbeidsgiveren, slik at det avgrenses mot en drøftelse av om hvorvidt arbeidsgiveren er den svake part i arbeidsforholdet.

Det avgrenses videre mot oppdragstakere som engasjeres for å utføre et bestemt oppdrag, selv om dette strekker seg over tid. De er ikke tilkallingsansatte, fordi de ikke benyttes ved gjentatte anledninger. Oppdragstakere må som regel anses for selvstendig næringsdrivende, og vil da i alle tilfelle falle utenfor ordlyden i § 14-9 som kun gjelder arbeidstakere.

Innleide arbeidstakere vil ikke bli behandlet i fremstillingen. I henhold til aml. § 14-12 kan arbeidstakere bli innkalt ved behov i innleiefirmaet, og ved brudd på bestemmelsen har arbeidstakeren som hovedregel krav på fast ansettelse hos innleier, jf. § 14-14. Det avgrenses imidlertid mot en videre drøftelse av dette spørsmålet, fordi det vil ha liten praktisk betydning, idet arbeidstaker som regel har krav på fast ansettelse i utleiefirmaet. Vurderingen i fremstillingen vil likevel til en viss grad være relevant for stillingsvernet til innleide arbeidstakere.

1.5 Rettskilder

Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. av 4/2 1977 nr. 4 ble opphevet og erstattet av Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17/06 2005 nr. 62, som trådte i kraft 1/1 2006⁵.

Arbeidsmiljøloven § 14-9 om midlertidig ansettelse erstatter den tidligere bestemmelsen i aml. (1977) § 58A. Denne bestemmelsen ble i sin tid tilføyd ved lovrevisjon av 6. januar 1995 nr. 2 og opphevet med det den første bestemmelsen om midlertidig ansettelse i aml. (1977) § 58A nr 7. Rettsvirkningene ved ulovlig midlertidig ansettelse er videreført i aml. (2005) § 14-11 og erstatter de materielle rettsvirkningene, som tidligere fremgikk av § 58A nr 4 og 5⁶. Prosessreglene, som også tidligere var inntatt i disse bestemmelsene, er i aml. (2005) flyttet til kapittel 17.

I forbindelse med vedtakelsen av aml (2005) ble reglene om midlertidig ansettelse i aml (1977) § 58A foreslått betydelig utvidet av arbeidslivslovutvalget i NOU-2004:5 § 14-7 og i Ot.prp.nr.49(2004-05) § 14-9. Forslaget gikk i korte trekk ut på å lovfeste en generell adgang til midlertidig ansettelse i seks måneder, med mulighet for ytterligere forlengelse i nye seks måneder, og en adgang til midlertidig ansettelse når ”arbeidstaker bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag”. Den tidligere begrensede muligheten til å fravike reglene i tariffavtale skulle dessuten utvides til en generell adgang til tariffregulering. Ved Ot.prp.nr.24(2005-06) pkt. 4.3 ble dette imidlertid foreslått opphevet og erstattet av den tidligere ordlyden i § 58A. Begrunnelsen for dette var at departementet mente at endringene brøt med den grunnleggende hovedregel om fast ansettelse i norsk arbeidsliv. I arbeidsmiljøloven av 2005 ble endringsforslaget lovfestet, slik at de eneste forandringene mellom aml. (1977) § 58A og aml. (2005) § 14-9 er at dersom det foreligger et sammenhengende midlertidig arbeidsforhold med varighet i mer enn fire år skal arbeidstaker som hovedregel ha samme oppsigelsesvern som en fast ansatt. Videre er

⁵ Heretter henholdsvis aml. (1977) og aml. (2005)

⁶ Jf. Ot.prp.nr.49(2004-05) s.334 (kap.25)

betegnelsen ”bedriften” byttet ut med ”virksomheten” uten at dette innebærer noen realitetsendring.

Det foreligger en nylig avsagt Høyesterettsavgjørelse på området, som er inntatt i Rt.2005 s.826. Dommen drøfter problemstillingen fra en annen synsvinkel og reiser nye interessante spørsmål. Det er derfor særlig aktuelt å se avgjørelsen opp mot tidligere praksis.

Både forarbeidene og praksis knyttet til aml. (1977) § 58A vil bli benyttet i den videre fremstillingen i den grad de fortsatt er relevante. Jeg vil imidlertid presisere hvilken lov forarbeidene er hentet fra. Det foreligger foreløpig ingen praksis på området som knytter seg til den nye arbeidsmiljøloven.

2 Stillingsvernet i de ulike tilsigelsesavtaler

2.1 Utgangspunkt for å vurdere tilsigelsesavtaler

Arbeidsforholdet mellom partene reguleres på bakgrunn av den konkrete arbeidsavtale. En tolkning av det nærmere innholdet i tilsigelsesavtalen vil få betydning for om den tilkallingsansatte er fast eller midlertidig ansatt i det enkelte tilfellet. Hvorvidt avtalen formelt er inngått som fast eller midlertidig vil være uten betydning, idet det er alminnelig antatt at det er det reelle forhold som skal legges til grunn.

Avtalen må tolkes på bakgrunn av den preseptoriske bestemmelsen om midlertidig ansettelse, jf. aml. § 1-9. Arbeidsmiljøloven er ufravikelig til fordel for arbeidstaker, slik at arbeidsgiver ikke ensidig kan bestemme at tilsigelsesavtalen skal anses som midlertidig utover rekkevidden av § 14-9 (1) bokstav a) og b). Dette gjelder også for rammeavtaler og tariffavtaler, jf. Rt.1998 s.1357. Loven er preseptorisk for å ivareta dens formål, som blant annet er å beskytte arbeidstakers stilling, jf. § 1-1 bokstav b). Avtalen er ugyldig i den grad den strider mot lovens bestemmelser.

Partene kan inngå en tilsigelsesavtale ved etableringen av arbeidsforholdet eller på et senere tidspunkt. Det kan også inngås en ny særskilt tilkallingsavtale for hvert enkelt engasjement. Uavhengig av hvordan partene har valgt å regulere arbeidsforholdet har domstolene foretatt en samlet vurdering av de enkelte arbeidsperioder for å avgjøre om arbeidstakeren er fast eller midlertidig ansatt. Selv om det enkelte oppdrag isolert sett oppfyller vilkårene for midlertidig ansettelse, kan arbeidsoppdragene sett i sammenheng

føre til at grensene for lovlig inngåelse av midlertidig ansettelse er overskredet⁷. I denne sammenheng vil fremstillingen dreie seg om grensetilfellene der det er usikkert hvilke stillingsvern arbeidstakeren er beskyttet av. Et typisk grensetilfelle vil være om vedkommende er midlertidig ansatt eller fast deltidsansatt.

I enkelte tilfeller er det tilstrekkelig å tolke avtalens ordlyd isolert. Dette gjelder dersom det fremgår uttrykkelig av arbeidsavtalen når og på hvilke bestemte betingelser arbeidsgiver kan tilkalle arbeidstakeren og arbeidsforholdet praktiseres i henhold til dette. I andre tilfeller har arbeidsforholdet utviklet seg slik at det som uttrykkelig ble avtalt ikke er det reelle forhold lenger, slik at det har etablert seg en ny praksis mellom partene. Dette er aktuelt der arbeidsgiver for eksempel tilkaller arbeidstakeren i et langt større omfang enn opprinnelig avtalt og forventer at arbeidstakeren stiller opp ved innkallelsen. Det er i slike situasjoner ikke tilstrekkelig å tolke avtalens ordlyd isolert. For å konstatere hvilke stillingsvern arbeidstakeren har krav på, må hele arbeidssituasjonen slik den har utviklet seg taes i betraktning. Det må foretas en konkret helhetsvurdering der det blant annet legges vekt på arbeidsforholdets omfang og det faktiske forhold, herunder partenes forutsetninger og berettigede forventninger. Dette er i overensstemmelse med slik Høyesterett går frem i vurderingen av spørsmålet, og det er alminnelig avtaletolkning som ligger til grunn for argumentasjonen⁸. Det er denne typen avtaler det vil fokuseres på i den videre fremstillingen.

Vikaravtaler skiller seg fra tilsigelsesavtaler for øvrig, fordi vikarer benyttes for å fylle et arbeidskraftbehov der en eller flere stillingsinnehavere er fraværende. Det foreligger som regel en bestemt stilling, der arbeidsvilkårene og de tidsmessige rammene er klarlagt. Utgangspunktet for drøftelsen gjelder de tilfeller hvor det foreligger en slik vikaravtale,

⁷ Jf. for eksempel Rt.1989 s. 1116

⁸ Se tilsvarende argumentasjon i Henning Jakhelln, *Om tilsigelsesavtaler m.v.* I: *Arbeidsrettslige og rettslige studier I- IV*, s.1148

men hvor arbeidsforholdet har utviklet seg i retning av en fast ansettelse. Dette vil for eksempel være tilfelle dersom vikaravtalen fortløpende fornyes, slik at det har dannet seg et festnet arbeidsforhold mellom partene.

3 Tilsigelsesavtaler som må anses som faste ansettelse

For å stadfeste når tilsigelsesavtaler må anses som faste ansettelse, må de nærmere grensene for lovlig midlertidig ansettelse kartlegges. I del 3 vil vikaravtaler kun behandles særskilt når det gjelder arbeidsgiverens arbeidskraftbehov.

3.1 Arbeidsgiverens arbeidskraftbehov

Det kan inngås tilsigelsesavtaler i henhold til § 14-9 (1) bokstav a),

”når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten,”

På tross av ordlyden er det ikke et ubetinget krav at arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres av de faste ansatte. Formuleringen ”arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten” er kun en presisering av vilkåret ”arbeidets karakter”, jf. Rt.2001 s.1413. Loven ble presisert for å skjerpe og stramme inn den gamle reglen på grunnlag av bekymring for utviklingen i arbeidsmarkedet, som blant annet besto i en økende bruk av midlertidig ansettelse, engasjementsstillinger og korttidsansettelse. Dette førte til en frykt for at arbeidsgiver ville innskrenke sine faste ansatte til en kjernestab for deretter å fylle opp restbehovet av arbeidstakere med løsere tilknytning til virksomheten, jf. Innst.O.nr.2(1994-95) s29.

Utgangspunktet for at noe skal anses å være et tilsigelsesforhold er at arbeidstakeren skal tilkalles ved arbeidsgiverens behov. I Ot.prp.nr.50(1993-94) s.179 til aml. (1977) uttales det;

”Kritikken mot bruken av ekstrahjelp er rettet mot at slike arbeidsforhold også brukes for å dekke et permanent arbeidskraftbehov. Slik bruk av ekstrahjelp vil være i strid med loven og vil være en omgåelse av stillingsvernet. Heller ikke en generell usikkerhet om arbeidskraftbehovet vil være nok til å tilsette midlertidig i disse tilfellene”

Uttalelsen kan begrunnes med at dersom arbeidsgiveren har et generelt arbeidskraftbehov for den tilkallingsansatte kan det føre til at arbeidstakeren benyttes og tilkalles i samme grad som de øvrige ansatte. Dette blir problematisk fordi arbeidstakeren da ikke bare dekker et ekstra behov for hjelp ved bestemte anledninger, men i realiteten fyller en ledig stilling. Lovgiver ønsker ikke at arbeidsgiver rettsgyldig skal kunne tilfredsstille et vedvarende behov for flere faste ansatte med midlertidige tilkallingsansatte, og det skal i slike tilfeller derfor mye til for at arbeidsforholdet ikke skal regnes for en fast ansettelse. Hvis arbeidskraftbehovet derimot er sporadisk og tidsavgrenset vil det tale i retning av en midlertidig ansettelse.

Spørsmålet som da må reises er i hvilke tilfeller det kan sies å foreligge et generelt arbeidskraftbehov. Vilåret ”arbeidets karakter” gir grunnlag for en konkret skjønnspreget vurdering av det enkelte tilsigelsesforhold. Av ordlyden fremgår det at arbeidet må være særpreget i forhold til bedriftens ordinære virksomhet. Det må skille seg ut ved at det er nødvendig for virksomheten i tillegg til den vanlige drift. Tilkallelsen må gjelde et ”bestemt arbeid av forbigående art” slik ordlyden opprinnelig lød i aml. (1977) § 58A. I henhold til Odelstingsforhandlingene 1994-95 s.36 vil dette gjelde kortvarige og uforutsigbare arbeidssituasjoner, eksempelvis ved nødvendig lagerhjelp i en periode med ekstraordinær etterspørsel i en virksomhet.

Ot.prp.nr.50(1993-94) s.179 presiserer imidlertid at virksomheter med klart avgrensede sesongmessige svingninger lovlig kan tilsette midlertidig tilkallingshjelp, selv om disse gjentar seg årlig og dermed kanskje kan anses å dekke et vedvarende behov i bedriften. Arbeidstaker dekker da virksomhetens reelle behov for ekstrahjelp, og siden det ikke er et ubetinget krav at det arbeid den tilkallingsansatte utfører atskiller seg fra de faste ansattes arbeideoppgaver, er dette tillatt. Dette innebærer at adgangen til å benytte midlertidige

tilsigelsesavtaler begrenser seg til bedrifter med et tidsavgrenset behov for ekstra arbeidskraft, for eksempel der det behøves ekstrahjelp under innhøstingen i jordbruket eller under høysesongen turistnæringen.

Foreligger det på den annen side et arbeidskraftbehov begrunnet i generelle eller jevne svingninger i bedriftens konjunktur vil det foreligge et stabilt arbeidskraftbehov⁹. Dette vil også gjelde dersom et arbeidskraftbehov foreligger på grunn av budsjettmessige eller økonomiske hensyn, ved for eksempel omorganiseringer. Behovet vil da ikke være sporadisk eller tidsavgrenset, og er derfor ikke nok til å begrunne at arbeidstaker er ansatt på midlertidig basis. Dersom tilsigelsesavtaler benyttes utover arbeidsgiverens ekstra og midlertidige behov for hjelp i både travle og roligere perioder, foreligger det ordinære løpende arbeidsoppgaver begrunnet i et generelt arbeidskraftbehov, som må tale i retning av at det foreligger en fast ansettelse, jf. Ot.prp.nr.50(1993-94) s.178.

Grensen mellom sesongmessige og generelle variasjoner kan imidlertid være vanskelig å trekke. Vil for eksempel en sesongbasert bedrifts generelle utvidelse av sin virksomhet falle innenfor den ene eller annen kategori? Eller vil en forutsigbar og stabil, men periodevis etterspørsel etter bedriftens tjenester anses som en generell utvidelse slik at en tilkallingsansatt må sies å dekke et vedvarende behov for arbeidskraft i bedriften? Disse grensetilfeller må avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. I følge forarbeidene vil en gjentatt fornyelse av midlertidige arbeidsavtaler begrunnet i nye eller andre arbeidsoppgaver kunne bli å anse som et bevis for at det foreligger et mer permanent behov for arbeidstakeren, og at den midlertidige tilsettingen dermed er en omgåelse av stillingsvernet, jf. Ot.prp.nr.50(1993-94) s.166. Et moment i vurderingen er således arbeidstakers stillingsvern. Ettersom hensikten med å innføre reglen i aml. (1977) var å vanskeliggjøre omgåelse av stillingsvernreglene ved tidsavgrensede arbeidsavtaler, må ordlyden i § 14-9, (1) bokstav a) tolkes på bakgrunn av dette^{10 11}.

⁹ Jf. Ot.prp.nr.50(1993-94) s.179 og Ot.prp.nr.49(2004-05) s.214 (pkt. 16.2.3)

¹⁰ Jf. Innst.O.nr.2(1994-95) s.32 flg. og Ot.prp.nr.50(1993-94) s.164.

Dette innebærer at dersom tilsigelsesavtalen reelt sett må betraktes som en omgåelse av arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse vil den kunnes settes til side av domstolene. I følge fast praksis vil dette være tilfelle uavhengig av om hensikten med avtalen ikke var å omgå disse bestemmelsene fra arbeidsgivers side. Dette vil kunne være tilfelle dersom situasjonen har utviklet seg til et fast arbeidsforhold uten at arbeidsgiver har blitt klar over dette. Det tillegges derfor arbeidsgiveren et objektivt ansvar å forsikre seg om at ansettelsesforholdet er i overensstemmelse med lovens bestemmelser.

Rt.1997 s.277 omhandler et slikt tilfelle¹². Saken gjaldt tre arbeidstakere som utførte arbeid ved forskjellige messearrangementer ved Norges Varemesse. Saksøkerne mente det forelå en oppsigelse da de ikke lenger ble innkalt av arbeidsgiver til å utføre arbeid. Høyesterett kom til at saksøkerne var å anse som fast ansatte i deltidsstilling, og begrunnet dette med at arbeidsforholdet var knyttet til arbeidsgiverens regelmessige behov for å få disse arbeidsoppgaver utført. Dette gjaldt selv om behovet ikke oppsto daglig. At arbeidets art lå innenfor varemessens forretningsmessige kjerneområde var avgjørende for at arbeidstakerne ble ansett å tilfredsstille bedriftens generelle arbeidskraftsbehov, og det falt dermed utenfor bestemmelsen om midlertidig ansettelse.

På bakgrunn av dette foreligger det et generelt arbeidskraftbehov, dersom behovet for arbeidstakeren vedvarende inngår som et nødvendig ledd i virksomhetens ordinære drift. Det må her legges vekt på om arbeidstakeren utfører arbeid som normalt og løpende utføres i den generelle driften av virksomheten. Dersom det foreligger et stabilt arbeidskraftbehov taler dette i retning av fast ansettelse.

¹¹ Tolkningen av § 14-9 (1) bokstav a) er fortsatt relevante og videreføres i sin helhet i Ot.prp.nr.24(2005-06) punkt 4.1.

¹² Saken gjaldt et videre kjæremål, slik at kjøremålsutvalget hadde en begrenset overprøvningsrett i medhold av tvistemålsloven § 404.

3.2 Arbeidsgiverens arbeidskraftbehov ved vikariater

I samme grad som ved faste tilsigelsesavtaler forøvrig vil det være et sentralt element i vurderingen hvorvidt arbeidsgiver har et generelt behov for vikarer i virksomheten.

Vurderingen skiller seg likevel fra drøftelsen ovenfor under punkt 3.1, fordi det generelle arbeidskraftbehovet ved vikariater som utgangspunkt skal vurderes opp mot bedriftens fraværskvote og ikke på grunnlag av arbeidsgiverens totale arbeidskraftbehov.

Vurderingsgrunnlaget er snevrere, fordi det her vil tale i retning av en fast ansettelse dersom arbeidsgivers generelle arbeidskraftbehov kan føres tilbake til en annen årsak enn høyt fravær i virksomheten. Dette innebærer i realiteten at vedkommende lettere vil kunne anses som fast ansatt dersom han er tilkallingsvikar.

Spørsmålet om hvor grensen for lovlig midlertidige vikariater skal trekkes, løses etter § 14-9 (1) bokstav b).

”Arbeidstaker skal ansettes fast. Avtale om midlertidig ansettelse kan likevel inngås...
b) for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat),”

Det fremgår av Ot.prp.nr.50(1993-94) s.165 at det er i strid med loven å inngå løpende, kortvarige vikaravtaler for å dekke et konstant behov for vikartjeneste innen en virksomhet, slik at behovet for å dekke fraværet må være midlertidig. Forarbeidene presiserer at lovens bestemmelse og formål sett i sammenheng i spesielle tilfeller kan sette ytterligere grenser for hvor langt det kan avtales fortløpende midlertidige vikariater. Det må eksempelvis kunne være tilfelle dersom arbeidstakerens behov for stillingsvern gjør seg særlig gjeldende, fordi de midlertidige vikariatene har skapt et spesielt tilknytnings- og avhengighetsforhold mellom partene.

Proforma vikariater eller avtaler som inngås for å omgå lovens bestemmelser vil i alle tilfelle kunne settes til side av domstolene, jf Ot.prp.nr.41(1975-76) s.71. Dette gjelder også vikaravtaler som er utilbørlige for arbeidstakeren. Det gjelder derfor et krav om at det foreligger et reelt vikarbehov i virksomheten. Det foreligger en omgåelse av lovens regler dersom arbeidstakeren betegnes som vikar når han i realiteten fyller en ordinær

arbeidsplass. Dette kommer på spissen når vikariatet fortløpende fornyes av arbeidsgiveren. Dekker den tilkallingsansatte i realiteten et stabilt arbeidskraftbehov og således en ledig stilling, taler det i retning av fast ansettelse. Det må etter dette avgjøres om det foreligger et reelt vikariat der vikaren fyller en bestemt stilling ved fravær, eller om vikaren benyttes for å dekke et kontinuerlig behov for arbeidskraft. På dette grunnlag blir spørsmålet når arbeidsgiveren kan sies å ha et generelt arbeidskraftbehov.

Spørsmålet ble reist i Rt.1989 s.1116, der en servicearbeider hadde arbeidet som vikar på Statfjordfeltet i to og et halvt år i henhold til vikaravtaler for hver gang hun var ute på feltet. Saksøker gjorde med vekslende avbrudd tjeneste av ulik varighet ved faste ansattes fravær. Høyesterett kom til at vikarordningen som virksomheten praktiserte var i strid med arbeidsmiljøloven. Førstvoterende uttalte at selv om det ikke er noe i veien for å benytte samme vikar ved flere anledninger, er det grenser i lovens bestemmelser og dens formål for hva som lovlig kan avtales av fortløpende vikarer uten at vikaren nyter godt av et stillingsvern. I denne saken hadde bedriften et sykefravær som lå stabilt på 10-14 %, noe som ble ansett som et stort, forutsigbart og stabilt fravær blant arbeidstakerne. Ansettelsesforholdet bar derfor preg av at arbeidstakeren ”fast, over lang tid, har fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften.” Virksomheten hadde i realiteten behov for ytterligere en fast ansatt for å dekke fraværskvoten, og det løpende vikariatet var derfor ulovlig. Dette gjaldt selv om virksomheten hadde tilstrekkelig arbeidskraft til å fungere dersom ingen var fraværende.

Dommen kan, i overensstemmelse med lovens forarbeider, tolkes dit hen at hvis det foreligger et generelt behov for vikarer må vedkommende ansettes fast idet det i realiteten er nødvendig med en ny tilsetting i virksomheten.

Ifølge dommen er det en forutsetning at vikaren fast og over lengre tid har fylt hele eller deler av dette vikarbehovet. Når det gjelder hvilke krav som stilles til varigheten og stabiliteten av arbeidsforholdet vises det til drøftelsen nedenfor under punkt 3.3.

Det kan reises spørsmål ved om det foreligger en ulovlig midlertidig ansettelse hvis bedriften dekker det permanente vikarbehovet med stadig nye vikarer. På en måte vil dette innebære en omgåelse av lovens regler om midlertidig ansettelse. På den annen side gjelder retten til fast ansettelse ved ulovlig midlertidig tilsetning kun dersom bruken har vært lovstridig overfor den individuelle arbeidstakeren. Dette kan begrunnes med at de samme hensyn ikke gjør seg gjeldende i et tilfelle som det her skisserte, fordi et krav om stillingsvern for den enkelte arbeidstaker ikke har betydning i samme grad. Det kan derfor hevdes at arbeidstakeren heller ikke kan sies å ha en berettiget forventning om fast ansettelse. Det må derfor legges til grunn at det her foreligger en mulighet for omgåelse fra bedriftens side.

Argumentasjonen i Rt.1989 s1116 er fulgt opp i underrettspraksis. RG 1991 s.367 og LB-2005-26146 nevnes til illustrasjon for å kunne slå fast den nærmere grensen for når arbeidsgiveren kan sies å ha et generelt arbeidskraftbehov.

RG 1991 s.367 gjaldt det motsatte tilfelle der saksøker fra februar 1978 til mars 1987 hadde vikariert i forskjellige stillinger som pleieassistent ved et sykehus. Bortsett fra et ca. halvannet års opphold og enkelte andre kortvarige avbrudd hadde saksøker nærmest kontinuerlig arbeidet ved sykehuset. Da siste vikariat utløp fikk han beskjed om at hans arbeidsforhold var opphørt, men lagmannsretten kom til at det forelå et fast ansettelsesforhold. Selv om det hadde vært vikariert for bestemte ansatte, la retten avgjørende vekt på at det månedlige fraværet lå på ca 15 til 20 %, slik at han gjennom sitt arbeid ved sykehuset hadde ”fylt et generelt, stort vikarbehov ved bedriften”.

I den nylig avsagte dommen inntatt i LB-2005-26146 kom flertallet til at det forelå en lovlig midlertidig ansettelse. Avgjørelsen er i skrivende stund ikke rettskraftig. Saken gjaldt en tilkallingsvikar ved Akershus fylkeskommune. Av den skriftlige avtalen fremgikk det at den tilkallingsansatte skulle anses som vikar eller som fast ekstrahjelp og skulle tilbys vakter fortrinnsvis etter behov. Han hadde ikke krav på en bestemt arbeidstid eller et visst antall minimumsvakter, men sto fritt til å avslå eller akseptere de vaktene han ble tilbudt.

Det ble presisert at avtalen skulle anses som en midlertidig avtale. Etter gjennomført kurs tok saksøkeren en del vakter ved ambulansetjenesten i Oslo sommeren og høsten 2001. Fra januar 2002 begynte han å ta vakter ved ambulansetjenesten i Akershus i samsvar med avtalen, og han tok da vakter parallelt innenfor ambulansetjenestens forskjellige avdelinger. I avdelingen i Nittedal arbeidet han til sammen 407 timer i 2002, mens i Nes arbeidet han 452 timer fra september 2002 til februar 2003. I forbindelse med vaktene fylte saksøker ut et skjema kalt ”arbeidsavtale vikarer/ ekstrahjelp- sporadisk vakt ved innkalling” der vaktene ble ført inn fortløpende. Den 13. februar 2003 fikk saksøker beskjed av leder for avdelingen i Nes at han ikke lenger ville bli benyttet i ambulansetjenesten i Akershus.

Lagmannsretten presiserte hvilke krav som stilles til den nødvendig grunnbemanning for å unngå at det foreligger et generelt arbeidskraftbehov. Ambulansetjenesten hadde nok faste ansatte til å dekke tjenestens behov når alle var tilstede. Retten la imidlertid til grunn, i medhold av Rt.1989 s.1116 at det etter en konkret vurdering må kunne kreves ”permanent overbemanning” dersom det er nødvendig for å dekke et stabilt, jevnt og forutsigbart fravær. Det kunne likevel ikke kreves at virksomheten ble sittende med et overtall av faste ansatte. I tillegg til feriefravær, permisjoner og annet fravær hadde virksomheten et sykefravær på ca åtte prosent, noe som tilsvarende ni faste ansatte på heltid. Det forelå da et varig behov for arbeidskraft. Retten går ikke inn på hva som ligger i permanent overbemanning. Det må kunne legges til grunn at det vurderes ut fra hvilken virksomhet det er tale om.

I TOSLO-2004-11711 presisert retten at spørsmålet om det foreligger et generelt arbeidskraftbehov må vurderes ut i fra den aktuelle organisatoriske enhets- og stillingskategori og ikke med utgangspunkt i bedriften under ett. Vurderingen skulle begrenses til overlegetillinger ved avdelingen og ikke legetillinger generelt ved sykehuset. Dommen er også illustrerende, fordi den legger til grunn at vurderingen av spørsmålet kun skal knyttes til andre midlertidige vikariater i virksomheten og ikke midlertidige ansettelser generelt. Retten fant det ikke relevant å trekke inn midlertidig

ansatte i medhold av utdanningsstillinger, blant annet fordi stillingsvernet gjør at de skiller seg fra andre typer midlertidig ansettelse.

Etter dette kan det synes som om grensen for hva som lovlig kan avtales av fortløpende vikariater er overskredet dersom det varig og stabile fraværet ligger på ca 10 %. Hvorvidt det foreligger et varig og stort arbeidskraftbehov, vil måtte vurderes ut fra virksomhetens organisatoriske enhet. Det stilles krav om en permanent overbemanning i bedriften, slik at det er uten betydning om det er tilstrekkelig antall faste ansatte når ingen er fraværende.

3.2.1 Spesielle forhold ved virksomheten

De vurderingskriteriene som er nevnt i punkt 3.2 taler for at det er tilstrekkelig med en prosentvis kalkulasjon for å vurdere om bedriften har et varig behov for vikarens arbeidskraft. Dette gjelder i motsetning til ved tilsigelsesavtaler for øvrig, der man foretar en mer skjønnsmessig vurdering på grunnlag av hvilke arbeidsoppgaver arbeidstakeren har utført i virksomhetens drift, jf punkt 3.1. Det kan imidlertid i tilknytning til vikaravtaler stilles spørsmål ved om det er relevant å ta spesielle forhold ved virksomheten med i betraktning og således også her foreta en mer skjønnspreget vurdering. Dette kan være fornuftig for å kunne ivareta ulike særegenheter og hensyn som gjør seg gjeldende i forskjellige bransjer.

I tråd med forarbeidene og begrunnelsene bak reglene om midlertidig ansettelse skal hensynet til arbeidstakerens stillingsvern veie tyngre enn arbeidsgiverens behov for å kunne dimensjonere arbeidstakerne fleksibelt, jf. Ot.prp.nr.50 (1993-94) s.164, Innst.O.nr.2(1994-95) s.32 flg. og Ot.prp.nr.24(2005-2006) avsnitt 2.3¹³. I Rt.1989 s.1116 fant Høyesterett

¹³ Arbeidsmiljølovens § 1-1 bokstav e) ble i forbindelse med innføringen av aml. (2005) foreslått endret til å også ta inn hensynet til arbeidsgiveren og samfunnet, jf. NOU-2004-05 og Ot.prp.nr.49(2004-05, begge §1-1 bokstav e). Dette ble imidlertid foreslått opphevet i Ot.prp.nr.24(2005-06) avsnitt 2.3, slik at den gamle formålsparagrafen i det vesentlige ble videreført i aml. (2005).

derfor at man ikke kunne avgjøre lovligheten av vikaravtalene ut fra særegenhetene ved arbeidsforholdet på plattformene i Nordsjøen, selv om kravene til bemanningen kunne skape behov for vikarer på korteste varsel. Dette gjaldt i hvert fall ikke når behovet for vikarer var så stort som i denne saken, og uttalelsen er for så vidt generell. Høyesterett holder det åpent om momentet kan ha noe betydning i saker hvor behovet for vikarer er mindre. Dommen slår fast at man ikke kan trekke bestemte slutninger om lovligheten av vikaravtaler ut fra de spesielle arbeidsforholdene alene. Tilsvarende fremgår av RG 1991 s.367, der lagmannsretten presiserte at det uensartede arbeidet ved de pleiepostene på et sykehus og de høye krav til bemanningens kvalifikasjoner som stilles ikke gjør at arbeidsforholdet er så særegent at man kan tillate en videre bruk av vikarer uten fast ansettelse enn ellers. I disse dommene synes således listen for kunne tillegge særegenheter ved virksomheten i den konkrete vurderingen å ligge høyt og uansett ikke kunne forsvare et høyt vikarbruk.

I avgjørelsen publisert i LG-2002-1045 kan det virke som om retten er mer tilbøyelig til å ta momentet i betraktning. Saken gjaldt en mann som hadde vært midlertidig ansatt som vikar i to år ved et kommunalt brannvesen og som ikke fikk medhold i sitt krav om fast ansettelse. Lagmannsretten uttalte at siden arbeidsforholdene ved brannstasjonen var noe spesielle, kunne dette i seg selv tilsi en noe videre adgang enn ellers til å benytte seg av vikarer. Retten viser deretter til at spesielle forhold ikke kunne gis avgjørende betydning i Rt.1989 s.1116, slik at retten likevel synes å følge den tidligere rettstilstanden. I denne saken forelå det et reelt vikariat på tross av de spesielle forholdene ved tjenesten, slik at spørsmålet likevel ikke kom på spissen.

I LB-2005-26146 går retten videre og argumenter, i motsetning til forarbeidene og tidligere praksis, med at spesielle forhold ved virksomheten kan begrunne og forsvare et generelt og stort vikarbehov. Det kunne derfor i saken ikke legges avgjørende vekt på at bedriften dekket et generelt, stort behov for arbeidskraft ved bruk av tilkallingsvikarer. Retten mente at dette var nødvendig for å kunne ta stilling til hvorvidt virksomheten hadde tilstrekkelig grunnbemanning, fordi slike forhold kunne berettige en rimelig grunn for arbeidsgiver til å

operere med et høyt vikarbruk. I dette tilfellet ble virksomheten ansett spesiell fordi ambulansetjenesten krevde døgnkontinuerlig bemanning som ikke ga anledning til å ansette faste tilkallingsansatte. Det dreide seg videre om en relativt liten virksomhet med kontinuerlige skifteordninger, som var geografisk spredt og separert, samt der risikoen for overbemanning var større enn ved andre virksomheter.

I tillegg til å legge vekt på spesielle forhold ved tjenesten ønsket retten å være tilbakeholden med å overprøve arbeidsgiverens vurdering av hva som var mulig og hensiktsmessig vikarbruk. Dette begrunnes med at bruken av ekstrahjelp bygger på en langvarig og omfattende praksis i helsevesenet, der det åpenbart er nødvendig med en viss fleksibilitet i vurderingen. Lagmannsretten bruker dette momentet til støtte for synet om at ambulansetjenesten preges av særegne forhold og legger avgjørende vekt på at det ikke foreligger et generelt vikarbehov begrunnet i de spesielle forholdene.

Det kan stilles spørsmål ved om det er relevant å ta spesielle forhold i betraktning fordi rettstilstanden har endret seg. På en side er dommen kun et eksempel på at det skal foretas en konkret vurdering. Ambulansetjenesten er i likhet med oljeplattformer basert på døgnkontinuerlig skifteordninger. Den skiller seg likevel fra plattformvirksomheten ved at den har geografisk baserte avdelinger og at den preges i stor grad av uforutsigbarhet og en lang praksis for bruk av nødvendig ekstrahjelp. Dessuten kan det være at vurderingen går lengre i retning av å ivareta hensynet til arbeidstakere i plattformvirksomheten enn i helsevesenet på grunn av den fleksibilitet som kreves av ansatte på oljeriggene.

På en annen side kan det reises spørsmål ved om domstolene har blitt mer tilbakeholdne med å overprøve organiseringen av særegne bransjer ved å ta hensyn til driftsmessige behov og således hva som er mulig og hensiktsmessig i virksomheten. Særlig gjelder dette helsesektoren hvor flere kryssende hensyn gjør seg gjeldende, slik at arbeidstakerens stillingsvern synes å skyves i bakgrunnen. Dette kan spesielt tenkes dersom det foreligger en fast praksis med bruk av midlertidige ekstrahjelp, slik at retten ikke anser seg kompetent til å gripe inn i arbeidsgivers styringsrett, men ønsker å gi arbeidsgiver et visst

slingringsmann i hvordan han ønsker å organisere virksomheten av antall faste ansatte. Momentet må av hensyn til arbeidstakerens stillingsvern i alle tilfelle anvendes med forsiktighet. Her blir det interessant å se hvordan rettstilstanden utvikler seg i fremtidig praksis.

3.3 Langvarige og stabile arbeidsforhold

Dersom bedriften har et varig arbeidskraftbehov, må det videre tas stilling til om arbeidstakeren har fylt dette behovet helt eller delvis over tid. Dersom arbeidsforholdet skal være lovlig midlertidig inngått må det etter ordlyden i § 14-9 (1) bokstav a) gjelde for et bestemt tidsrom i tråd med slik bestemmelsen lød i aml. (1977) § 58A. I følge forarbeidene gjelder regelen kun ved avgrensede arbeidsforhold og arbeidsoppgaver med et tidsbegrenset preg, jf. Ot.prp.nr.50(1993-94) s.165. Overgangen mellom varige arbeidsoppgaver og mer avgrensede arbeidsoppgaver kan være vanskelig å trekke da en avgrenset arbeidsoppgave kan strekke seg over flere år og tidsaspektet kan være vanskelig å angi nøyaktig på ansettelsestidspunktet. Dersom arbeidet er definert i art og omfang, er det ikke et ubetinget krav at arbeidsforholdets varighet er angitt, jf. Ot.prp.nr.50(1993-94) s.166.

Ved tilsigelsesavtaler er det som regel ikke er angitt når arbeidet skal anses avsluttet, samtidig som arbeidstakeren ofte skal arbeide ved arbeidsgiverens behov og på hans premisser. Arbeidets art og omfang vil derfor ofte være uforutsigbart. I tilsigelsesforhold vil derfor arbeidsforholdet mellom partene kunne utvikle seg til å bli langvarig, stabilt og regelmessig, som er momenter som taler i retning av fast ansettelse. Det rettslige spørsmålet som da reises er når arbeidsforholdet må anses for fast, der arbeidstakeren langvarig og stabilt har fylt et generelt arbeidskraftbehov i virksomheten. I følge forarbeidene må dette vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Lengden vurderes fra ansettelse til opphør og av betydning for stabiliteten er den kontinuitet og regelmessighet arbeidsforholdet innebærer.

Forarbeidene til aml. (1977) § 58A presiserer at det i den konkrete helhetsvurderingen blant annet skal legges vekt på om det forligger forhold eller hensyn, som gjør det nødvendig med en tidsavgrenset arbeidsavtale, jf. Ot.prp.nr.50(1993-94) s.165. Ved langvarige arbeidsforhold vil arbeidstaker kunne få et sterkere tilknytningsforhold til arbeidsgivers virksomhet, og hensynet til ivaretagelse av arbeidstakers stillingsvern vil derfor veie tungt. Dette begrunner også at vilkåret ”arbeidets karakter” må tolkes strengt jf. Rt.1985 s.1141.

For å avgjøre hvor langvarig et arbeidsforhold skal være før det må anses som en fast ansettelse må ordlyden i § 14-9 (1) bokstav a) tolkes i sammenheng med den nye reglen i aml. (2005) § 14-9 (5) 2. punktum.

”For arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år kommer reglene om oppsigelse av arbeidsforhold til anvendelse.”

Ved innføringen av arbeidsmiljøloven (2005) ble det etter endringsforslag i Ot.prp.nr.24 bestemt at den nye loven ikke var ment å utvide den tidligere adgangen til midlertidig ansettelse, og § 14-9 (5) 2. punktum må i medhold av dette tolkes som en absolutt bestemmelse og ikke som en minimumsregel. § 14-9 bokstav a) og b) er en videreføring av aml. (1977) § 58A bokstav a) og b), og skal tolkes på tilsvarende måte. Innføringen av den nye bestemmelsen endrer derfor ikke rettstilstanden i de tilfeller det tradisjonelt har foreligget et kontinuerlig arbeidsforhold med kortere varighet enn fire år, som har blitt ansett som et fast ansettelsesforhold i medhold av bokstav a). Rettspraksis fra før innføringen av bestemmelsen vil fortsatt ha relevant betydning i vurderingen av slike tvilstilfeller. Dette underbygges av at reglen er begrunnet med et ønske om å hindre at ansettelser varer utover et for langt tidsrom og gjenopptas i for stor utstrekning i tråd med Direktiv 1990/70/EF § 5 nr.1 bokstav b)¹⁴, jf. Ot.prp.nr.49(2004-05) s.218 (pkt.16.4.3).

¹⁴ EUs Rådskdirektiv 1990/70/EF av 28. juni 1999, rammeavtale om tidsbegrensede ansettelser inngått mellom EFF, UNICE og CEEP. Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å implementere EU-direktivene om såkalte atypiske arbeidsforhold, dvs. deltid og midlertidig ansettelser.

Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-9 har derfor samlet sett enn snevrere adgang til midlertidig ansettelse enn bestemmelsen i aml. (1977) § 58A.

Reglen er i utgangspunktet forholdsvis enkel å anvende når det er angitt en absolutt tidsgrense og vil redusere en omgåelsesfare fra arbeidsgiver. Bestemmelsen vil videre rydde en del uklarheter av veien som tidligere har forligget i forhold til den skjønsmessige ordlyden i bokstav a). Dersom en tilkallingsansatt har arbeidet sammenhengende i fulltidsstilling i fire år er dette uproblematisk.

Problemer kan imidlertid oppstå i de tilfelle der en tilkallingsansatt har arbeidet kontinuerlig i en bedrift i mer enn fire år, slik at vedkommende i utgangspunktet synes å komme inn under ordlyden i § 14-9 (5) 2. punktum, men hvor han har ikke arbeidet fulltid. Sagt på en annen måte er spørsmålet om det stilles krav om en viss stillingsprosent for å oppfylle lovens vilkår om fast ansettelse i mer enn fire år.

Ordlyden og forarbeidene går ikke konkret inn på spørsmålet, og løsningen vil derfor være usikker. Det kan på den ene side hevdes at man må kunne legge til grunn at dersom man har arbeidet tilnærmet 100 %, vil den absolutte fristen kunne anvendes dersom de øvrige vilkår i bestemmelsen er oppfylt. Imidlertid er det kanskje ikke nødvendigvis gitt at man kan si det samme i de tilfeller stillingsprosenten er så lav at arbeidstaker ikke kan sies å ha den samme berettigede forventning om fast ansettelse og det stillingsvern som følger av denne. På den annen side kan man hevde at den konkrete stillingsprosent kanskje ikke bør være avgjørende for om man nyter godt av et stillingsvern, men at man heller bør se på det reelle tilknytningsforholdet som har etablert seg mellom partene. Eksempelvis en arbeidstaker som har blitt tilkalt på mer eller mindre fast basis i fire år, men kun en dag i uken, slik at stillingsprosenten er lav, men hans eller hennes forventning om arbeid er berettiget på grunn av den kontinuitet arbeidsforholdet har hatt. Dette kan underbygges av uttalelsen i forarbeidene om at dersom arbeidstakeren har vært ansatt i en og samme virksomhet i over fire år, vil det i seg selv indikere et stabilt behov for arbeidskraft, jf NOU-2004-05 s.303 (pkt.15.3.7). Når denne forståelsen legges til grunn vil regelen få

oppnådd sin hensikt, nemlig å bidra til å unngå at enkelte arbeidstakere blir gående på midlertidige kontrakter over for lang tid.

Ettersom lovteksten stiller krav om ”sammenhengende” midlertidig ansettelse, må det videre tas stilling til hva som ligger i dette. Vilkåret går igjen i arbeidsmiljøloven og skal som regel tolkes likt i de forskjellige sammenhenger, og da det ikke finnes holdepunkter for det motsatte vil dette også legges til grunn her. Å fastsette det nærmere innholdet i vilkåret vil belyse hvilken mulighet arbeidsgiver har til å omgå reglene knyttet til arbeidstakers stillingsvern. Arbeidsgiverne kan for eksempel ansatte en tilkallingsansatt etter behov og hevde at det foreligger et avbrudd mellom hver gang han engasjeres. På den måten vil arbeidstakeren aldri få muligheten til å oppnå et arbeidsforhold med varighet på fire år. Det må derfor sees hen til i hvilken grad det er adgang for arbeidsgiveren til å hevde at arbeidsforholdet er avbrutt.

Det følger av Ot.prp.nr.49(2004-05) s.219 (pkt.16.4.3) at kortvarige avbrudd i tjenesten ikke nødvendigvis medfører at forholdet anses avbrutt. Vurderingen vil avhenge av begrunnelsen for avbruddet og en totalvurdering av ansettelsesforholdet. Så lenge tjenesteforholdet består vil derfor ikke fravær i form av for eksempel permisjon eller sykdom føre til at tjenesten anses avbrutt. Fraværsperioden skal imidlertid normalt trekkes fra ved beregningen av ansettelsesforholdets lengde, jf NOU-2004-05 s562 kap.23. Dette er i overensstemmelse med tolkningen av vilkåret generelt i arbeidsmiljøloven.

Det foreligger også en sammenhengende tjeneste dersom arbeidsforholdet er inngått etter ulike hjemler, eksempelvis dersom den tilkallingsansatte har vært ansatt i medhold av både bokstav a) eller b) i § 14-9. Tjenesten vil videre være sammenhengende dersom arbeidet er utført i ulike virksomheter, så lenge det er samme arbeidsgiver som driver disse virksomhetene. Dette er også situasjonen ved virksomhetsoverdragelser der det skjer et skifte av arbeidsgiver. Er det utført tjeneste i selvstendige selskaper i et konsern, vil

tjenesten i utgangspunktet ikke anses sammenhengende¹⁵. Høyesterett har imidlertid i enkelte tilfeller kommet til at morselskapet i et konsern kan ha et arbeidsgiveransvar¹⁶.

Det kan reises spørsmål ved om tjenesteperioden skal anses sammenhengende dersom det midlertidige arbeidsforholdet utsettes, fordi arbeidsgiver har glemt å varsle arbeidstaker om arbeidsforholdets opphør etter § 14-9 (4). Dersom den ekstra måneden arbeidstakeren har krav på gjør at arbeidsforholdet overskrider fire år, og det anses som sammenhengende, foreligger det en fast ansettelse. Forarbeidene tar ikke opp spørsmålet, og løsningen må derfor antydes på bakgrunn av hensynet med varslingsreglen. På en side er fristen kun en ordensregel og gitt av hensyn til arbeidstakerens forutberegnelighet. Den er således ikke gitt av hensyn til arbeidstakerens stillingsvern og vil ikke nødvendigvis indikere at det foreligger et fortsatt arbeidskraftbehov. Sånn sett kan en slik rettsvirkning anses for inngripende for arbeidsgiveren. På den annen side tilsier hensynet og formålet bak bestemmelsen om midlertidig ansettelse at arbeidstakeren skal vernes mot utnyttelse, og at varigheten av midlertidige ansettelser skal begrenses til det absolutt nødvendige. Dessuten er det arbeidsgiveren som kan bebreides for at varselet ikke er gitt i rett tid til arbeidstakeren, og konsekvensen må derfor antas å bli at arbeidstaker må anses å ha fast ansettelse i slike tilfeller.

Etter innføringen av § 14-9 (5) 2. punktum må vurderingen av om hvorvidt en arbeidstaker skal anses å være fast eller midlertidig ansatt, gjelde tilsigelsesavtaler med kortere varighet enn sammenhengende fire år etter den relative reglen i § 14-9 (1) bokstav a). I rettspraksis har spørsmålet om arbeidsforholdets langvarighet, regelmessighet og stabilitet vært en sentral del av vurderingen om det foreligger et fast ansettelsesforhold.

Spørsmålet ble drøftet i Rt.1968 s.725. Saken gjaldt retten til feriegodtgjørelse ved industrielt hjemmearbeid for en skofabrikk. Det var ikke inngått noen arbeidsavtale eller instruks for arbeidet. Saksøker hadde hatt en årsarbeidstid på henholdsvis ca 1250 og 1685

¹⁵ Jf. Arbeidsrett.no, elektronisk kommentar til arbeidsmiljøloven, § 14-9 note 13

¹⁶ Se Rt.1990 s.1126.

timer for de to årene hun jobbet, og inntekten av arbeidet var en vesentlig del av hennes og familiens levevei. Høyesterett kom til at det forelå et fast arbeidsforhold slik at saksøker var å anse for en arbeidstaker med rett til feriepenger i henhold til ferieloven. Avgjørelsen ble særlig begrunnet med at det forelå et fast og varig arbeidsforhold, som var regelmessig utført i et betydelig omfang.

I Rt.1969 s.1419 kom spørsmålet på nytt opp for Høyesterett. Problemet gjaldt om det forelå et fast arbeidsforhold i henhold til ferielovens bestemmelser og hvorvidt saksøker hadde rett på feriegodtgjørelse. Saken gjaldt en musiker som NRK hadde engasjert til å delta i til sammen 77 programmer, 33 radioprogrammer og 44 fjernsynsprogrammer i løpet av en periode på et år. Musikeren ble engasjert særskilt for hver enkelt opptreden og fikk betaling per engasjement. Dette utgjorde en vesentlig del av hans inntekt som musiker. For rett til feriegodtgjørelse måtte arbeidet ha en varighet på minst seks dager, men ingen av engasjementene hadde vart så lenge. Høyesterett kom til at han ikke hadde krav på feriegodtgjørelse, fordi rekken med enkeltstående engasjementer ikke ble ansett som et sammenhengende arbeidsforhold. Det var ikke forenelig med loven til å legge flere enkeltstående engasjementer sammen for derved å oppnå minimumstiden. Det kunne dermed ikke foretas en vurdering der antall oppdrag eller samlet arbeidstid ble utslagsgivende. Flertallet begrunner avgjørelsen på følgende måte;

”Jeg kan imidlertid ikke se at lovens ordlyd eller dens forarbeider gir noe grunnlag for forskjellige løsninger etter som engasjementene var leilighetsvise og tilfeldige eller de var hyppige når det – som i nåværende tilfelle – er på det rene at hvert engasjement representerer et enkelt og avsluttet oppdrag med varighet mindre enn 6 dager.”

I denne saken forligger det en motsatt tendens hos Høyesterett, idet flertallet ikke legger de enkeltstående arbeidsoppdrag sammen for å avgjøre om det foreligger et fast arbeidsforhold. Dette samsvarer ikke med at det er rettsutviklingen under ett slik den har utviklet seg over tid, som skal legges til grunn. Det er imidlertid reist spørsmål i teorien hvilken vekt flertallets begrunnelse skal tillegges under dette spørsmålet, fordi avgjørelsen i seg selv ikke var til ugunst for arbeidstakeren. Han hadde allerede fått utbetalt feriegodtgjørelse gjennom de høye utbetalingene for hvert enkelt engasjement, og dersom

retten skulle komme til at han hadde krav på feriegodtgjørelse ville han ha blitt tilkjent dobbeltbetaling¹⁷.

I likhet med avgjørelsen fra Rt.1968 s.725, la Høyesterett i Rt.1989 s.1116 til grunn at arbeidet bar preg av stabilitet gjennom lengre tid. Saksøker ble ansett som fast ansatt, selv om hun hadde enkelte kortvarig avbrudd, fordi hennes noenlunde kontinuerlige tjenestegjøring ikke atskilte seg vesentlig fra skifteordningen for faste ansatte servicearbeidere. Tilsvarende argumentasjon ble lagt til grunn i Rt.1997 s.277, der Kjæremålsutvalget i det vesentlige var enig med lagmannsretten at de hadde lagt vekt på varigheten av arbeidet¹⁸.

Avgjørelsen i Rt.2005 s.826 bygger på en likedan argumentasjon. Saken gjaldt en ekstrahjelp som arbeidet på lageret til et import- og grossistfirma ved navn Kjell Braaten AS. Firmaet leverte tørrmat og ”nonfood- produkter” til dagligvarebransjen. Bedriften mottok varer fra utlandet i containere. Det kom mellom 600 og 700 containere per år, hvorav ca 200 gikk direkte til kunden. De resterende ble fraktet til bedriftens lager, hvor saksøkers arbeidsoppgaver besto av tømning av containere og ompakking av varer. Saksøker arbeidet på lageret fra 1. desember 2001 til 12. november 2002. I denne perioden hadde bedriften om lag 25 personer som var faste ansatt på ordinære vilkår. 7-8 av disse arbeidet på lageret i tillegg til en rekke ekstrahjelper. Ved særlige anledninger ble det leid inn ytterligere ekstrahjelp, for eksempel i form av dugnadsgjenger. Saksøker ble lønnet med timelønn. Skriftlig arbeidsavtale i henhold til dette ble først inngått i oktober 2002. Den 12. november inntraff en episode som medførte at saksøker ble bedt om å forlate arbeidsstedet og arbeidet etter dette ikke ved bedriften. I denne saken var partene enige om at det forelå en ulovlig midlertidig ansettelse, selv om arbeidsforholdet kun hadde vart i

¹⁷ Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, s. 226

¹⁸ Tidsmomentet måtte i seg selv være et sterkt moment til støtte for faste ansettelser i denne saken, fordi arbeidsforholdene hadde varighet på over flere tiår. Denne delen av dommen er idag ikke lenger rettslig relevant etter innføringen av aml. § 14-9 (5) 2. punktum.

elleve måneder. Dette ble ansett tilstrekkelig, fordi arbeidstakeren i denne tiden hadde arbeidet regelmessig ved bedriften i tilnærmet full tid i samme omfang som de ordinært ansatte ved lageret også i perioder hvor det ble påvist at det kom atskillig færre containere til bedriften enn vanlig.

Høyesterettsavgjørelsene viser hvordan momentene innenfor dette spørsmålet avveies mot hverandre. Arbeidsforholdet vil kunne bli å anse for fast, selv om det er kortvarig så lenge det er kontinuerlig og stabilt. I så måte vil det kreves mindre kontinuitet og stabilitet av et arbeidsforhold, som har vart opptil fire år før det må anses å forligge et fast ansettelsesforhold. Det synes i alle tilfelle som om det kreves en viss varighet av arbeidsforholdet før det kan anses fast, fordi et arbeidsforhold ikke vil ha den nødvendige stabilitet og kontinuitet før det har vært praktisert over et visst tidsrom. Etter den forliggende praksis fra Høyesterett kan det antydes en nedre grense på ca et års varighet.

Det forligger en rekke underrettsavgjørelser hvor disse momentene står sentralt i vurderingen. For å belyse momentenes betydning og domstolenes argumentasjonsmønster, er det nødvendig å trekke inn noe relevant underrettspraksis¹⁹.

Illustrerende er Nad-1981-83 s.462, der en ekspeditør i perioden fra april 1979 til våren 1980 var tilkallingshjelp i et tekstilfirma ved behov når det forelå sterkt tidspress eller fravær. I denne perioden var saksøker ikke forpliktet til å møte ved tilkallelse og hennes arbeidstid var varierende. Dette forholdet endret seg da hun fra mai 1980 til midten av januar 1981 arbeidet tilnærmet full dag i bedriften. Hennes arbeidsoppgaver og arbeidstid var den samme som for de øvrige ansatte i både travle og rolige perioder. I midten av januar ga firmaets daglig leder beskjed om at det ikke lenger var behov for henne. Hun måtte derfor øyeblikkelig slutte i firmaet uten noen form for skriftlig oppsigelse. I følge

¹⁹ Se også Nad-1986 s. 854 og RG 1994 s.842 der retten legger tilsvarende argumentasjon til grunn fordi arbeidsforholdet regelmessig ble utført i et stort omfang.

lagmannsretten forelå det en midlertidig ansettelse frem til sommeren 1980, fordi hun da ble tilkalt etter firmaets behov. Fra sommeren ble arbeidsforholdet ansett fast, idet saksøker hadde arbeidet regelmessig tilnærmet full tid i ca 6 måneder. Arbeidsforholdet hadde derfor ikke det tidsbegrensede preg som var en betingelse for at bestemmelsen om midlertidig ansettelse skulle komme til anvendelse.

Tilsvarende argumentasjon er lagt til grunn i Nad-1988 s.885, der arbeidstakeren hadde arbeidet som servitør i en restaurant fra januar til mai 1987. Etter en konflikt med en av gjestene ble saksøker bedt om å forlate arbeidsplassen og arbeidet etter denne episoden ikke ved restauranten. Byretten kom til at arbeidstaker var fast ansatt i deltidansettelse, og at saksøker var blitt urettmessig avskjediget. Avgjørelsen ble begrunnet med at saksøkeren hadde arbeidet regelmessig hver driftsdag med fri annenhver helg i fem måneder.

Det kan synes som om avgjørelsene fra underrettspraksis krever mindre av arbeidsforholdets lengde før det forligger et fast ansettelsesforhold enn avgjørelsene fra Høyesterett. I flere av avgjørelsene fra underrettspraksis har et arbeidsforhold med en varighet på ca seks måneder blitt ansett tilstrekkelig. Dette kan nok begrunnes med at i disse sakene arbeidet arbeidstakeren regelmessig hver dag. Det forelå et mer kontinuerlig arbeidsforhold enn i Rt.1989 s. 1116 og Rt.1997 s. 722, der arbeidstakeren henholdsvis arbeidet på skift og ved bestemte anledninger, slik at det her ble stilt krav om et lengre arbeidsforhold før det forelå fast ansettelse. Dersom dette sammenlikes med LB-2005-26146, vil denne påstanden kunne underbygges. I denne saken la retten til grunn at vikarbrukens omfang og stabilitet ikke var tilstrekkelig til å anse den tilkallingsansatte for fast ansatt. Retten la vekt på at arbeidsforholdets varighet på 13. måneder ikke hadde vært så langvarig som i andre avgjørelser og viste til Rt.1989 s.1116 og Rt.1997 s.277. Selv om LB-2005-26146 omhandlet et tilfelle av lengre varighet enn Rt.2005 s.826, kom lagmannsretten til dette resultatet på bakgrunn av at arbeidsmengden var vesentlig mindre. Saksøker hadde arbeidet i et omfang som i gjennomsnitt tilsvarte i underkant av en halv stilling, og vikariatene varierte i arbeidsmengde fra måned til måned.

Det kan etter denne avgjørelsen, i tråd med avgjørelsene fra Høyesterett, synes som om tidsmomentet nødvendigvis sees i sammenheng med hvor stabilt og regelmessig arbeidet har vært gjennom hele ansettelsesforholdet. Dersom det foreligger et vedvarende arbeidsforhold, som i tillegg er stabilt og regelmessig utført, taler det klart i retning av fast ansettelse.

3.3.1 Arbeidstaker er tilknyttet en vaktliste og en fast turnus

Dersom arbeidstakeren er tilknyttet bedriftens vaktliste og følger en fast turnus, vil arbeidsforholdet i tråd med punkt 3.3 ovenfor kunne utvikle seg til å bli langvarig og stabilt. Dette taler i retning av fast ansettelse, fordi langvarige arbeidsforhold faller utenfor ordlyden om midlertidig ansette. Selv om arbeidstakeren arbeider i henhold til en skifteordning, vil hans arbeidssituasjon ikke skille seg i vesentlig grad fra de faste ansatte dersom han følger en fast turnus. Arbeidstaker vil da kunne ha et tilsvarende tilknytningsforhold til arbeidsgiver, som de øvrige ansatte på ordinære vilkår. Dette er et moment som tillegges vekt i forarbeidene i retning av fast ansettelse, jf. Ot.prp. nr 50 (1993-94) s.166. I den forbindelse har det i Rt.1997 s.277 og Rt.2005 s.826 blitt tillagt vekt at arbeidstakeren har et slikt tilknytningsforhold til virksomheten at han har møtt til arbeid fra gang til gang uten særskilt tilkallelse. Likeledes fremgår av lagmannsretten avgjørelse publisert i Nad-1981-83 s.462.

At arbeidstaker var tilknyttet en vaktliste ble tillagt vekt i Nad-1986 s.935. Saken gjaldt en servitør som hadde arbeidet ved behov inntil hun etter avtale fra oktober 1985 ble tilknyttet den faste vaktlisten ved virksomheten. Fra desember 1985 ble saksøker sykemeldt. Dagen før sykemeldningen utløp fikk hun muntlig beskjed om at det ikke lenger var behov for henne i bedriften. Byretten kom til at hun hadde krav på fast ansettelse, og la blant annet vekt på at hun i likhet med de andre faste arbeidstakerne var tilknyttet bedriftens vaktliste. Tilsvarende vurdering ble foretatt i Nad-1988 s.181, hvor saksøkeren arbeidet som ekstrahjelp fra mars 1983 i restaurantbransjen, der han ble regelmessig innkalt. Fra høsten 1984 gikk saksøker inn i vaktlister med 6- 8 ukers varighet. Byretten uttalte at det foreligger fast ansettelse for arbeidstaker, som har fått en fast tilknytning til virksomheten

gjennom å stå oppført på en egen liste for ekstrahjelp til fastsatte vakter²⁰. Momentet er også lagt til grunn i rettsteorien²¹.

3.3.2 Ansiennitetsprinsippet

Arbeidsgiveren kan benytte seg av ulike tilkallingsansatte i virksomheten, hvorav flere kan ha et rettslig krav på fast ansettelse. Uavhengig av hva som måtte være avtalt i den enkelte tilsigelsesavtale, kan det i tilknytning til tidsmomentet reises spørsmål ved om det ligger et ansiennitetsprinsipp til grunn mellom faste tilkallingsansatte. Problemstillingen er da om arbeidsgiver kan anføre at saksøkeren ikke har krav på fast ansettelse, fordi ekstravakter med lengre tilknytning til virksomheten har fortrinnsrett.

Et ansiennitetsprinsipp går igjen i den arbeidsrettslige lovgivningen, og sammenhengen i regelverket taler derfor for at et slikt prinsipp skal legges til grunn. Hensynet til stillingsvernet og begrunnelsen bak unntaket om midlertidig ansettelser taler imidlertid mot at en slik påstand er rettslig holdbar. Dersom vilkårene for midlertidig ansettelse er overskredet, har vedkommende krav på fast ansettelse uavhengig av de øvrige arbeidstakerne i virksomheten. Det skal således foretas en konkret og individuell vurdering av den enkelte arbeidstaker som reiser sak, noe som taler i retning av at arbeidsgiver ikke kan legge et ansiennitetsprinsipp til grunn.

3.4 Når arbeidstaker står fritt til å avslå det enkelte arbeidsoppdrag

Tilsigelsesavtaler i sin alminnelighet kjennetegnes som nevnt ved at den tilkallingsansatte ikke har en plikt til å påta seg det enkelte arbeidsoppdrag. Det kan reises spørsmål ved hvilken betydning det har for arbeidstakers stillingsvern å være i et tilsigelsesforhold hvor

²⁰ Tilsvarende vurdering er lagt til grunn i Nad-1988 s.885, som er nevnt ovenfor under punkt 3.3

²¹ Henning Jakhelln, op. cit., s.227

dette er tilfelle. Spørsmålet er særlig aktuelt når dette er fast praksis mellom partene, slik at arbeidstakeren har et utpreget fleksibelt og uforpliktende forhold til arbeidsgiveren.

I Innst.O.nr.2(1994-95) s.32 flg. ble det presisert at trygghet og stabilitet for den enkelte arbeidstaker går foran hensynet til arbeidsgiveren. Arbeidstakerens stillingsvern taler mot at dette momentet skal tillegges vekt i vurderingen. Dersom et av elementene som særpreger tilsigelsesavtalen skulle tale mot et fast ansettelsesforhold, ville dette i seg selv bidra til å undergrave arbeidstakers stillingsvern. Dette er i overensstemmelse med det arbeidstakervern, som ligger til grunn bak arbeidsmiljølovens bestemmelser for øvrig. Det skal i medhold av § 10-6 (10) for eksempel tas hensyn til at arbeidstakeren kan ha ”vektige sosiale grunner” for å avslå og arbeide overtid. Bestemmelsen er begrunnet i sosiale vernehensyn, og synspunktet bør i følge rettsteorien kunne gis analogisk anvendelse på tilsigelsesforhold²².

Dette underbygges av at arbeidstakeren i realiteten ikke står fritt til å avslå tilbudte vakter. Hvis vedkommende i stor grad benytter seg av denne retten, vil han stå i fare for å bli sjaltet ut og forbigått til fordel for andre tilkallingsansatte. Selv om arbeidstakeren formelt står fritt, må vedkommende i praksis i stor utstrekning akseptere de vaktene han blir tilbudt dersom han ønsker nye oppdrag og en fast ansettelse. Synspunktene er i overensstemmelse med argumentasjonen i Rt.1989 s.1116, der det ikke ble tillagt avgjørende betydning at vikarene strengt tatt ikke var forpliktet til å påta seg vaktene. Dette var fordi det ble forventet fra arbeidsgiveren at de kunne reise ut i Nordsjøen på korteste varsel. I Rt.1997 s.227 ble det heller ikke lagt avgjørende vekt på at arbeidstakerne sto fritt til å møte og utføre arbeid under hvert enkelt messearrangement. Dette ble begrunnet med at de ansatte langt på vei likevel hadde følt seg forpliktet til å arbeide.

I LG-2005- 26146 viser imidlertid flertallet til at momentet kan være relevant å ta i betraktning i vurderingen:

²² Se Henning Jakhelln, *Om tilsigelsesavtaler m.v.* I: *Arbeidsrettslige og rettslige studier I- IV*, s.1151.

”..A ikke hadde noen arbeidsplikt i henhold til den kontrakten som var inngått mellom ham og ambulansetjenesten. Han benyttet seg også delvis av dette, blant annet tok han av eget ønske ikke vakter i mai 2002. Selv om dette ikke er noe avgjørende moment, finner flertallet likevel at man ikke kan se bort fra dette ved helhetsvurderingen av det reelle tilknytningsforhold som har eksistert mellom partene.”²³

Det kan etter dette konkluderes med at arbeidstakerens frihet til å avslå det enkelte arbeidsoppdrag kan synes å være et relevant moment i vurderingen i retning av fast ansettelse, men at det ikke skal tillegges utslagsgivende vekt. Det må i alle tilfelle anvendes med forsiktighet av hensyn til arbeidstakeren stillingsvern.

3.5 Arbeidsgiver og arbeidstakers interesser til grunn for tilsigelsesavtalen

Ettersom både arbeidsgiver og arbeidstaker kan ha ulike interesser ved å være i et tilsigelsesforhold, synes det naturlig å stille spørsmål ved om denne interessen vil få betydning i vurderingen av om arbeidsforholdet er fast eller midlertidig. Vurderingen her skiller seg fra argumentasjonen ovenfor i punkt 3.2.1, der det er særegenheter ved virksomheten og ikke arbeidsgiverens generelle ønsker og interesser som er vurderingsgrunnlaget.

En arbeidstaker kan være interessert i å beholde sin posisjon som midlertidig tilkallingsansatt, fordi han ønsker den frihet som følger med et slikt forhold. En tilkallingsansettelse kan også være en inngangsport til en fast ansettelse i bedriften, spesielt der stillingen krever spesialkompetanse slik at bedriften ikke ansetter uerfarne. En fast tilkallingsansettelse er ofte mer fordelaktig for arbeidstaker, fordi det jo medfører en trygghet og et bedre vern mot uforutsigbarhet. Arbeidstaker vil dessuten få et sterkere tilknytnings- og tilhørighetsforhold til vedkommende bedrift enn det en midlertidig

²³Det har på denne måten skjedd en rettsutvikling fra tidligere underrettspraksis, jf. for eksempel Nad-1984-85 s.89 og Nad-1988 s.843, der retten la avgjørende vekt på at arbeidstaker ikke var forpliktet til å møte ved tilkallelse.

ansettelse vil innebære. En arbeidsgivers interesse i tilkallingsansatte kan være mange. Viktigst er nok, som for arbeidstaker, en viss forutsigbarhet og stabilitet i arbeidsstanden. En arbeidsgiver vil også bruke tid og ressurser på å integrere arbeidstaker i bedriften, herunder opplæring i arbeidsoppgaver og lignende, og det vil derfor kunne være bedriftsøkonomisk lønnsomt å unngå gjennomtrekk av tilkallingsansatte. Den økonomiske situasjon i virksomheten kan imidlertid være slik at faste tilsetningsavtaler, og de forpliktelser dette medfører ikke er realiserbare selv om det kanskje er ønskelig. Midlertidige tilkallingsansatte kan være fordelaktig for bedriften i forhold til rekruttering, fordi den da får variasjon og dermed kontakt med flere aktuelle kandidater enn dersom de samme benyttes gang på gang.

I forarbeidene er det nevnt at den faktiske sysselsettingsmuligheten i virksomheten, og reglene om fortrinnsrett til ny tilsetting hvis arbeidstaker sies opp på grunn av arbeidsmangel, er momenter det kan legges vekt på i retning av midlertidig ansettelse, jf Ot.prp.nr.50(1993-94) s.179.

I RG 1983 s.730 vurderte retten om et arbeidstakers ønske om å jobbe mest mulig var et relevant moment i vurderingen av om det forelå fast eller midlertidig ansettelse. Saken gjaldt en ekstrahjelp, som var ansatt ved et hotell. I 1978 og 1979 arbeidet han relativt sjelden til varierende tider og på arbeidsgivers initiativ. Partene var enige om at han i dette tidsrommet ikke var omfattet av lovens stillingsvernbestemmelser. I 1980 økte saksøkers tjenestegjøring til det firedobbelte, og han mente derfor at han var fast ansatt da han ble oppsagt i 1981. Flertallet kom til at han ikke var fast ansatt. Retten la avgjørende vekt på at grunnen til arbeidstakers økende tjenestegjøring i 1980 var et resultat av pågang fra saksøker og ikke noe forsøk fra hotellets side på å omgå lovens stillingsvernbestemmelser. Det ble lagt vekt på at hotellet ikke var interessert i å ansette flere i deltidstillinger, selv om det var klart at hotellet hadde behov for flere faste ansatte. Hadde ikke saksøker vært interessert i å arbeide mest mulig, kunne hotellet tilkalt de øvrige ekstrahjelperne slik at hans arbeidsomfang ikke hadde vært stigende i samme grad.

Retten synes å bruke arbeidstakers oppførsel som begrunnelse for at det ikke kunne sies å foreligge en fast ansettelse. Retten la også vekt på arbeidsgivers interesse da et argument mot at det forelå fast ansettelse var at hotellet ikke ønsket flere deltidsansatte. Dommen gir dermed inntrykk av at partenes interesser og ønsker ved tvilstilfeller kan legges avgjørende til grunn i vurderingen. I vurderingen skal imidlertid hensynet til arbeidstakeren veie tyngre enn arbeidsgiverens behov for å benytte seg av fleksible arbeidstakere, jf Ot.prp.nr.50(1993-94) s.164 og Innst.O.nr.2(1994-95) s.32 flg. Arbeidstaker har krav på et stillingsvern hvis arbeidsforholdet har fått en festnet karakter, og det ville være urimelig dersom hans oppførsel eller arbeidsgivers ønsker skulle kunne medføre at han mistet dette vernet. Dette underbygges av Høyesteretts uttalelse i Rt.2005 s.826, der det ble anført av arbeidsgiver at det ville være fordelaktig med et løsere tilknytningsforhold mellom partene i arbeidslivet ved bruk av ekstrahjelp ved behov. Høyesterett erkjenner dette behovet, men konstaterer at hvorvidt dette tilknytningsforholdet skal anses for midlertidig eller fast i det enkelte tilfelle, må løses ut fra de grenser for adgangen til midlertidig ansettelser som følger av arbeidsmiljølovens regler. I tråd med gjeldende rett viser dommen at det er de faktiske forhold slik de har utviklet seg, som er relevante, og ikke partenes ønsker. På dette grunnlag konkluderes det med at synspunktene i RG 1983 s.730 ikke er gyldige og at partenes interesser eller ønsker ikke vil være avgjørende momenter i vurderingen.

3.6 Arbeidstaker er tilkjent særlige ansvarsområder i virksomheten

Dersom arbeidsforholdet har utviklet seg slik at arbeidstakeren er gitt særlige rettigheter og plikter i virksomheten, kan dette føre til at vedkommende innehar et særskilt ansvar overfor arbeidsgiveren. Det kan da sies å foreligge et festnet lojalitets- og avhengighetsforhold mellom partene i arbeidsforholdet og et spesielt tilknytningsforhold, som taler i retning av fast ansettelse, jf. Ot.prp.nr.50(1993-94) s.166. Dette er for eksempel tilfelle hvis det er en fast ordning at det er de tilkallingsansatte selv, som har ansvar for å vurdere om det er behov for flere ekstrahjelpere og stå ansvarlig for å innkalle dem.

Tilsvarende vurdering er lagt til grunn i Nad-1988 s.518, hvor to saksøkere i oktober 1986 ble engasjert som bartendere uten skriftlig arbeidskontrakt. De skulle betjene baren

sammen med to andre arbeidstakere. Det ble for hver uke utarbeidet en vaktliste over når de tilkallingsansatte skulle gjøre tjeneste, men det var ikke fastsatt noe bestemt timeantall som den enkelte skulle arbeide per uke. Av de fremlagte timelister fremgikk det imidlertid at saksøkerne hadde arbeidet temmelig regelmessig under hele arbeidsforholdet. I mars 1987 dro saksøkerne en uke på ferie uten å informere arbeidsgiveren om fraværet. Da de kom tilbake fra ferien, fikk de beskjed om at de ikke fikk arbeide der lenger på grunn av denne hendelsen, noe som ble oppfattet som en oppsigelse av saksøkerne. Byretten fant at det etablerte arbeidsforhold var å anse som en fast ansettelse, selv om det var uklart om det var forutsatt at arbeidstakerne skulle arbeide bestemte dager. Retten la vekt på at det forelå en gjennomgående regularitet i begge saksøkernes arbeidsinnsats med et temmelig fast preg gjennom hele arbeidsforholdets varighet. Dette ble begrunnet med at arbeidsordningen var slik at det var de tilkallingsansattes eget ansvar å sørge for at vaktene ble fylt fra uke til uke. Det hadde derfor betydning for avgjørelsen at det var de fire ansatte i baren, som hadde et felles ansvar for å holde tjenesten i gang, og det forelå derfor en forpliktelse for servitørene til å arbeide slik at vaktene ble fylt. Når saksøkerne hadde reist på ferie uten å melde fra, måtte arbeidsgiveren treffe spesielle foranstaltninger for å dekke vaktene.

3.7 Partenes berettigede forventninger og forutsetninger

På bakgrunn av arbeidsavtalen og den etablerte praksisen mellom partene danner det seg forventninger om partenes rettigheter og plikter. I tilsigelsesforhold kan arbeidsgiver for eksempel forvente at arbeidstakeren arbeider regelmessig eller ved hver tilkalling. I slike tilfeller vil både arbeidsgiveren og arbeidstakeren kunne forutsette at det forligger et fast ansettelsesforhold.

Partenes forutsetninger og forventninger vil kunne være et element i vurderingen av om den tilkallingsansatte er fast ansatt, idet disse momentene utgjør en sentral del av alminnelig avtaletolkning. Partenes forutsetninger er nevnt som et moment i forarbeidene til bestemmelsen om midlertidig ansettelse, jf. Ot.prp.nr.50(1993-94) s.166 Rettspraksis har derfor tillagt partenes forventninger betydning i avgjørelsen av om det forligger en fast tilsigelsesavtale. Dette er fordi de utgjør vesentlige vitneprov når annet ikke kan fremkalles

eller dokumenteres og derfor ikke sannsynliggjøres. Se til illustrasjon Rt.1969 s.1419, der det talte i retning av et fast arbeidsforhold at partene gjensidig forventet at arbeidstaker skulle tilkalles i tråd med en festnet praksis. Likeledes fremgår av Rt.1989 s.1116, der det forelå en forventning om at arbeidstakeren møtte til arbeid ved tilkallelse, og tilsvarende i Rt.2005 s.826, der arbeidsgiver forventet at arbeidstakeren møtte hver dag uten særskilt tilkallelse.

Fra underrettspraksis kan nevnes RG 1980 s.651. Saken gjaldt en vikar som var ansatt i kommunal barnehage etter muntlig avtale. Vikaren ble tilkalt når det var behov for henne og vikarierte regelmessige for de ansatte i barnehagen. Hun fikk utbetalt feriepenger, deltok i barnehagens personalmøter og hadde tilgang til den kommunale bedriftslegeordningen. Denne ordningen varte i halvannet år, hvoretter stillingen som vikar ble lyst ledig i kommunen uten at vedkommende kom med på innstillingen. Retten kom til at det forelå en fast ansettelse, blant annet fordi det forelå en gjensidig forutsetning mellom partene om at hun skulle kontaktes ved behov. Arbeidsgiver hadde en berettiget forventning om at hun dukket opp ved henvendelse. Det ble i tillegg bemerket at alle parter hadde betraktet saksøker som en fast vikar.

3.8 Rettsvirkningene ved fast ansettelse

Tilkallingsansatte med fast ansettelse har krav på beskyttelse i medhold av lovens stillings- og oppsigelsesvernregler. Det kan imidlertid reises spørsmål ved om tilkallingsansatte med krav på fast ansettelse i realiteten gis et illusorisk stillingsvern. Spørsmålet kommer på spissen dersom vedkommende i henhold til tilsigelsesavtalen ikke har krav på arbeid eller lønn i oppsigelsesperioden.

Lovteksten og forarbeidene tar ikke stilling til spørsmålet, mens i tidligere underrettspraksis har det talt i retning av midlertidig ansettelse hvis den tilkallingsansatte uansett ikke ville vært berettiget til oppdrag og inntekt i en eventuell oppsigelsestid. Det

har i den forbindelse vært argumentert med at arbeidstakers stilling ikke ville vært bedre om vedkommende hadde vært beskyttet av lovens stillingsvernregler²⁴.

Dette kan imidlertid ikke regnes som et relevant moment i vurderingen, fordi et spørsmål om fast ansettelse må etter punkt 2.2 ovenfor løses på grunnlag av innholdet i avtalen og uavhengig av hvilke rettsvirkninger som følger av arbeidsforholdet.

Problemstillingen var reist i Rt.1989 s.1116, hvor det likevel uttales:

”...deltidsansatte kan ha stillingsvern uten at dette utløser krav på lønn for full stilling. Jeg kan ikke se at det ville ha vært noe i veien for at bedriften kunne ha gitt Synnøve Andreassen fast ansettelse med arbeid av samme omfang som det hun utførte og har fått betaling for. Hun har dermed, slik jeg bedømmer forholdet, ikke lidt noe økonomisk tap som det er grunnlag å kreve erstattet.”

I medhold av dommen kan arbeidstakeren ha rett til fast ansettelse uten en gitt rett til arbeid og inntekt. Hvorvidt arbeidstakeren har rett på arbeid eller lønn, følger derimot av en tolkning av arbeidsvilkårene i ansettelsesavtalen. Saksøker vil ikke kunne kreve fastsettellesdom på mer enn i det omfang han faktisk har arbeidet. Selv om tilkallingsavtalen må anses som fast, er det dermed ikke sikkert arbeidstakerens rettstilling endrer seg. En tilkallingsansatt kan derfor i realiteten gis et illusorisk stillingsvern. Dette er imidlertid ikke særegent ved tilsigelsesforhold, idet et rettskrav på en stilling er noe annet enn rettskrav på arbeid og lønn.

Siden stillingsvernet ikke endrer arbeidstakerens rettigheter og plikter i arbeidsforholdet, kan ikke arbeidsgiver bli hørt med en påstand om at arbeidstakere med krav på stillingsvern skaper overbemanning i forhold til det aktuelle arbeidskraftbehov. Det riktige må etter dette være å fastsette en stillingsbrøk som samsvarer med det arbeidsomfang vedkommende har hatt²⁵. Arbeidsgiveren har en plikt til å tilby arbeidstaker arbeid ved behov i det omfang han har hatt i ansettelsestiden.

²⁴ Se for eksempel Nad-1984-85 s89

²⁵ Til illustrasjon RG 1994 s.842

3.9 Oppsummering

Hvorvidt tilsigelsesavtalen må anses som fast, må først og fremst avgjøres ut fra om det foreligger et stabilt og varig arbeidskraftbehov, som arbeidstakeren har fylt helt eller delvis over lang tid. I denne sammenheng vil det kunne være et element i vurderingen hvorvidt den tilkallingsansatte er tilknyttet en vaktliste og en fast turnus. Arbeidstakerens tilgjengelighet overfor arbeidsgiveren og hvorvidt vedkommende er gitt særlige ansvarsområder i virksomheten, vil kunne få betydning avhengig av de konkrete forholdene i det enkelte tilfellet. Subjektive momenter i form av partenes egen forståelse av avtalen og deres forutsetninger vil videre kunne være et relevant moment i vurderingen. Partenes reelle interesser eller ønsker i et tilsigelsesforhold, og om arbeidstakeren står fritt til å avslå arbeidsoppdrag vil derimot ikke kunne tillegges avgjørende betydning. Det avgjørende er arbeidsforholdet slik det som helhet fremtrer og det reelle tilknytningsforholdet mellom partene, som har etablert seg på bakgrunn av de forskjellige arbeidsoppdragene²⁶. Hvilken vekt de enkelte momentene kan tillegges, må avgjøres på bakgrunn av faktiske forholdene i den konkrete sak.

²⁶ Jf. også Henning Jakhelln, op. cit., s.1150

4 Tilsigelsesavtaler som må anses som midlertidige ansettelse

De tilsigelsesavtalene, som ikke må anses som faste etter vurderingen i del 3, utgjør unntaket fra faste ansettelsesavtaler og må hjemles i regelen om midlertidig ansettelse etter § 14-9 (1) bokstav a) og b). Det vises i den forbindelse til det som der fremgår av lovens bestemmelse og forarbeidenes innhold.

Spørsmålet her blir hva som skal til for at tilkallingsvaktene skal anses som en serie kortvarig, innbyrdes uavhengig arbeidsforhold.

Det arbeidet arbeidstakeren tilkalles for å utføre må oppfylle vilkårene i § 14-9. Vilkårene for midlertidig ansettelse må være oppfylt for hver enkelt tilkalling, så vel som etter en samlet vurdering av engasjementene og ansettelsesforholdet under ett, jf.

Ot.prp.nr.50(1993-94) s.179.

4.1 Midlertidige tilsigelsesavtaler som ikke er vikariater

4.1.1 Løse og uforpliktende midlertidige tilsigelsesavtaler

For det første må tilsigelsesavtalen kunne anses midlertidig dersom arbeidsforholdet er løst og uforpliktende mellom partene. Ansettelsesforholdet faller innenfor ordlyden i § 14-9 (1) bokstav a), fordi den tilkallingsansatte kun benyttes til arbeid med noenlunde naturlig avgrensing, jf. Ot.prp.nr.49(2004-05)s.214. I slike tilfeller vil arbeidstakeren ha et uavhengig og uforpliktende forhold til arbeidsgiveren, som taler mot at arbeidstakeren har en særlig tilknytning til arbeidsgivers virksomhet, jf. Ot.prp.nr.50(1993-94) s.166. Eksempelvis når partene kontakter hverandre med sjeldne mellomrom, eller det går lang tid mellom hver gang arbeidstakeren utfører arbeid for arbeidsgiveren. Dette gjelder spesielt dersom det ikke er planlagt i et tidsrom fremover når arbeidstakeren skal arbeide hos arbeidsgiveren. Likeledes gjelder det når arbeidstakeren kun har utført arbeidet for arbeidsgiveren ved et par anledninger og over et fåtall antall timer.

Et eksempel på at arbeidsforholdets karakter var for løst og uforpliktende slik at det måtte anses for midlertidig er Nad-1988 s.843. Saksøker var ansatt som dørvakt ved et serveringssted. Vaktarbeidet var løst organisert med seks personer oppført på en vaktliste uten noen faste arbeidstider. Behovet for tjenesten varierte i ukedagene fra mellom en til tre personer, og dørvaktene kunne få en annen til å stille opp for seg hvis han ikke hadde anledning til å jobbe. Etter ca 5 måneder fikk saksøkeren beskjed om at det ikke lenger var behov for hans tjenester. Herredsretten presiserte at det trekker i retning av fast ansettelse at saksøker har arbeidet i hele fem måneder. Det ble imidlertid lagt avgjørende vekt på den faktiske praktiseringen av arbeidsforholdet i denne tiden. Her hadde det betydning at tilstrømningen av gjester varierte i høy grad og derfor også behovet for tjenesten. Det ble i den forbindelse lagt vekt på hvorledes arbeidstakeren selv vurderte sin stilling. For eksempel hadde han ikke levert sykemeldning når han var fraværende, og han hadde i atskillig utstrekning benyttet seg av muligheten til å avslå de enkelte vakter. Timelistene

viste her en meget varierende arbeidstid i de ulike månedene. Han kunne derfor ikke sies å ha et utpreget tilknytningsforhold til arbeidsgiveren.

4.1.2 Midlertidige tilsigelsesavtaler der arbeidstakeren særskilt innkalles

For det andre har det betydning om arbeidstaker har blitt særskilt tilkalt for hvert enkelt arbeidsoppdrag. Dette er i samsvar med grensene for midlertidige ansettelser etter § 14-9, fordi det vil tale i retning av at det forligger enkeltvakter og at ordingen i praksis har fungert som en midlertidig tilkallingsordning. Denne argumentasjonen er fulgt opp i Rt.1969 s.1419, der Høyesterett sluttet seg til byrettens begrunnelse, som la vekt på at musikeren var særskilt engasjert for det enkelte oppdrag. Likeledes fremgår av flertallet i LB-2005-26146, der det i tillegg bemerkes at saksøker ikke på noe tidspunkt var tilknyttet en fast turnus.

4.1.3 Fleksible midlertidige tilsigelsesavtaler

For det tredje kan et utstrakt fleksibelt arbeidsforhold tale i retning av et midlertidig ansettelsesforhold. Det vil gjelde de tilfeller der arbeidstakeren er uavhengig av arbeidsgiveren og ikke bundet av plikter som vanligvis gjelder for faste ansatte. I slike tilfeller vil en gjensidig enighet om et fleksibelt arbeidsforhold antagelig indikere et manglende behov eller en nødvendighet for stillingsvern og kunne begrunne en midlertidig ansettelse. Dette vil eksempelvis gjelde de tilfeller hvor arbeidstakeren ikke trenger å informere arbeidsgiver om at han har andre biarbeidsforhold ved siden av. Illustrerende fra praksis kan nevnes et tilfelle der arbeidstaker ikke var forpliktet til å gi arbeidsgiver forhåndsvarsel om at han for en periode på ca fire måneder var lite disponibel for å påta seg arbeidsvakter. Herredsretten la derfor til grunn at saksøker på dette tidspunkt selv måtte anse sitt arbeidsforhold som relativt løst og uforpliktende, jf. saken publisert i Nad-1981-83 s 431.

4.1.4 Partenes forutsetninger

For det fjerde kan partene være innforstått med at tilsetningen er midlertidig, og dersom det foreligger en gjensidig forutsetning om dette mellom partene, vil det i et grensetilfelle kunne være et moment i retning av at tilsetningen er lovlig, jf. Ot.prp.nr.50 s.166.

Arbeidsgiver er derfor gitt en oppfordring til å presisere at arbeidsforholdet fortsatt skal anses midlertidig, der det har utviklet seg i retning av et festnet arbeidsforhold, jf. Nad-1981-83 s.462. Han bør for eksempel tydeliggjøre i kontrakten at det dreier seg om et midlertidig arbeidsforhold. Dersom arbeidsforholdet har vært organisert på en ryddig og oversiktlig måte, vil dette være et moment i vurderingen, se for eksempel LB2005-26146.

På grunnlag av dette har det vært argumentert med at dersom arbeidstaker ved en rekke anledninger har inngått midlertidige tilkallingsavtaler uten å gjøre innsigelser overfor arbeidsgiver, vil det kunne tale for midlertidig ansettelse. Når saksøker ved forlengelsen av ansettelsesforholdet har blitt minnet om avtalens innhold, bør det kunne legges vekt på at han vet at arbeidsforholdet anses midlertidig, selv på et område med preseptorisk lovgivning jf. LG-2002-01045. I slike tilfeller kan ikke arbeidstaker sies å ha en berettiget forventning om at det foreligger en fast ansettelse, jf. LB-2005- 26146. Dersom det ikke har vært reagert fra arbeidstakernes organisasjon ovenfor bruken av ekstrahjelp, kan dette også være et relevant moment i vurderingen, jf RG 1983 s 730. Det kan etter dette sies å foreligge en aktivitetsplikt fra både arbeidstakeren selv og fra den organisasjonen han er tilsluttet, som i grensetilfellene vil kunne tale for at det foreligger et midlertidig arbeidsforhold.

4.2 Midlertidige vikariater

Det forligger i følge § 14-9 (1) bokstav b) og dens forarbeider et reelt, midlertidig vikariat dersom vikaren fyller bestemte arbeidsoppgaver eller en bestemt stilling ved fravær. Selv om det vil ha betydning i vurderingen hvorvidt lengden av vikariatet er angitt på forhånd, er det ikke i strid med loven å fornye en vikaravtale så lenge noen er fraværende, og vikaren dekker et arbeidskraftbehov som skyldes fraværet. Behovet for arbeidskraft må derfor være ”midlertidig og ekstraordinært” for at det skal foreligge et reelt vikariat, jf. LG-2002-01045²⁷. Det vil derfor være tale om en midlertidig vikaravtale når virksomheten har et uforutsigbart og overflødig behov for vikariater, som oppstår underveis. Dette innebærer at det like fullt foreligger et reelt vikariat hvis de bestemte personene det vikarieres for har et langt fravær, illustrerende er avgjørelsen inntatt i Nad-1984-85 s.891

4.3 Tilsigelsesavtaler som er utformet som en fast ansettelsesavtale

Tilsigelsesavtaler er gjerne *utformet* (min uthevelse) som en fast ansettelsesavtale ved at det for eksempel er inntatt en gjensidig oppsigelsestid mellom partene og arbeidets varighet ikke er angitt i avtalen. Enkelte slike faste tilsigelsesavtaler kan karakteriseres som åpne. Det forligger en åpen arbeidsavtale der innholdet ikke er tilstrekkelig bestemt når det gjelder arbeidstakerens rett til arbeid, men den angir mer i vage termer hvilke rettigheter og plikter som gjelder mellom partene.

En slik fast tilsigelsesavtale vil falle utenfor lovens ordlyd om midlertidige ansettelser. Forarbeidene går ikke nærmere inn på spørsmålet om hvordan slike arbeidsavtaler skal plasseres rettslig, men det presiseres at det skal tas hensyn til arbeidstakers reelle stillingsvern.

Rt.2005 s.826 gjaldt en slik åpen og fast utformet arbeidsavtale. Den kunne anses som åpen, fordi stillingen ble beskrevet som ”ekstrahjelp ved behov”, og både arbeidsforholdets varighet og arbeidstiden ble angitt som ”behovsrelatert”. Samtidig var arbeidsavtalen fast

²⁷ Tilsvarende kan merkes i RG 1999 s.88, LF-1996-00044 og NAD-1988 s.1316.

utformet, fordi det var gitt en gjensidig oppsigelsestid på en måned og arbeidsforholdet ikke var tidsbegrenset. Det var i forkant av avgjørelsen enighet mellom partene om at vilkårene for lovlig midlertidig ansettelse ikke var oppfylt på bakgrunn av slik arbeidsforholdet ble praktisert. Problemstillingen for Høyesterett var derfor om arbeidsavtalen innebar en fast ansettelse slik at arbeidsgiveren gikk klar av vilkårene for midlertidig ansettelse. Da retten kom til at avtalen måtte likestilles med en midlertidig ansettelse, var den derfor ulovlig.

I premissene tar Høyesterett utgangspunkt i ansettelsesavtalen. Førstvoterende peker på at avtalen ut fra en ren ordlydsfortolkning faller utenfor aml (1977) § 58A når den tilsynelatende er fast og gir arbeidstakeren et stillingsvern. Retten kom likevel til at dette alene ikke var tilstrekkelig for at avtalen faller utenfor bestemmelsene om midlertidig ansettelse. Det måtte legges vekt på at:

”Når avtalen anga arbeidstiden til å være ”behovsrelatert”, ble det bare siktet til arbeidsgiverens behov. På den måten anga avtalen bare en ramme, som det var opp til arbeidsgiveren å gi innhold. A ble gitt en utsikt til arbeide og inntekt, alt etter arbeidsgiverens behov og vilje til å benytte seg av ham. Dette betyr at hans situasjon i realiteten var langt unna den situasjon som en fast ansatt arbeidstaker befinner seg i.”

Det avgjørende for Høyesterett var at arbeidsavtalen manglet:

”...helt den trygghet for arbeidstakeren som blant annet følger av arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern ved fast ansettelse, i tillegg til at den som nevnt i det hele tatt gir arbeidstakeren en beskjedent sikkerhet for at han får arbeid og dermed lønnsinntekt. Slik avtalen lyder kan jeg vanskelig se det annerledes enn at den innebærer en omgåelse av arbeidsmiljølovens stramme regulering av adgangen til å avtale midlertidige ansettelsesforhold.”

Tradisjonelt har faste tilsigelsesavtaler vært å anse som et fast ansettelsesforhold. I dommen foretas det en annen tilnærming enn i tradisjonell innarbeidet praksis, idet Høyesterett kommer til at også faste tilsigelsesavtaler skal kunne *likestilles* (min utheving) med en midlertidig ansettelse. Ut fra dette kan det reises spørsmål ved hvorvidt Høyesterett

endrer rettstilstanden i Rt.2005 s.826 når tilsigelsesavtalen verken regnes som fast eller midlertidig, men skal likestilles med en midlertidig ansettelse.

Avgjørelsen kan synes å være nyskapende, fordi Høyesterett deler opp vurderingen²⁸. Først foretas det en vurdering av om arbeidsforholdet må likestilles med en midlertidig ansettelse, deretter om den midlertidige ansettelsen var ulovlig. I tidligere praksis har Høyesterett kun foretatt én vurdering, hvor det er reises spørsmål om det foreligger et midlertidig eller fast arbeidsforhold, se for eksempel Rt.1989 s.1116. I dommen fra 2005 tas et annet utgangspunkt ved vurderingen av arbeidsforholdets karakter. Retten ser på arbeidsavtalen og begrunnelsen for ansettelsen i stedet for arbeidsforholdet som helhet. Det kan dermed se ut som om vurderingen starter på et tidligere tidspunkt ved at man ser på forholdene ved ansettelsestidspunktet fremfor forholdene ved arbeidsforholdets opphør. På grunn av dette kan det synes som om retten strekker ordlyden i aml. (1977) § 58A for å kunne anse forholdet som midlertidig. Av hensyn til arbeidstakerens stillingsvern har Høyesterett i tidligere avgjørelser satt snevre grenser for adgangen til å inngå midlertidig arbeidsavtaler, og det er på dette punkt rettstilstanden kan se ut til å ha endret seg.

Dersom man går nærmere inn på begrunnelsen bak avgjørelsen i Rt.2005 s.826, er det ikke lenger like klart at Høyesterett endrer rettstilstanden. Arbeidsforholdet var i dette tilfellet tilknyttet en arbeidsavtale som kun ga arbeidstaker en rett til arbeid etter arbeidsgivers fortløpende vurdering av behovet. Ved at Høyesterett likestiller avtalen med en midlertidig ansettelse, slås det fast at det er det reelle stillingsvernet som skal legges til grunn. Dette innebærer at man rettsgyldig ikke kan avtale fast ansettelse i norsk arbeidsliv uten at arbeidstaker har et minstekrav på arbeid, trygghet og forutsigbarhet i arbeidsforholdet. Domstolen begrenser adgangen til å etablere slike ansettelsesforhold ved å kalle forholdet for fast ansettelse når det i realiteten foreligger et midlertidig arbeidsforhold og skjerper således arbeidstakerens rettigheter i tilsigelsesavtaler. Konsekvensen av dommen er at dersom vilkårene for midlertidig ansettelse ikke foreligger, kan ikke arbeidsgiveren

²⁸ Se argumentasjonen av Svein Evju, *fast ansatt ulovlig midlertidighet I*: Arbeidsrett og arbeidsliv s.262

disponere arbeidstakeren som om han var midlertidig ansatt. Begrunnelsen for resultatet er dermed i overensstemmelse med formålet og stillingsvernet bak bestemmelsen om midlertidige arbeidsforhold samt med argumentasjonen i tidligere praksis. Det kan derfor legges til grunn at rettstilstanden ikke er endret.

På grunnlag av dommen kommer det klarere frem at det må foretas en sontring mellom de tilfeller hvor tilsigelsesavtalen må anses fast, fordi arbeidsgiver har et konstant behov for arbeidstakerens arbeidskraft og der den må anses midlertidig, fordi vurderingen av behovet til enhver tid er tilkjent arbeidsgiveren. Dommen i Rt.2005 s.826 fører derfor til at det settes grenser for innholdet i ensidige tilsigelsesavtaler der arbeidsavtalen kun er til fordel for arbeidsgiveren. Den gir ikke arbeidstakeren den nødvendige forutsigbarhet og fører dermed til et skjevt styrkeforhold mellom partene. Dette vil for eksempel være tilfellet hvis ansettelsesavtalen inneholder ensidige endringsvilkår for arbeidsgiver eller tidsbegrensning av enkelt vilkår til ugunst for arbeidstakeren.

Det som fremdeles står åpent er hva som nærmere konkret kreves av arbeidsavtalen før arbeidsforholdet skal anses å falle utenfor § 14-9. Ettersom Høyesterett ikke går nærmere inn på i hvilke tilfeller faste arbeidsavtaler skal likestilles med midlertidige, kan det reises spørsmål ved hvor denne grensen skal trekkes. Det må antas at tilsigelsesavtalen lovlig kan anses fast, og dermed falle utenfor § 14-9, dersom ansettelsesavtalen gir arbeidstakeren slik trygghet som følger av stillingsvernreglene ved fast ansettelse og en sikkerhet for arbeid og lønnsinntekt. Man kan for eksempel tenke seg at en ordning der arbeidstakeren er garantert et visst antall timer arbeid i måneden eller en viss minstelønn uavhengig av om han tilkalles eller ikke, er tilstrekkelig til at arbeidsforholdet anses å falle utenfor reglene om midlertidig ansettelse.

På denne bakgrunn er det imidlertid uklart hvorvidt kravene til beskrivelsen av arbeidstidens omfang og arbeidets karakter, vil kunne medføre at det settes skranker i partenes avtalefrihet. I følge Ot.prp.nr.50(1993-94) s.166 er det ikke et ubetinget krav for midlertidig ansettelse at arbeidets art og omfang er definert dersom arbeidets varighet er

angitt på forhånd. Problemstillingen var oppe i EF domstolens avgjørelse i Wippel-saken, C-313/02. Spørsmålet gjaldt hvorvidt en rammeavtale hvor Wippel skulle arbeide ved behov var i strid med direktivet om likebehandling av menn og kvinner (direktiv 76/207), Arbeidstidsdirektivet (93/104/EF) og Deltidsdirektivet (direktiv 97/81). Problemet var blant annet om den manglende angivelse av arbeidets omfang og plassering innebar en indirekte forskjellsbehandling, da dette rammet flere kvinner enn menn. EF domstolen kom til at Wippel ikke kunne sammenliknes med fulltidsansatte, siden hun kunne velge om hun ville akseptere eller avvise arbeidet og at det derfor ikke forelå en forskjellsbehandling, jf avsnitt 66 i dommen. Domstolen forsvarer manglende angivelse av regulering av arbeidstid og omfang med arbeidstakerens fordel av fleksibilitet. Det forelå da tilstrekkelig balanse i styrkeforholdet mellom partene, og det var derfor ikke nødvendig å sette skranker i deres avtalefrihet.

Dommen gjaldt direkte kjønnsdiskriminering, men den må likevel kunne sies å ha en viss overføringsverdi til spørsmålet her, fordi saken gjaldt kravene til arbeidsavtalen, og fordi balanseforholdet mellom partene er et hensyn som må anses å ha verdi i arbeidsretten generelt. I tråd med dette må det antas at det nærmere innholdet i tilsigelsesavtalen må kunne begrenses i det enkelte tilfelle, slik at partenes avtalefrihet begrenses for å oppnå tilstrekkelig balanse i styrkeforholdet mellom partene.

Etter avgjørelsen i Rt.2005 s.826 kan det reises spørsmål ved noen av forholdene ved den nye tilnærmingen Høyesterett har valgt, idet argumentasjonen er utradisjonell både i forhold til vilkårene for og rettsvirkningene av henholdsvis fast og midlertidig ansettelse²⁹.

Når Høyesterett ikke anser arbeidsavtalen for fast eller midlertidig, men likestiller den med en midlertidig ansettelse kan det se ut som de velger en mellomløsning og en omvei for å komme frem til resultatet. Ved ulovlig midlertidig ansettelse, er rettsvirkningen at du skal regnes som om du var fast ansatt med krav på det stillingsvern som følger av en fast

²⁹ Se tilsvarende drøftet av Marit B. Frogner, "Tilsigelsesavtaler" – kommentar til Høyesteretts dom av 27. juni 2005 I: Arbeidsrett s.240-41

ansettelse. Når rettsvirkningen er den samme ved ulovlig midlertidig ansettelse, som fast ansettelse, og Høyesterett slår fast at det foreligger en ulovlig midlertidig ansettelse er de tilbake til utgangspunktet om at arbeidstakeren skal anses som fast ansatt. Det kan derfor hevdes at det er kunstig å likestille en fast tilkallingsavtale med en midlertidig ansettelse. I dette tilfellet kommer spørsmålet likevel ikke på spissen, fordi saksøker kun la ned påstand om erstatning og ikke også påstand om at arbeidsforholdet skulle fortsette. Etter denne saken vil man kunne stille spørsmål ved hva som blir resultatet i tilsvarende tilfeller, men der arbeidstaker ønsker dom for at det foreligger et fast ansettelsesforhold og ikke kun erstatning.

4.4 Vikaravtaler som er utformet som en fast ansettelsesavtale

Det kan stilles spørsmål ved hvilken overføringsverdi Rt.2005 s.826 har til vikaravtaler som er formet som faste. Vikaravtalene vil som regel ikke være åpne eller fast utformet, fordi det er mest praktisk at arbeidsforholdet gjelder klart avgrensede arbeidsoppgaver eller en bestemt stilling ved fravær i et nærmere angitt tidsrom. Dette taler i så fall for at vikariatet er midlertidig, jf. ovenfor under punkt 4.2.

En vikaravtale kan likevel være fast utformet dersom den er tidsubestemt, og det ikke er angitt hvem det vikarieres for samt i de tilfeller der det er inntatt en gjensidig oppsigelsestid i avtalen. Dette kan føre til, i medhold av Rt.2005 s.826, at avtalen likevel skal måtte likestilles med en midlertidig ansettelse hvis det er fullstendig opp til arbeidsgiveren å gi den et nærmere innhold. Det vil i slike tilfeller ikke kunne sies å foreligge en fast ansettelse, idet arbeidstakeren i realiteten ikke er gitt den trygghet og forutsigbarhet til arbeid og lønn som følger av denne. Det kan likevel fremstå som uklart hvor ensidig arbeidsavtalen må være utformet til fordel for arbeidsgiveren før den skal sies å falle innenfor reglene om midlertidig ansettelse. Dette er fordi det ved vikaravtaler er naturlig at det er opp til arbeidsgiveren hvorvidt den skal forlenges eller fornyes ved behov. Det kan derfor hevdes at det skal noe mer til før den skal likestilles med en midlertidig ansettelse enn ved tilsigelsesavtaler for øvrig. Det kan tenkes at grensen er overskredet dersom det for eksempel er gitt en ensidig oppsigelsestid til arbeidsgiver i avtalen eller en generell rett for

han til å ensidig endre vikaravtalen. Det vil deretter måtte foretas en selvstendig vurdering for å avgjøre om den midlertidige ansettelsen er lovlig i henhold til aml. § 14-9.

4.5 Rettsvirkningene av ulovlig midlertidig ansettelse

Etter ordlyden i § 14-11(1) har arbeidstakeren etter særskilt påstand krav på fast ansettelse ved ulovlig midlertidig arbeidsforhold. Bestemmelsen sier ikke uttrykkelig hva det innebærer at en som har vært ulovlig ansatt på tilsigelse gis rett til fast ansettelse, men etter ordlyden er det klart at den får anvendelse både i de tilfeller der arbeidstaker har fratrukket stillingen samt der arbeidstakeren fortsatt er i arbeid. Vedkommende skal ha de samme rettigheter som en fast ansatt når retten kommer til at det foreligger en ulovlig midlertidig ansettelse. Spørsmålet som kan reises er om arbeidstakeren i realiteten har krav på beskyttelse av det samme stillingsvernet ved ulovlig midlertidig ansettelse, som han ville hatt krav på dersom han opprinnelig var blitt ansatt på fast basis.

For det første kan denne problemstillingen reises når det gjelder retten til å stå i stillingen mens tvisten verserer. Ved fast ansettelse er hovedregelen at arbeidstaker har rett til å stå i stillingen, jf. aml. (1977) § 61 nr. 4 og tilsvarende aml. (2005) § 15-11. Ved midlertidig ansettelse derimot er reglen motsatt da arbeidstakeren som hovedregel ikke har rett til å stå i stillingen. Dette fremgikk av aml. (1977) § 58A nr.4 (4), mens i aml. (2005) er regelen videreført i en generell bestemmelse om retten til å stå i stillingen, jf. § 15-11(3) 1. punktum. Dersom det foreligger en velbegrunnet tvist angående spørsmålet om arbeidsforholdet fortsatt er lovlig tidsbegrenset, har arbeidstaker dermed som hovedregel ikke rett til å fortsette i stillingen.

Arbeidsmiljøloven § 15-11(3) 2. punktum åpner imidlertid for unntak fra dette utgangspunktet etter krav fra arbeidstakeren. Det er ikke gitt nærmere retningslinjer for denne vurderingen i ordlyden. I Ot.prp.nr.50(1993-94) s.237 til aml. (1977) er det uttalt i tilknytning til unntaket:

”Slik kjennelse vil bli aktuelt å avsi når det er åpenbart at det forligger en midlertidig tilsetning i strid med § 58A.”

Uttalelsen kan tolkes dit hen at dersom arbeidsgiveren på en illojal måte har omgått lovens stillingsvernregler, bør arbeidstakeren derfor få stå i stillingen. I Rt.1997 s.277 kom Kjæremålsutvalget til at når arbeidstakerne etter en realitetsdrøftelse hadde krav på fast ansettelse, skulle spørsmålet behandles etter reglene i § 61 nr.4 og ikke etter de restriktive reglene i § 58A nr.4. Retten kunne ha kommet til samme resultat ved å benytte unntaket i § 58A nr.4 (4) 2. punktum, dagens § 15-11(3) 2. punktum, som i tråd med forarbeidene nettopp var ment å fange opp ulovlig midlertidige ansettelser. Det må således legges til grunn at § 15-11 (3) 2. punktum er det riktige hjemmelsgrunnlaget når det skal avgjøres om den midlertidige ansettelsen er ulovlig³⁰.

Det er arbeidstakeren som har bevisbyrden for at tilsetningen åpenbart er uholdbar på tross av at det er arbeidsgiveren som i utgangspunktet har bevisbyrden for at det foreligger en lovlig midlertidig ansettelse. På grunnlag av dette antok Høyesterett i Rt.1998 s.1063 at arbeidsgiverens anførsler på dette punkt kan legges til grunn i vurderingen av om vilkårene er oppfylt og tale for at tilsetningen ikke har vært åpenbar ulovlig. Det fremkommer av både Rt.1999 s.1158 og Rt.2001 s.1253 at det i vurderingen av om arbeidstaker skal fratres stillingen i oppsigelsestilfellene eller fortsette i stillingen i avskjedstilfellene i stor grad vil være sammenfallende og neppe innebære noen forskjell i resultat. Det samme må sies å gjelde tilsvarende vurdering i forhold til midlertidig ansettelse. Det rettslige vurderingstemaet er derfor om det har sannsynligheten for seg at den midlertidige tilsetningen er ulovlig, jf. Rt.2005 s.1395.

Etter en tolkning av lovens forarbeider og rettspraksis må unntaket forstås som et midlertidig stillingsvern for en tilsatt som skulle vært ansatt i fast stilling, men hvor dette ikke er gjort. Er det spørsmål om den midlertidige ansettelsen er ulovlig, og det har

³⁰ Se tilsvarende argumentasjon i Arbeidsrett.no, elektronisk kommentar til arbeidsmiljøloven § 15-11 note 7 og i lagmannsrettsdommen publisert i LE-2004- 78279.

sannsynligheten for seg skal arbeidsgiver gis rett til å stå i stillingen. Dette innebærer at arbeidstakeren ikke stilles i en dårligere situasjon her enn om han opprinnelig var fast ansatt.

Dersom arbeidstakeren har rett på fast ansettelse på grunn av det foreligger en ulovlig midlertidig ansettelse, ugyldig oppsigelse eller avskjed, kan det gjøres unntak fra denne retten etter påstand fra arbeidsgiver i medhold av § 14-11 (1) 2. punktum, § 15-12 (1) 2. punktum og § 15-14 (3) 2. punktum. Det kan her reises spørsmål ved om det skal like mye til før unntakene får anvendelse, eller om terskelen er lavere ved ulovlig midlertidig ansettelse slik at arbeidstakeren i realiteten ikke gis tilsvarende stillingsvern som en fast ansatt har krav på.

Ordlyden i bestemmelsene har tilsvarende vilkår, noe som taler i retning av at de skal tolkes likt. Unntaket får kun anvendelse hvis det i ”særlige tilfeller” etter en ”avveining av partenes interesser” er ”åpenbart urimelig” å la arbeidsforholdet fortsette. Av ordlyden fremgår det at terskelen skal være høy før retten kan beslutte opphør. I medhold av aml. (1977) § 58A ble det uttalt i forarbeidene at dersom søksmålet om ulovlig midlertidig ansettelse er reist lenge etter at arbeidstaker har fratrudd stillingen, kan det være gode grunner for å gjøre unntak fra bestemmelsen. Videre gjelder dette hvis det foreligger saklig grunn til oppsigelse, jf Ot.prp.nr.49(1995-96) s.28. At det har gått lang tid mellom fratreden og søksmålstidspunktet er også et relevant moment i vurderingen i § 15-11(1) 2. punktum. At unntaket får anvendelse dersom det foreligger saklig grunn til oppsigelse, taler videre for at det er en logisk sammenheng mellom bestemmelsene, og momentet er også inntatt i ordlyden i 15-14(3) siste punktum. Dette underbygges av reelle hensyn, fordi en ulovlig midlertidig ansettelse bærer preg av ugyldighet og utnyttelse av arbeidstaker gjennom hele arbeidsforholdet, mens ved usaklig oppsigelse er det kun oppsigelsen som er ugyldig. Momentene kan til en viss grad være forskjellige, men sammenhengen i regelverket taler for å legge tilsvarende terskel til grunn. Arbeidstakeren vil derfor stilles i samme situasjon som en fast ansatt i forhold til lovens stillings- og oppsigelsesvernregler.

5 Konklusjon

Tilkallingsansatte har som hovedregel krav på fast ansettelse og beskyttelse av lovens oppsigelses- og stillingsvernregler. Det foreligger en fast ansettelse når arbeidsforholdet har utviklet seg til å gjelde et reelt tilknytningsforhold mellom partene.

En tilkallingsansatt vil kun være midlertidig ansatt dersom arbeidsoppdragene samlet sett faller innenfor ordlyden i § 14-9. Unntaket er snevert og vil gjelde tilsigelsesforhold der arbeidstakeren ikke nødvendigvis trenger beskyttelse av lovens stillingsvern.

Vedkommende vil ha et svakt tilknytningsforhold til virksomheten slik at det ikke vil innebære en personlig belastning dersom arbeidsforholdet opphører. Ved en ulovlig midlertidig ansettelse har arbeidstakeren krav på fast ansettelse og stillingsvern.

En fast utformet tilsigelsesavtale vil imidlertid måtte likestilles med en midlertidig ansettelse hvis arbeidstakeren på grunnlag av arbeidsavtalen ikke er gitt det stillingsvern som i realiteten følger av en fast ansettelse. Dersom arbeidsforholdet er praktisert i strid med bestemmelsen om midlertidig ansettelse, vil den være ugyldig slik at arbeidstakeren i alle tilfelle vil ha et krav på beskyttelse av lovens stillingsvernregler.

Det har vært diskutert om arbeidstakeren i realiteten har et illusorisk stillingsvern, fordi han nødvendigvis ikke vil ha krav på arbeid og lønn i oppsigelsestiden. I likhet med andre arbeidstakere vil tilkallingsansatte ha krav på et stillingsvern etter de rettighetene som følger av arbeidsavtalen og arbeidsforholdet for øvrig.

Det er etter Rt.2005 s.826 ønskelig med en avklaring av rettstilstanden, fordi Høyesterett skjerper arbeidstakerens krav på rettigheter i tilsigelsesavtaler. Det er fortsatt uklart hva som skal til for at arbeidsavtalen ikke må likestilles med en midlertidig ansettelse.

Grensene for bestemmelsen om midlertidig ansettelse i § 14-9 er etter Høyesterettsavgjørelsen fortsatt uklare.

6 Litteraturliste

6.1 Litteratur

- Arbeidsrett.no., elektronisk kommentar til arbeidsmiljøloven. (online) Tilgang: www.arbeidsrett.no, www2.arbeidsrett.no/page/mainpage.jsp
- Evju, Stein. *Fast ansatt ulovlig midlertidighet*. I: *Arbeidsrett og arbeidsliv*. Bind 1, hefte 3. 2005, s. 257-263
- Friberg, Odd. *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave*. Odd Friberg, Jan Fougner og Lars Holo. 8. utg. Oslo, 2003
- Frogner, Marit B. *"Tilsigelsesavtaler" – kommentarer til Høyesteretts dom av 27. juni 2005*. I: *Arbeidsrett VOL 2 NR 4*. 2005, s. 237-242
- Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 3. utg. Oslo, 2004
- Jakhelln, Henning. *Om tilsigelsesavtaler mv*. I: *Arbeidsrettslige og rettslige studier I- IV*. Oslo, 2000, s.1146-1154

6.2 Lovregister:

- Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. av 4/2 1977 nr. 4.
- Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17/06 2005 nr. 62.

6.3 Forarbeider:

- Ot.prp.nr.24(2005-2006) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62
- Ot.prp.nr.49(2004-2005) Forslag til lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv., (arbeidslivsloven)
- Ot.prp.nr.50(1993-1994) Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4
- Ot.prp.nr.41(1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø.
- NOU: 2004:2005, Arbeidslivslovutvalget, Forslag til lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv., (Arbeidslivsloven)
- Innst.O.nr.2(1994-1995) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4

6.4 Konvensjoner:

- Rådets direktiv 1990/70/EF af 28. juni 1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse, der indgået af EFF, UNICE og CEEP.
Norsk tittel: Rådets direktiv 1990/70/EF av 28. juni 1999, rammeavtale om tidsbegrensede ansettelser inngått mellom EFF, UNICE og CEEP.

7 Domsregister:

7.1 Rettens tidende: (Rt)

- Rt.2005 s.1395
- Rt.2005 s.826
- Rt.2001 s.1413
- Rt.2001 s.1253
- Rt.2001 s.418

- Rt.1999 s.1158
- Rt.1998 s.1357
- Rt.1998 s.1063
- Rt.1997 s.277
- Rt.1989 s.1116
- Rt.1985 s.1141
- Rt.1969 s.1419
- Rt.1968 s.725

7.2 Rettens gang: (RG)

- RG 1999 s.1306 Borgarting
- RG 1999 s.88 Agder
- RG 1994 s.842 Eidsivating
- RG 1991 s.367 Eidsivating
- RG 1983 s.730 Eidsivating
- RG 1980 s.651 Nordmøre

7.3 Upubliserte avgjørelser: (Lovdata online)

- LB-2005-26146 Borgarting lagmannsrett- Dom. 2005-11-14
- LE-2004- 78279 Eidsivating lagmannsrett- Dom. 2002-01-05
- TOSLO-2004-11711 Oslo tingrett- Dom. 2004-10-06
- LG-2002-01045 Gulating lagmannsrett- Dom. 2003-03-27
- LF-1996-00044 Frostating lagmannsrett- Dom. 1996-03-15

7.4 Norsk arbeidsrettslig domssamling:

- Nad 1988 s.1316 Hålogaland
- Nad 1988 s.885 Oslo

- Nad 1988 s.843 Inderøy
- Nad 1988 s.518 Oslo
- Nad 1988 s.181 Skien og Porsgrunn
- Nad 1986 s.935 Stavanger
- Nad 1986 s.854 Oslo
- Nad 1984-85 s.89 Stavanger
- Nad 1981-83 s.462 Frostating
- Nad 1981-83 s.431 Asker og Bærum

7.5 EF- domstolen:

- Saml. 2004-1 s. 09483, Wippel, Sag C-313/02

