

UiO • **Det juridiske fakultet**

Fireårsregelen for innleide arbeidstakere

Kandidatnummer: 685

Leveringsfrist: 25.04.14

Antall ord: 16345



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Presentasjon av tema.....	1
1.2	Hensyn bak fireårsregelen.....	2
1.3	Problemstillinger.....	3
1.4	Rettskildebildet og avgrensninger.....	4
1.5	Det videre opplegget.....	5
2	BEGREPSAVKLARINGER	5
2.1	Innleiebegrepet.....	5
2.2	«Trepartsforhold»	6
3	VILKÅRENE FOR INNLEIDE ARBEIDSTAKERES RETT PÅ FAST ANSETTELSE ETTER FIREÅRSREGELN.....	8
3.1	Oversikt.....	8
3.2	I hvilke typer innleiesituasjoner fireårsregelen gjelder.....	10
3.2.1	«Ved innleie etter denne paragraf».....	10
3.2.2	Arbeidets karakter tilsier det og skiller seg fra det som vanligvis utføres i virksomheten	13
3.2.3	Vikariat	17
3.3	Kravet til fire års sammenhengende ansettelsesforhold.....	20
3.3.1	Beregning av ansettelsestiden.....	20
3.3.2	Kravet til sammenheng	23
3.3.3	Rettmessig fravær	27
4	GRENSEN MELLOM INNLEIE AV ARBEIDSTAKERE OG ENTREPRISE ..	29
4.1	Entreprensbegrepet	29
4.2	Retningslinjer for hvordan man trekker grensen mellom innleie og entrepris.....	30
4.3	Momentene som det skal tas utgangspunkt i ved grensedragningen	33
4.3.1	Betydningen av hvem som leder arbeidet	33
4.3.2	Betydningen av hvem som innehar resultatansvaret	35
4.3.3	Betydningen av at det er et bestemt antall arbeidstakere på oppdraget.....	35

4.3.4	Betydningen av avtalt fastpris eller timespris.....	36
4.3.5	Betydningen av at arbeidsoppgavene/arbeidsoppdraget er bestemt på forhånd	37
4.3.6	Betydningen av hvem som stiller med materialer, verktøy og lokaler.....	38
4.3.7	Hvem som fastsetter og kontrollerer arbeidstiden.....	39
4.4	Helhetsvurdering.....	39
4.5	En del av arbeidet til arbeidstakeren regnes som entreprise og en annen del som innleie	41
4.6	Avsluttende bemerkninger til grensedragningen.....	43
5	RETTSVIRKNINGER AV EN INNLEID ARBEIDSTAKERS RETT PÅ FAST ANSETTELSE ETTER FIREÅRSREGELN.....	43
5.1	Oversikt.....	43
5.2	Automatisk fast ansatt eller dom?.....	43
5.3	Innholdet av den faste ansettelsen.....	45
6	UTGJØR FIREÅRSREGELN FOR INNLEIDE EN GOD REGEL I PRAKSIS?	46
7	AVSLUTNING.....	49
8	KILDER.....	50
8.1	Lover.....	50
8.2	Forarbeider.....	50
8.3	Rettspraksis.....	52
8.4	Bøker.....	52
8.5	Artikler.....	53
8.6	Direktiver.....	54
8.7	Nettside.....	54

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Hovedregelen i norsk rett er at ansettelsesforhold skal være faste. Dette følger av arbeidsmiljøloven¹ (heretter aml.) § 14-9 (1). Hensikten med denne hovedregelen er i forarbeidene begrunnet med at arbeidstakerne skal få den nødvendige «trygghet» i ansettelsesforholdet sitt, og herunder bli sikret «en saklig og forsvarlig prosess i forbindelse med oppsigelse».² Arbeidstakere er nemlig herunder ansatt på ubestemt tid,³ noe som innebærer at arbeidstakerne har en forutsigbar fremtid og som dermed skaper en langsiktig trygghet. Arbeidsforholdet avsluttes ikke før arbeidsgiveren eventuelt måtte ha en saklig grunn til å kunne si opp vedkommende.⁴

Det finnes imidlertid alternative ansettelsesforhold. Midlertidige ansettelser regnes for eksempel som et unntak. Aml. § 14-9 (1) a-e og aml. § 14-10 om åremålsstillinger gir en uttømmende regulering av når det er lov med midlertidige ansettelser.⁵ Eksempler på andre alternative tilknytningsformer er entreprise og innleie.⁶

Denne avhandlingens tema er knyttet opp mot innleie som tilknytningsform, og temaet er nærmere bestemt fireårsregelen for innleide arbeidstakere. Fireårsregelen går i grove trekk ut på at enkelte innleide arbeidstakere får rett på fast ansettelse etter de har vært innleid i en virksomhet i fire sammenhengende år.⁷ Regelen følger av aml. § 14-12 (4) jf. § 14-9 (5) annet og tredje punktum. Sistnevnte bestemmelse regulerer fireårsregelen for midlertidige ansatte, og av henvisningen fra aml. § 14-12 (4) følger det at denne fireårsregelen skal få lik anvendelse for innleide arbeidstakere.

¹ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005.

² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 208.

³ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 3.

⁴ Aml. § 15-7 (1).

⁵ *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave* (2013) s. 638.

⁶ For definisjon se avhandlingens punkt 2.1 og 4.1.

⁷ Aml. § 14-12 (4) jf. § 14-9 (5) annet og tredje punktum.

De siste førti årene har reglene om innleie og utleie vært under utvikling. Før 1971 var innleie et uregulert område. I perioden 1971-2000 ble det regnet som ulovlig, men med visse muligheter for å gjøre unntak. Fra 2000 har dette snudd til at utleie har blitt lovlig, mens det følger visse vilkår for lovlig innleie av arbeidsmiljøloven.⁸ Denne utviklingen kan ses i sammenheng med at innleie er et politisk omstridt tema. Det er i grove trekk ofte argumenter om at arbeidstakernes trygghet og stillingsvern blir utfordret i en innleiesituasjon, som står opp mot argumenter om at virksomheter har behov for fleksibilitet, og dermed bør ha en vid mulighet til å kunne leie ut og leie inn arbeidstakere. Et hensyn bak fireårsregelen kan sies å være å balansere disse motstridende argumentene, ved at det settes en grense for hvor lenge innleide arbeidstakere fra bemanningsforetak kan være sammenhengende innleid i en virksomhet.

1.2 Hensyn bak fireårsregelen

Av forarbeidene følger det tre formål bak fireårsregelen.⁹ Det ene var å harmonisere tjenestemannslovens regler og arbeidsmiljølovens regler, men dette ble senere reversert av Stoltenberg II-regjeringen.¹⁰ Det andre formålet har sammenheng med EU-direktivet om midlertidig ansettelse som pålegger landene å treffe tiltak for å hindre misbruk som følge av gjentatt bruk av midlertidig ansettelse, og går ut på at regelen skal hindre at midlertidige kontrakter varer over et for langt tidsløp og hindre at de gjenopptas i for stor utstrekning. Det tredje formålet er at dersom en virksomhet har behov for en midlertidig ansatt i over fire år indikerer dette et stabilt behov for arbeidskraft i virksomheten, som igjen gjør det rimelig at arbeidstakeren får det samme oppsigelsesvernet som de faste ansatte.

Fireårsregelen kan også sies å bidra til opprettholdelse av lovens hovedregel om faste ansettelser. I forarbeidene er dette nærmere presisert som at «en øvre grense kan bidra til å tydeliggjøre lovens intensjon om at midlertidig ansettelse i hovedsak skal benyttes ved midlertidige behov og underbygger prinsippet om at fast ansettelse er lovens hovedregel».¹¹

⁸ Prop. 74 L. (2011-2012) s. 25.

⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 218.

¹⁰ Reverseringen ble foreslått i Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 4.

¹¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 218.

Når lovgiver har valgt at fireårsregelen skal gjelde i samme utstrekning ved innleie som ved midlertidig ansettelse er dette begrunnet med hensynet om å unngå omgåelser av stillingsvernet, ettersom innleie og midlertidig ansettelse er alternative måter å dekke behov for korttidsarbeidskraft.¹² En videre adgang til innleie ville kunne ført til at oppdragsgivere oftere organiserte arbeidet sitt som innleie, og at flere dermed ble gående på tidsbestemte kontrakter. Imidlertid kan det forhold at den innleide ofte har et fast ansettelsesforhold i bemanningsforetaket, og dermed oppsigelsesvern hos dette, tyde på at hensynet ikke slår like klart til når dette er tilfellet.¹³ Men fireårsregelen er allikevel begrunnet med hensynet til sammenheng i regelverket på området, i tillegg til at virksomhetene bør ha det samme ansvaret uavhengig av om de leier inn arbeidstakere eller ansetter midlertidig.¹⁴

1.3 Problemstillinger

Det vil i avhandlingen bli fokusert på tre ulike problemstillinger knyttet til fireårsregelen for innleide. Den første er hvilke vilkår som må være oppfylt *for* at en innleid arbeidstaker har krav på fast ansettelse etter fireårsregelen, mens den siste problemstillingen er hvilke rettsvirkninger som inntreer *når* en innleid arbeidstaker har rett på fast ansettelse etter regelen. Før det skal tas stilling til disse rettsvirkningene skal det i tillegg vurderes hvordan man trekker grensedragningene mellom entrepris og innleie. Denne grensedragningen har i senere praksis vist seg å være aktuell og måtte ta stilling til før det kan avgjøres *om* en arbeidstaker har rett på fast ansettelse etter regelen.

Grensedragningen kan også bli aktuell å ta stilling til i andre arbeidsrettslige sammenhenger, som for eksempel ved krav på rettighetene som følger av aml. §§ 14-12 a, 14-12 c eller 14-14. En av hovedgrunnene til at det er viktig å klargjøre akkurat denne grensedragningen er at det både i forhold til fireårsregelen og i de andre arbeidsrettslige sammenhengende er en fare for at rettighetene arbeidstakerne har etter aml. blir omgått. Da arbeidstakere som jobber som ledd i en entrepris ikke kan gjøre krav på rettigheter etter aml. ovenfor oppdragsgiveren, kan

¹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 221.

¹³ Se nærmere vurdering kapittel 6.

¹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 221.

det foreligge tilfeller hvor oppdragsgivere hevder et arbeidsforhold er et entrepriserforhold, mens det i realiteten er et innleieferforhold.¹⁵

1.4 Rettskildebildet og avgrensninger

Aml. og denne lovens forarbeider er sentrale rettskilder i avhandlingen. I tillegg er forarbeidene til den tidligere gjeldende aml. av 1977 sentrale,¹⁶ ettersom aml. § 14-9 (1) bokstav a og b er en videreføring av § 58A nr. 1 a og b, og ettersom § 14-12 er en videreføring av § 55K.¹⁷ Selv om aml. § 14-9 (5) og aml. § 14-9 (1) bokstav a og b dreier seg om midlertidige ansatte blir forarbeidene til disse bestemmelsene helt sentrale, ettersom det følger av aml. § 14-12 (4) at regelen som følger av aml. § 14-9 (5) skal gjelde «tilsvarende».

Når det gjelder grensedragningen som skal klargjøres i kapittel 4, har denne blitt vurdert i Høyesterett den seneste tiden, så dermed vil denne dommen, inntatt i Rt. 2013 s. 998, få avgjørende betydning for drøftelsene i dette kapitlet. Når det gjelder lagmannsrettsdommer har ikke de autoritet på samme måte som Høyesterettspraksis.¹⁸ Enkelte lagmannsrettsdommer vil imidlertid allikevel bli vist til i kapittel 4, men hovedsakelig for illustrasjoner.¹⁹

EU-domstolens praksis og EFTA-domstolens praksis kan også, foruten de norske rettskildefaktorene, få betydning ved tolkningen av fireårsregelen for innleide. Norge har gjennom EØS-avtalen implementert både direktivet for midlertidig ansettelse,²⁰ og vikarbyrådirekti-

¹⁵ Grensedragningen mellom bemanningsforetak (aml. § 14-12) og produksjonsbedrift (aml. § 14-13) er også en grensedragning som kan bli aktuell å ta stilling til etter et krav på fast ansettelse etter fireårsregelen for innleide. Dette gjelder også i de andre arbeidsrettslige sammenhengene som nevnt for grensedragningen mellom entrepris og innleie, og det ligger samme hovedbegrunnelse bak. Et eksempel på at begge grensespørsmålene ble tatt stilling til i samme krav på fast ansettelse etter fireårsregelen ser man i LG-2012-025739 og Rt. 2013 s. 1730.

¹⁶ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 04. februar 1977 nr 4.

¹⁷ Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s. 334.

¹⁸ Echhoff, (2001) s. 162.

¹⁹ Se imidlertid punkt 4.3, og forklaring av hvorfor LG-2012-025739 blir veiledende i dette kapitlet.

²⁰ RÅDSDIREKTIV 1999/70/EF av 28. juni 1999 om rammeavtalen om midlertidig ansettelse inngått mellom EFF, UNICE og CEEP.

vet,²¹ og de norske bestemmelsene skal dermed tolkes i lys av disse direktivene.²² I denne avhandlingen vil det imidlertid bare være fokus på de norske reglene, og når disse gir innleide rett på fast ansettelse etter fireårsregelen - med de tilhørende problemstillingene som nevnt i punkt 1.3. Det vil også i avhandlingen bli avgrenset mot fireårsregelen som følger av tjenestemannsloven.

1.5 Det videre opplegget

Jeg vil i kapittel 3 se på hvilke vilkår som må være oppfylt for at en innleid arbeidstaker har krav på fast ansettelse. Jeg starter med dette for å legge et bakteppe, ettersom problemstillingen jeg skal ta opp videre i kapittel 4 knyttet til grensdragningen mellom entrepris og innleie gjerne kan oppstå som en følge av at en arbeidstaker krever fast ansettelse etter fireårsregelen. Deretter vil jeg, i kapittel 5, se på rettsvirkningene av at en innleid arbeidstaker har krav på fast ansettelse etter regelen. Og til slutt vil jeg, i kapittel 6, foreta en vurdering av om fireårsregelen for innleide utgjør en god regel i praksis, før jeg trekker noen linjer i en avslutning i kapittel 7. Aller først vil jeg imidlertid i kapittel 2 foreta to begrepsavklaringer som det er viktig å ha oversikt over for å kunne følge drøftelsene i avhandlingen på en best mulig måte.

2 Begrepsavklaringer

2.1 Innleiebegrepet

Arbeidsmarkedsloven regulerer adgangen til utleie, mens innleie reguleres av arbeidsmiljøloven.²³ Begrepet «utleie» er definert i arbeidsmarkedsloven²⁴ § 25 annet ledd. Begrepet «innleie» er derimot ikke definert i lovgivningen. Av forarbeidene til arbeidsmarkedsloven presiseres det at det er mulig å angi kjernen av innleiebegrepet med grunnlag i forarbeider, tidlige lovtekst og praksis. Det ble samtidig av brukerhensyn foreslått å ta inn definisjon av både

²¹ EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid. [Vikarbyrådirektivet]

²² *EØS-rett* (2011) s. 87.

²³ Skarning (2013) s. 103.

²⁴ Lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) av 12. desember 2004.

innleie og utleie i lovgivningen,²⁵ men innleiebegrepet er som nevnt ikke blitt definert. Av tidligere forarbeider og lovtekst kan man således fortsatt utlede hva som menes med innleie. I Ot.prp. nr. 70 (1998-1999)²⁶, viser departementet til dagjeldende sysselsettingslov § 27 hvor utleie ble beskrevet, og legger til grunn at begrepet innleie innholdsmessig er ment å dekke den samme situasjon. Denne lovteksten må dermed fortsatt være gjeldende som beskrivelse av hva som ligger i innleiebegrepet.

Den tidligere sysselsettingsloven § 27 definerer arbeidsutleie som det «å stille egne ansatte til disposisjon for en oppdragsgiver når disse er underlagt oppdragsgivers ledelse.» Av denne definisjonen kan det dermed utledes at ved innleie består ansettelsesforholdet mellom utleiebedriften og den innleide arbeidstakeren, og videre at arbeidstakeren dermed utfører arbeid for en annen enn sin egen arbeidsgiver. Det er dermed utleiebedriften som innehar den vanlige arbeidsgiverrollen.²⁷ Imidlertid går det videre frem av bestemmelsen at selv om det er utleiebedriften som innehar arbeidsgiverfunksjonene er den innleide arbeidstakeren underlagt oppdragsgivers ledelse. Dette innebærer at innleievirksomheten har «styringsrett» overfor den innleide arbeidstakeren på samme måte som utleiebedriften.²⁸

Denne forståelsen mener jeg det også er mulig å lese ut av dagens definisjon av utleie i arbeidsmarkedsloven § 25 (2), der det går frem at med «utleie av arbeidstakere menes leie av arbeidstakere fra en arbeidsgiver (utleier) til en oppdragsgiver (innleier) der de innleide er underlagt oppdragsgivers ledelse.»

2.2 «Trepartsforhold»

Det følger av arbeidsmarkedsloven § 25 (2) at det alltid er tre parter som er involvert i en utleiesituasjon - «arbeidstaker», «arbeidsgiver (utleier)» og «oppdragsgiver (innleier)». Utleie kan dermed sies å skape et trepartsforhold. Som det fremgår av drøftelsen av innleiebegrepet over, så eksisterer ansettelsesforholdet mellom arbeidsgiver(utleier) og den innleide arbeidstaker, mens arbeidstakeren allikevel er underlagt oppdragsgiveren (innleier) sin ledelse. I til-

²⁵ Ot.prp.nr. 62 (2003-2004) s. 35.

²⁶ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s 41.

²⁷ Se nærmere i avhandlingens 2.1.2.

²⁸ Evju (2012) s. 6.

legg eksisterer det et forretningsmessig kontraktsforhold mellom utleier og innleier,²⁹ ettersom det er disse som regulerer innleiesituasjonene i avtale.

Det som karakteriserer andre faste og midlertidige ansettelsesforholdene er at det er to parter som er involvert, nemlig arbeidsgiver og arbeidstaker. Disse ansettelsesforholdene bygger dermed på et topartsforhold, og kalles bilaterale.³⁰

Dette topartsforholdet eksisterer imidlertid også i en innleiesituasjon, selv om det er tre parter som er involvert. Ordlyden i arbeidsmarkedsloven § 25 (2) som beskriver at «utleier» er «arbeidsgiver» tilsier at det arbeidsrettslige ansettelsesforholdet mellom utleieforetaket og arbeidstakeren fortsatt består selv om arbeidstakeren leies ut.³¹ Dette vil si at arbeidsrettens regler om rettigheter og plikter mellom arbeidstaker og arbeidsgiver får anvendelse mellom utleieforetaket og arbeidstakeren på vanlig måte.³² Foreligger det for eksempel saklig grunn til oppsigelse av den utleide arbeidstakeren etter aml. § 15-7 er det dermed utleieforetaket som kan gjøre dette gjeldende, i tillegg til at det for eksempel er utleieforetaket som har ansvaret for utbetaling av lønn.³³

Det som imidlertid skiller innleieforholdet fra de bilaterale ansettelsesforholdene er at det oppstår en form for trepartsrelasjon i de enkelte utleietilfellene, ettersom både arbeidsgiveren og oppdragsgiveren/innleier har et ansvar etter arbeidsmiljøreglene.³⁴

Det følger for eksempel av aml. § 2-2 (1) bokstav a at innleievirksomheten skal sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø jf. aml. § 4-1, og av aml. § 2-2 bokstav b følger det videre at virksomheten har plikt til å samarbeide med andre arbeidsgivere for å sikre dette. Både utleier/arbeidsgiver og oppdragsgiver/innleier kan dermed sies ha ansvar og risikoen for at den

²⁹ Evu (2012) s. 7.

³⁰ Evju (2012) s. 4.

³¹ Evju (2012) s. 7.

³² *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave* (2013) s. 672.

³³ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 149.

³⁴ Evju (2012) s. 7.

innleide arbeidstakeren er sikret et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.³⁵ Det er rimelig at innleier innehar dette ansvaret i en innleiesituasjon med tanke på at det er innleier som leder arbeidet.

Andre eksempler på at innleievirksomheten har arbeidsgiverfunksjon er plikten til å sørge for lovlig arbeidstid etter aml. § 2-2 (1) c, og innleier er også i utgangspunktet solidarisk ansvarlig for at pliktene etter skattebetalingsloven følges,³⁶ og for plikter arbeidsgiveren har etter folketrygdloven § 24-3 og § 24-4 knyttet til arbeidsgiveravgift.³⁷

Innleiesituasjoner illustrer altså det som blant annet er slått fast i Rt. 1985 s. 941, at arbeidsgiveransvaret kan påhvile flere. Dette var en sak mot Oil Industry Services, ettersom selskapet ikke hadde påsett at arbeidstakere på boreplattformen Alexander Kielland hadde fått nødvendig grundig opplæring. OIS hevdet at selskapet ikke var arbeidsgiver fordi arbeidstakerne ikke var ansatt i selskapet. Høyesterett uttalte etter en vurdering av de konkrete forhold at flere bedrifter kan bli å anse som arbeidsgiver. I saken kom Høyesterett til at OIS måtte sies å ha overtatt en del av arbeidsgiveransvaret uansett om arbeidstakerne var formelt ansatt i medlemsbedriftene og lønnet av disse.

3 Vilkårene for innleide arbeidstakeres rett på fast ansettelse etter fireårsregelen

3.1 Oversikt

Fireårsregelen reguleres som nevnt innledningsvis i aml. § 14-9 (5) for midlertidige ansatte, og leddets annet og tredje punktum gjelder tilsvarende for innleide arbeidstakere etter aml. § 14-12.³⁸ Aml. § 14-12 regulerer innleie fra virksomheter som har utleie som formål (bemanningsforetak), mens aml. § 14-13 regulerer innleie fra virksomheter som ikke har

³⁵ *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave* (2013) s. 672.

³⁶ Lov om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav (skattebetalingsloven) § 4-1 (2).

³⁷ *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 835.

³⁸ Aml. § 14-12 (4) jf. § 14-9 (5).

utleie som formål, de såkalte produksjonsbedriftene.³⁹ Hovedskillet mellom bestemmelsene er at det er en videre adgang til innleie fra produksjonsbedrifter enn det er til innleie fra bemanningsforetak.⁴⁰ En av grunnene til dette er at virksomheter skal ha et effektivt alternativ til oppsigelse eller permittering ved svingninger i arbeidskraftsbehovet.⁴¹ De innleide arbeidstakerne fra produksjonsbedriftene må imidlertid av hensyn til arbeidstakernes stillingsvern, i motsetning til de innleide arbeidstakerne fra bemanningsforetak, være fast ansatt i utleiebedriften.⁴² Og det er dette forholdet som kan sies å begrunne det at fireårsregelen ikke gjelder for innleide fra produksjonsbedrifter, da disse er sikret oppsigelsesvern gjennom den faste ansettelsen i utleievirksomheten.⁴³ Hovedhensikten med dette kapitlet er å få frem hvilke krav som må være oppfylt for at en innleid arbeidstaker har rett på fast ansettelse etter fireårsregelen.

Det er viktig å være klar over at fireårsregelen knytter seg til den maksimale tiden en midlertidig ansettelse eller innleie kan vare. En rett til fast ansettelse kan foreligge før det har gått fire år dersom arbeidskraftsbehovet viser seg å være fast. Den ulovfestede lære⁴⁴ om faste ansettelser ved varig behov, også kalt grunnbemanninglæren,⁴⁵ går ut på nettopp dette. Læren går i grove trekk ut på at dersom det foreligger et stabilt behov for arbeidskraft, som er påregnelig for virksomheten, og arbeidstakeren har en viss tilknytning til virksomheten, så skal virksomheten heller øke grunnbemanningen med faste ansettelser enn å anvende midlertidig ansettelsesavtaler.⁴⁶ Læren forelå imidlertid før fireårsregelen ble gjeldende i norsk rett, men innføringen av fireårsregelen har ikke forandret på lærens betydning. Dette følger uttrykkelig av Rt. 2009 s. 578 som gjaldt en arbeidstakers krav på fast ansettelse etter å ha vært ansatt i ulike midlertidige stillinger over flere år. Førstvoterende uttrykte følgende: «Forarbeidene til fireårsregelen har ingen uttalelser som tilsier at den ulovfestede lære skal erstattes av fireårs-

³⁹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 49.

⁴⁰ Stilles ikke samme krav til at aml. § 14-9 (1) a-e skal være oppfylt etter aml. § 14-13.

⁴¹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50.

⁴² Aml. § 14-13 (1).

⁴³ *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 847.

⁴⁴ Rt. 2009 s. 578 avsnitt 43.

⁴⁵ Edvardsen (2012) s. 104.

⁴⁶ Rettsregelen ble første gang anvendt i Rt. 1989 s. 1116 og senere utviklet i Rt. 2006 s. 1158. Edvardsen (2012) s. 109 og 110.

regelen. Læren har praktisk betydning ved siden av fireårsregelen fordi den kan gi grunnlag for fast ansettelse før fire år er gått, slik tilfellet var i Statfjorddommen. Som fremhevet i Jakhelln og Aune, arbeidsrett.no, kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-9, note 4 angir fireårsregelen derfor ikke mer enn den maksimale tiden for midlertidige ansettelse. I tråd med tidligere rettspraksis vil en arbeidstaker fortsatt kunne bli ansett som fast ansatt fra et tidligere tidspunkt.»⁴⁷

Selv om den første dommen hvor regelen ble anvendt,⁴⁸ og dommen hvor regelen ble utviklet,⁴⁹ dreide seg om vikariater, tilsier det generelle formålet bak midlertidige ansettelse; at ansettelsene skal dekke et midlertidig behov, at læren skal gjelde alle typer midlertidige ansettelse. Dette er også slått fast i juridisk teori.⁵⁰ Og da grunnlaget for lovlig innleie etter aml. § 14-12 (1) er det samme som grunnlaget for lovlige midlertidige ansettelse, nemlig at det foreligger et midlertidig behov etter et av alternativene oppstilt i bokstav a-e,⁵¹ gjelder læren også for alle som er innleid på et av disse grunnlagene.

3.2 I hvilke typer innleiesituasjoner fireårsregelen gjelder

3.2.1 «Ved innleie etter denne paragraf»

Ordlyden i aml. § 14-12 (4) om at fireårsregelen skal gjelde «ved innleie etter denne paragraf» tyder på at alle arbeidstakere som er innleid etter aml. § 14-12 kan få rett på fast ansettelse etter fireårsregelen. Innleie etter aml. § 14-12 er for det første tillatt i samme utstrekning som det er tillatt med midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 (1) a-e.⁵² Dette vilkåret er i forarbeidene begrunnet med å forhindre muligheten for omgåelse av reglene om midlertidig ansettelse. I utgangspunktet kan nemlig alt behov for korttidsarbeidskraft organiseres som innleie, og en videre adgang til innleie ville dermed ført til at bedrifter fikk en videre adgang til å ansette

⁴⁷ Rt. 2009 s. 578 avsnitt 47.

⁴⁸ Rt. 1989 s. 1116. Edvardsen (2012) s. 104.

⁴⁹ Rt. 2006 s. 1158. Edvardsen (2012) s. 104.

⁵⁰ Johansen (2011) s. 574.

⁵¹ Jf. aml. § 14-9 (1) a-e.

⁵² Aml. § 14-12 (1) jf. Aml. § 14-9 (1).

noen tidsbegrenset.⁵³ Og for det andre kan arbeidsgiver og tillitsvalgte etter aml. § 14-12 (2) ha mulighet til å inngå avtale om innleie, dersom virksomheten er bundet av tariffavtale, og dersom de tillitsvalgte representerer et flertall av den arbeidstakerkategori innleien gjelder. Ordlyden «ved innleie etter denne paragraf» i aml. § 14-12 (4) tyder etter dette på at dersom en innleid arbeidstaker er innleid på bakgrunn av enten aml. § 14-9 a-e eller etter aml. § 14-12 (2) har vedkommende rett på fast ansettelse dersom kravene etter fireårsregelen ellers er oppfylt.

Imidlertid følger det av aml. § 14-9 (5) annet punktum at fireårsregelen kun gjelder der arbeidstakerne er ansatt midlertidig på et av grunnlagene oppstilt i aml. § 14-9 (5) bokstav a – «arbeidets karakter» eller bokstav b – «vikariat». Fireårsregelen kommer dermed ikke til anvendelse dersom arbeidstakeren er midlertidig ansatt i praksisarbeid jf. bokstav c, ansatt på markedstiltak jf. bokstav d eller innenfor idretten jf. bokstav e.⁵⁴ Ettersom det i ordlyden i aml. § 14-12 (4) er presisert at aml. § 14-9 (5) annet punktum skal få tilsvarende anvendelse for innleide, er det dermed bare innleide som er innleid på bakgrunn av at arbeidets karakter tilsier behov for midlertidig arbeidskraft, eller på bakgrunn av behovet for vikariat som har rett på fast ansettelse etter fireårsregelen. Dermed vil heller ikke innleide arbeidstakere etter aml. § 14-12 (2) være omfattet av regelen. Dette er også uttrykkelig poengtert i forarbeidene.⁵⁵ Det kan dermed ikke etter dette legges til grunn en direkte naturlig forståelse av ordlyden i aml. § 14-12 (4) - da hverken innleide på grunnlag av aml. § 14-9 (1) c, d eller e, eller innleide etter aml. § 14-12 (2) har rett på fast ansettelse etter fireårsregelen.

Det at fireårsregelen begrenses til kun å gjelde dersom arbeidet er begrunnet i arbeidets karakter eller i behovet for vikariat, er i forarbeidene begrunnet med at slikt arbeid over lang tid ofte tilsier at behovet for arbeidskraft er stabilt.⁵⁶ Dette vil si at det gjerne foreligger et permanent arbeidskraftsbehov i virksomheten, og at det dermed er rimelig at arbeidstakerne som dekker dette får det samme oppsigelsesvernet som de andre faste ansatte har. Begrunnelsen er ikke like aktuell for midlertidig ansatte eller innleide som er ansatt på bakgrunn av aml. § 14-

⁵³ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44.

⁵⁴ Se om grensdragningen mellom midlertidig stilling i praksisarbeid og fast ansettelse Rt. 2013 s. 1392.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 85.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 41.

9 (1) bokstav c-e, ettersom det er mer sjelden at disse ansettelsene er veldig langvarige.⁵⁷ Tar man arbeidsforholdet til fotballspillere som eksempel er det på grunn av blant annet det fysiske elementet, og behovet for spreke og talentfulle spillere, sjelden at spillere går på veldig langvarige midlertidige kontrakter/innleiekontrakter. Dette eksempelet er imidlertid ikke så praktisk for innleiesituasjoner fra bemanningsforetak. Ansettelsesgrunnlagene oppstilt i bokstav c-e er generelt mer aktuelle for midlertidig ansettelse, enn for innleiesituasjoner fra bemanningsforetak.

Et spørsmål herunder som kan oppstå i praksis er hvordan det stiller seg i forhold til fireårsregelen dersom en arbeidstaker er innleid på bakgrunn av en kombinasjon av grunnlagene som følger av aml. § 14-9 (1) bokstav a-e. Arbeidsforholdet kan for eksempel inneholde en kombinasjon av vikariat, som gir «opptjening» til fireårsregelen, og praksisarbeid som ikke gjør det.⁵⁸

Ordlyden i aml. § 14-9 (5) annet punktum kan tyde på at arbeidsforholdene må skilles slik at det kun er vikariatet som vil telle som «opptjening» til fireårsregelen. Dette vil i så fall igjen få betydning for den eventuelle faste stillingen sitt innhold.⁵⁹

Imidlertid følger det av Rt. 2009 s. 578 at det er avgjørende å vurdere hvilket arbeidsforhold som har vært mest fremtredende. I dommen ble vikarelementet i et midlertidig ansettelsesforhold vurdert opp mot praksiselementet, og da førstnevnte ble ansett som mer framtrædende enn praksiselementet, ble arbeidet regnet som vikariat.⁶⁰

Videre følger det av den samme dommen at A hadde tatt ekstravakter og jobbet overtid ved siden av en stilling som hospitant/deltaker i arbeidsmarkedstiltak. Ved vurderingen av om ekstravaktene og overtiden kunne regnes separat, og således danne grunnlag for «opptjening» etter fireårsregelen, kom Høyesterett til at ekstravaktene og overtiden ikke kunne vurderes

⁵⁷ *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 821.

⁵⁸ Johansen (2011) s. 583.

⁵⁹ Se avhandlingens kapittel 5.3.

⁶⁰ Rt. 2009 s. 578 avsnitt 87.

løsrevet fra As hovedstilling som hospitant/deltaker i arbeidsmarkedstiltak.⁶¹ Dette viser at det er arbeidstakeren sin hovedtilknytning til virksomheten som var avgjørende for å avgjøre hvilket grunnlag arbeidet faller inn under, i forhold til om det danner grunnlag for «opptjening» til fireårsregelen.⁶²

Utgangspunktet må etter dette være at hver situasjon må vurderes konkret, og at det er det arbeidsforholdet som danner arbeidstakeren sin hovedtilknytning til virksomheten som skal legges til grunn ved vurderingen av om arbeidstakeren er innleid på et grunnlag som gir «opptjening» etter fireårsregelen.⁶³

3.2.2 Arbeidets karakter tilsier det og skiller seg fra det som vanligvis utføres i virksomheten

Etter aml. § 14-9 (1) a kan en midlertidig avtale inngås «når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten.» Bestemmelsen er som tidligere nevnt en videreføring av aml.(1977)⁶⁴ § 58 A nr. 1 bokstav a.⁶⁵ Frem til lovendring 21. desember 2005 var ordlyden i bestemmelsen imidlertid en annen, og det forelå etter denne ordlyden adgang til å ansette midlertidig dersom «arbeidstaker bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag.»⁶⁶ Bakgrunnen for at bestemmelsen fikk ny ordlyd er i forarbeidene begrunnet med at «ordlyden kan fremstå som uklar for brukerne av regelverket. Det kan medføre at i tilfeller der det foreligger et reelt behov for kortvarige ansettelser, unnlater virksomhetene å ansette fordi de er i tvil om lovligheten. Dette kan også skape unødige tvister om hvorvidt det er adgang til midlertidig ansettelse.»⁶⁷ Ettersom det etter dette ikke var meningen å foreta en realitetsendring av innholdet, kan forarbeidene til denne tidligere gjeldende lovteksten bidra til å fastsette innholdet av gjeldende lovtekst.⁶⁸

⁶¹ Rt. 2009 s. 578 avsnitt 69.

⁶² Søreide (2009) s. 152.

⁶³ Ansettelser på grunnlag av aml. § 14-9 (1) bokstav a eller b.

⁶⁴ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 04. februar 1977 nr 4.

⁶⁵ Ot.prp.nr. 24 (2005-2006) s 5.

⁶⁶ Ot.prp.nr. 24 (2005-2006) s 4.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 214.

⁶⁸ *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 807.

Ordlyden «og» i aml. § 14-9 a tilsier at vilkårene i gjeldende lovtekst er kumulative. Høyesterett har imidlertid i Rt. 2001 s. 1413 fastslått at de ikke er det.⁶⁹ Dette vil si at begge vilkårene ikke trenger å være oppfylt for at grunnlag for midlertidig ansettelse skal kunne foreligge. Det er nærmere bestemt ikke et absolutt krav at arbeidet skal atskille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten, og dette vil si at «arbeidets karakter» kan gi grunnlag for å ansette midlertidig, selv om det gjelder et arbeid som ikke skiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten.

Ordlyden «arbeidets karakter» er veldig generell og gir liten konkret veiledning. Det må derfor foretas en konkret skjønnsmessig vurdering av hvert enkelt ansettelsesforhold,⁷⁰ og om det foreligger adgang til å ansette midlertidig vil bero på en helhetsvurdering.⁷¹ Ved denne vurderingen er det særlig aktuelt å se hen til formålet bak bestemmelsen som skal sikre at stillingsvernet ikke blir omgått.⁷² Og av hensyn til oppsigelsesvernet har Høyesterett i Rt. 1985 s. 1141 slått fast at vilkåret knyttet til arbeidets karakter skal tolkes strengt.

Foruten denne skjønnsmessige helhetsvurderingen, så er det oppstilt en del retningslinjer og typetilfeller både i forarbeider og rettspraksis. Disse skal videre bli vurdert for å klargjøre hva som nærmere ligger i vilkåret.

Ved vurderingen skal det legges vekt på om en midlertidig ansettelse/innleie er nødvendig.⁷³ Dette innebærer at arbeidet ikke skal kunne løses på annen måte. Et eksempel på at ansettelsen anses nødvendig er hvis arbeidet skiller seg fra det som vanligvis utføres i virksomheten, og det av den grunn kreves spesielle kvalifikasjoner til arbeidet.⁷⁴ Dette eksempelet illustrer at selv om det som over nevnt ikke er et absolutt vilkår at arbeidet må skille seg fra det som or-

⁶⁹ Rt. 2001 s. 1413 s. 1422.

⁷⁰ *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave* (2013) s. 639.

⁷¹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 164.

⁷² *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave* (2013) s. 644 og Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 164.

⁷³ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 165.

⁷⁴ *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave* (2013) s. 644.

dinært utføres i virksomheten, kan det være et sentralt moment for å avgjøre om «arbeidets karakter» tilsier midlertidighet.⁷⁵

Sesongarbeid er imidlertid et eksempel på at arbeidets karakter tilsier økt midlertidig arbeidskraft, men at arbeidet ikke nødvendigvis atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten.⁷⁶ Behovet for jordbærplukkere til sommersesongen kan herunder være et eksempel.

Videre går det frem av forarbeidene at det skal være adgang til å ansette midlertidig der arbeidet som skal utføres er *tidsavgrenset*.⁷⁷ Den tidligere ordlyden «bestemt oppdrag» tilsier videre at arbeidet må ha en noenlunde klar arbeidsmessig avgrensning og at oppdraget må ha en naturlig avslutning. Et prosjektarbeid kan her være eksempel, men det følger av forarbeidene at: «dersom virksomhetens arbeid er organisert gjennom gjentatte prosjekter, og hvor den samme kompetanse etterspørres i de ulike prosjektene, vil det i utgangspunktet ikke være anledning til å ansette midlertidig. I slike tilfeller vil ikke arbeidsgiveren ha grunn til å tro at arbeidstakeren ikke trengs i virksomheten når prosjektet er avsluttet.»⁷⁸ Den tidligere lovteksten kan dermed videre være veiledende, og det avgjørende må være at arbeidstakeren «bare trengs» på midlertidig basis, og ikke permanent. Typiske prosjekter hvor det er mulig å ansette midlertidig er «de som krever en spesiell kompetanse som virksomheten normalt ikke etterspør, eller større og sjeldnere prosjekter som forutsetter en bemanning utover det ordinære».⁷⁹

Det blir også presisert i forarbeidene at arbeidsgiver kan ansette midlertidig ved *kortvarige og uforutsigbare arbeidstopper*. Motsetningsvis presiserer forarbeidene at det ikke er anledning til å ansette midlertidig for å avhjelpe «generelle eller jevne variasjoner i ordretilgang».⁸⁰ Begrunnelsen for at lengden på ansettelsesforholdet er et moment, har sammenheng med begrunnelsen bak fireårsregelen. Dersom ansettelsesforholdet er for langt kan dette indikere at arbeidskraftsbehovet er permanent, og at arbeidstakerne på grunn av den sterke tilknytningen

⁷⁵ *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave* (2013) s. 638 og 639.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 202.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 214.

⁷⁸ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 214.

⁷⁹ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 214.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 202.

de får til virksomheten dermed bør få samme oppsigelsesvern som faste ansatte.⁸¹ I hotell og restaurantbransjen er det for eksempel vanlig å ansette/leie inn tilkallingshjelp eller ekstrahjelp for å dekke arbeidstopper. Dersom arbeidets karakter tilsier at det foreligger et midlertidig behov er det nemlig etter bestemmelsen adgang til å ansette tilkallingshjelp eller ekstrahjelp.⁸² Et annet eksempel hvor dette kan være praktisk er til sesongarbeid.

Ved *forlengelser eller fornyelser* av innleien får arbeidstakeren gjerne en sterkere tilknytning til virksomheten. Bakgrunnen for forlengelsen må dermed være avgjørende for om den skal godtas. Hvis for eksempel et prosjekt tar lenger tid, og det er nødvendig med forlengelse for å ferdigstille arbeidet er det gjerne adgang til dette, men hvis det på en annen side er nye arbeidsoppgaver som er begrunnelsen for forlengelsen tyder dette på at det foreligger et permanent behov for arbeidskraft i virksomheten, og dermed at det ikke er adgang.⁸³

Dersom en arbeidsgiver vil ansette midlertidig/leie inn på grunn av usikkerhet om eventuell *fremtidig reduksjon i arbeidsmengde, omorganisering eller lignende*, og derfor vil slippe å ansette fast for så senere å gå til oppsigelse, følger det av forarbeidene at bestemmelsen ikke gir grunnlag til det.⁸⁴ Det er behovet på ansettelsestidspunktet som er avgjørende.⁸⁵ Dette er rimelig med tanke på at en adgang ville åpnet for at arbeidsgivere kunne konstruert usikre fremtidige situasjoner for å omgå stillingsvernet.

Helt kort på slutten kan det i tillegg nevnes at det kan være adgang til å ansette midlertidig/leie inn en arbeidstaker som ikke oppfyller bestemte *kvalifikasjonskrav*. Dette kan være rimelig da dette ikke setter en stopper for at arbeidsgiver senere kan finne en arbeidstaker med de rette kvalifikasjonskrav.⁸⁶

⁸¹ Se avhandlingens 1.2.

⁸² Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 179.

⁸³ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 166.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 202.

⁸⁵ Johansen (2011) s. 570 og 571.

⁸⁶ Johansen (2011) s. 572. Se nærmere Rt. 1985 s. 1141 og Rt. 1991 s. 872.

3.2.3 Vikariat

Etter aml. § 14-9 b kan avtale om midlertidig ansettelse også inngås ved behov for vikariat. Dette vil si, som bestemmelsen presiserer, når det er behov for arbeid «i stedet for en annen eller andre.» Praktiske eksempler er en stedfortreder for en arbeidstaker som er ute i sykdoms eller svangerskapspermisjon. Selv om utgangspunktet etter dette kan synes klart, oppstår det enkelte spørsmål knyttet til adgangen til å ansette midlertidig/leie inn på grunnlag av vikariat. Eksempler som det må tas stilling til er om det må være klart *hvem* det vikarieres for, kan det vikarieres for *flere*, må vikaren utføre de *samme oppgavene* som arbeidstakeren vedkommende er stedfortreder for, og er det adgang til at vikariater *forlenges*. Forarbeidene og praksis gir veiledning til svar, så retningslinjene som følger av disse kildene skal i det videre vurderes for å klargjøre vilkårets innhold.

Et viktig utgangspunkt er at det må være et reelt behov for vikaren.⁸⁷ Det er ikke tilstrekkelig å kalle et arbeid et «vikariat» dersom det ikke foreligger et reelt behov for stedfortreder for i virksomheten.⁸⁸

Det er imidlertid ikke et krav om at det skal angis *hvem* arbeidstakeren er vikar for,⁸⁹ men det kan bli lettere for innleiebedriften å bevise det midlertidige behovet dersom dette er angitt.⁹⁰ Et annet tilfelle hvor det kan bli vanskeligere for innleiebedriften å bevise et midlertidig behov er hvis vikaren ikke utfører de *samme arbeidsoppgavene* som den fraværende gjør til vanlig. Det er imidlertid ikke noe krav til at arbeidstakeren gjør dette. En kollega kan for eksempel utføre arbeidsoppgavene til den fraværende, mens den innleide gjør kollegaens oppgaver igjen.⁹¹

Arbeidstakeren kan også arbeide for *flere* personer. Ved ferieavvikling kan denne løsningen være veldig praktisk.⁹² Men i enkelte tilfeller kan det at arbeidstakeren er stedfortreder for

⁸⁷ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165.

⁸⁸ Jakhelln (2006) s. 706.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s 165.

⁹⁰ Skarning (2013) s. 55.

⁹¹ Jakhelln (2006) s. 707.

⁹² Ot.prp nr. 49 (2004-2005) s. 213 og Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s 165.

flere personer være tegn på at arbeidskraftsbehovet ikke er midlertidig, men fast. Noe som i så fall tyder på at det ikke er grunnlag for innleien, og at grunnbemanningen heller skal økes med fast ansettelse. Momenter som trekker i den retningen er hvis vikariatet er langvarig, og personene det vikarieres for ikke er navngitt.⁹³

Selv om det er adgang til at personkretsen det vikarieres for er ubestemt, følger det imidlertid av forarbeidene at vikariatet på en eller annen måte må være konkret begrenset.⁹⁴ Fraværssituasjonen må dermed gjerne være bestemt i en slik situasjon, som for eksempel at det er ferie-tid i virksomheten.⁹⁵

Andre eksempler på at en virksomhet kan opprette et vikariat er i påvente av at en nyansatt skal tiltre stillingen sin, når det planlegges opprettelse av ny stilling, og også dersom det ennå ikke er ansatt en ny arbeidstaker i en stilling. I sistnevnte situasjon kan ansettelsen imidlertid på et tidspunkt gå over til å sies å dekke et fast arbeidskraftsbehov.⁹⁶

Når det gjelder adgangen til å *forlenge* vikariatet til en arbeidstaker, er det adgang til det, så lenge det fortsatt foreligger midlertidig behov i virksomheten for vikar.⁹⁷ Imidlertid er dette også et tilfelle som kan bidra til at tilknytningen til arbeidsplassen styrkes, og som etter hvert kan tale for at arbeidskraftsbehovet i virksomheten er stabilt.⁹⁸ Noen arbeidsgivere vil av denne grunn derfor heller komme til å ansette en ny vikar etter at arbeidsforholdet med den første vikaren går ut. Dette kan anses som en omgåelse av stillingsvernsreglene, ettersom det kan underbygge et permanent behov for arbeidskraft, og føre til at fireårsregelen mister sin effekt. Rimelighetshensyn, og formålet bak arbeidsmiljøloven om å sikre trygge ansettelsesforhold kan dermed tyde på at det ikke er lovlig å skifte ut arbeidstakeren med en annen når det er midlertidig behov for forlengelse. I NOU 2004:5 uttales det at flertallet ikke tar stilling til om det gjelder et ulovfestet saklighetsprinsipp, på samme måte som etter tjenestemannslovsreglene, som fører til at arbeidsgivers mulighet til utskifting av en midlertidig ansatt med en annen

⁹³ Skarning (2013) s. 56. Se også Rt. 2006 s. 1158.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165.

⁹⁵ Jakhelln (2006) s. 707.

⁹⁶ Jakhelln (2006) s. 707.

⁹⁷ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165.

⁹⁸ Skarning (2013) s. 57.

må være saklig begrunnet for å være lovlig. Imidlertid uttales det videre at de «uansett ikke kan se at det er grunn til at midlertidige ansatte i privat og offentlig sektor skal ha en svakere rettsstilling enn det ansatte i kommunal statlig sektor har i henhold til forvaltningsretten. Dette ville heller ikke være i samsvar med målet om harmonisering av stillingsvernsreglene».⁹⁹ Denne uttalelsen kan også sies å trekke i retning av at utskifting av midlertidig ansatte/innleide ikke er lovlig uten saklig grunn. Imidlertid har det blitt hevdet at ettersom det på et senere tidspunkt ble fastslått at harmoniseringen med tjenestemannslovens stillingsvernsregler ikke ble noe av, så har denne uttalelsen mistet sin vekt. Dette synspunktet innehar Skarning i juridisk teori.¹⁰⁰ Han mener at ettersom det ikke ble noe av denne harmoniseringen som utvalget foreslo,¹⁰¹ så må utgangspunktet være at arbeidsgiver har rett til å la en midlertidig ansettelse slutte etter avtalen, selv om det fortsatt foreligger et vikarbehov. Han viser til virksomhetenes og samfunnets behov for et effektivt og konkurransedyktig næringsliv, arbeidsgivers frie ansettelsesadgang i tillegg til at hensynet til arbeidsmiljøet kan tale for at det må være lovlig å ansette en ny arbeidstaker.¹⁰² Dette er alle viktige hensyn, men det kan på en annen side igjen hevdes at disse uansett sikres på en tilstrekkelig måte, ved at arbeidsgiveren innehar en adgang til å si opp arbeidstakeren dersom de har saklig grunn for det.¹⁰³ I innleiesituasjoner er det imidlertid bemanningsforetaket som må ha en saklig grunn for å si opp arbeidstakeren, men i praksis vil innleievirksomheten bryte kontrakten dersom det foreligger forhold som i topartsarbeidsforhold ville gitt grunnlag for saklig oppsigelse. Annen juridisk teori viser til NOU 2004:5 og trekker den slutning at det må kreves saklig grunn for utskifting av arbeidstakere.¹⁰⁴ Og etter mitt syn må uttalelsene i de nevnte forarbeider fortsatt vektlegges. Da begrunnelsen for at harmoniseringen ikke ble noe av var at adgangen til midlertidige ansettelser ville blitt for vid, ville det samsvare dårlig med denne meningen med en generell adgang til å ansette nye arbeidstakere ved fortsatt behov for vikariat, da dette vil kunne føre til en utstrakt bruk av midlertidige ansettelser/innleier ettersom virksomheten kan sies å «komme unna» fireårsregelen som ville medført fast ansettelse. Stoltenberg II-regjeringen valgte i tillegg å beholde fireårsregelen, og da regelen kan sies å miste en del av effekten sin ved en adgang til

⁹⁹ NOU 2004:5 pkt. 15.3.7.

¹⁰⁰ Skarning (2013) s. 58.

¹⁰¹ Se avhandlingens 1.2.

¹⁰² Skarning (2013) s. 58.

¹⁰³ Aml. § 15-7.

¹⁰⁴ Se for eksempel *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 810.

å ansette ny arbeidstakere ved behov for midlertidig forlengelse, mener jeg det må tilsi at det ikke har vært meningen å gå bort fra uttalelsen i NOU 2004:5. Arbeidstakere som har vært ansatt i et vikariat eller innleid har dermed etter dette krav på å fortsette i stillingen dersom det fortsatt er et midlertidig behov for arbeidskraft i virksomheten når kontrakten går ut.

3.3 Kravet til fire års sammenhengende ansettelsesforhold

3.3.1 Beregning av ansettelsestiden

3.3.1.1 Overgangsregler

«Opptjeningen» til fireårsregelen begynner tidligst 1.1.2006, ettersom det følger av kgl. Res. 17.6.2005 at bestemmelsen ikke får anvendelse for avtaler som løper på tidspunkt før lovens ikrafttredelse. Det fremgår imidlertid av foredraget til resolusjonen at man ved forlengelser etter 1.1.2006 også får med seg ansettelsestiden forut for lovens ikrafttredelse.¹⁰⁵

3.3.1.2 Når starter beregningen av arbeidstiden

Før man kan starte beregningen av en arbeidstakers arbeidstid må det klargjøres om perioden skal starte ved avtaleinngåelsen eller først når arbeidet er i gang, dersom disse tidspunktene ikke er sammenfallende. Ordlyden i aml. § 14-9 (5) annet punktum om at arbeidstakeren må ha være sammenhengende «ansatt» kan tyde på at det er avtaletidspunktet som beregningen skal starte fra. Dette kan synes rimelig da arbeidstakeren kan føle seg bundet til arbeidsplassen allerede ved dette tidspunktet. Selv om ordlyden ikke kan være direkte overførbar til innleiesituasjonene, da innleide arbeidstakere er «ansatt» i bemanningsforetaket, så må avtaletidspunktet mellom bemanningsforetaket og innleievirksomheten legges til grunn at skal ha den samme mening i denne situasjonen av hensyn til den sammenheng i regelverket, blant annet jf. ordlyden i aml. § 14-12 (4) om at aml. § 14-9 (5) annet og tredje punktum skal gjelde «tilsvarende».¹⁰⁶

¹⁰⁵ Jakhelln (2006) s. 715. Se RG-2009-11 for illustrasjon.

¹⁰⁶ Dette har også sammenheng med at beregningen av arbeidstiden skal knytte seg til innleievirksomheten, jf. punkt 3.3.1.3.

Imidlertid tilsier formålet bak fireårsregelen, om at virksomheten etter fire år kan sies å ha et stabilt behov for arbeidskraft, at beregningen først bør starte når arbeidet er gang. Behovet hos virksomheten viser seg ikke før arbeidstakeren har startet arbeidet sitt, så dermed må utgangspunktet være at beregningen starter først på dette tidspunkt.

3.3.1.3 Hvilket forhold som danner grunnlag for beregningen av ansettelsestiden

Det følger av ordlyden i aml. § 14-9 (5) annet punktum at beregningen av ansettelsestiden skal knytte seg til ansettelsesforholdet. Da ansettelsesforholdet ved midlertidige ansettelser består mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren i den virksomheten som vedkommende jobber i, tilsier ordlyden at det er arbeidstakerens arbeid i denne virksomheten som skal danne grunnlag for beregningen av ansettelsestiden. I forarbeidene¹⁰⁷ er dette også presisert ved at det er «ansettelsesforholdet i virksomheten» som skal danne utgangspunkt for beregning.

Trepartsforholdet som foreligger ved innleie gjør at det ikke er like klart hvilket forhold som skal regnes som «ansettelsesforholdet» i denne sammenheng, og som skal danne grunnlag for beregningen av arbeidstiden. Da det er utleievirksomheten som har *ansatt* arbeidstakeren, og arbeidskontrakten dermed foreligger mellom dem, tyder ordlyden på at det er dette ansettelsesforholdet som skal danne grunnlaget for ansettelsestiden. Imidlertid er det i praksis forholdet mellom innleievirksomheten og arbeidstakeren som minner mest om et «ansettelsesforhold», blant annet på grunn av innleierens ledelse av arbeidet. Dette kan tale for at forståelsen av «ansettelsesforhold» i denne sammenhengen skal være forholdet mellom innleievirksomheten og arbeidstakeren, og at det er dette forholdet som skal danne grunnlag for beregningen av arbeidstid. Formålet bak fireårsregelen, om at et fire års langt arbeid i en virksomhet tyder på at virksomheten har et stabilt behov for arbeidskraft, får også bare en funksjon ved en slik forståelse. Og da dette støttes av forarbeidenes anvisning på at innleide arbeidstakere skal få «tilsvarende» rett på fast ansettelse,¹⁰⁸ skal ansettelsestiden beregnes i forhold til innleievirksomheten.

Forarbeidene som viser til at det er «ansettelsesforholdet i virksomheten» som skal danne grunnlaget for beregningen gir ikke noen videre anvisning om hva som regnes som «virksom-

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 333.

¹⁰⁸ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 221.

het» i denne sammenheng. Et spørsmål som herunder oppstår er om for eksempel en arbeidstaker sitt arbeid i ulike virksomheter, men med samme arbeidsgiver, kan danne grunnlag for en sammenhengende beregning av ansettelsestiden. Av uttalelser som følger av NOU 2004:5 om avgrensning av virksomhetsbegrepet går det frem: «Som alminnelig regel vil avgrensningen av virksomhetsbegrepet falle sammen med det rettssubjekt som er arbeidsgiver.»¹⁰⁹ Ettersom det ikke er gitt noen nærmere anvisning i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) på at noe annet skal gjelde i denne situasjonen, må det dermed legges til grunn at beregningen skal være knyttet til «arbeidsgiver» jf. aml. § 1-8 annet ledd. Dette synes også rimelig da stillingsvernsreglene gjelder mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, og rettsvirkningen av at fireårsregelen inntrer er at arbeidstakeren får oppsigelsesvern.¹¹⁰ Juridisk teori har også lagt til grunn at beregningen skal knyttes til «arbeidsgiver» jf. aml. § 1-8 annet ledd.¹¹¹ Herunder kan imidlertid kort nevnes at dersom det skjer en virksomhetsoverdragelse anses arbeidsforholdet som sammenhengende selv om arbeidstakeren får en ny arbeidsgiver.¹¹²

Ettersom det er «ansettelsesforholdet i virksomheten» som er avgjørende for beregningen av de innleides arbeidstid, kan ulike innleieperioder i samme virksomhet telle med i beregningen av ansettelsestiden. Påfølgende midlertidige ansettelser skal derfor vurderes samlet,¹¹³ og det samme må gjelde påfølgende innleiekontrakter. Herunder har det heller ingen betydning for beregningen om arbeidstakeren er innleid på forskjellige grunnlag i de ulike periodene, jf. aml. § 14-12 (1) jf. § 14-9 (1) a eller b.¹¹⁴ Hvis det for eksempel forelå behov for vikariat i virksomheten den første perioden arbeidstakeren var innleid, mens det ved en eventuell andre periode var behov for midlertidig arbeidskraft knyttet til et prosjekt, så kan altså begge periodene legges sammen ved beregningen av ansettelsestiden ettersom det er samme innleievirksomhet. Et spørsmål som imidlertid herunder må tas stilling til er om forskjellig *innhold* av arbeidet medfører et brudd med kravet til sammenheng,¹¹⁵ slik at beregningen må starte på nytt når arbeidstakeren starter med arbeid av nytt innhold. Eller om perioden allikevel kan

¹⁰⁹ NOU 2004:5 10.4.1.

¹¹⁰ Johansen (2011) s. 583.

¹¹¹ Se for eksempel *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave* (2013) s. 659.

¹¹² Johansen (2011) s. 583.

¹¹³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 333.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 333.

¹¹⁵ Se punkt 3.3.2.

regnes som sammenhengende ansettelsestid som gir «opptjening» til fireårsregelen, til tross for at arbeidstakeren arbeidsoppgaver får et nytt innhold.

Spørsmålet løses hverken i lov eller forarbeider. En uttalelse i Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) knyttet til rettsvirkninger av at fireårsregelen inntreffer, og innholdet av den faste ansettelsen, tyder imidlertid på at det legges til grunn at en arbeidstakers varierende oppgaver ikke får noen betydning for beregningen eller kravet til sammenheng, og at de dermed skal regnes samlet. Det ble nemlig uttalt at: «Liknende spørsmål kan oppstå dersom arbeidstaker har hatt varierende arbeidsoppgaver». «Har hatt» kan forstås som at det legges til grunn at det er adgang til å ha arbeid med forskjellig innhold, uten at dette bryter «opptjeningen», men som uttalelsen knyttes til kan det heller bli spørsmål om hva innholdet av den faste ansettelsen skal bli.¹¹⁶

Denne løsningen anses også rimelig av hensyn til arbeidstakerens tilknytning til virksomheten. Selv om arbeidstakeren har arbeidet med forskjellige arbeidsoppgaver, så får vedkommende som oftest like sterk tilknytning til virksomheten som arbeidsplass, som det vedkommende ville fått i en stilling av samme innhold. En slik forståelse kan også sies å skape sammenheng i regelverket da det ikke stilles krav til at arbeidstakeren i vikariat foretar arbeidet til vedkommende han er stedfortreder for. Dette kan tyde på at det kan sies å foreligge et permanent arbeidskraftsbehov i en virksomhet etter fire år selv om den type arbeid vikaren har utført ikke kan konkretiseres.¹¹⁷

3.3.2 Kravet til sammenheng

3.3.2.1 Generelt

Ordlyden i aml. § 14-9 (5) annet punktum om at arbeidstakeren må ha vært «sammenhengende» ansatt tilsier at arbeidsforholdet må ha bestått uavbrutt for at arbeidstakeren skal få rett på fast ansettelse. Dette tyder på at to ulike innleieperioder må starte umiddelbart etter hverandre for at begge skal regnes med i beregningen av fireårsperioden. Forarbeidene presiserer imid-

¹¹⁶ Se avhandlingens punkt 5.3.

¹¹⁷ Se avhandlingens punkt 1.2.

lertid at mindre avbrudd mellom to ansettelsesforhold må tolereres. Og videre at det vil bero på en totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet, om kravet til «sammenhengende» er oppfylt eller ikke.¹¹⁸

3.3.2.2 Tilknytningskrav?

Før det skal vurderes hvor lange avbrudd mellom to innleieperioder som kan godtas for at kravet til sammenheng oppfylles, blir det avgjørende å vurdere om det må foreligge et visst tilknytningskrav mellom arbeidstakeren og virksomheten før fireårsfristen starter å løpe. Problemstillingen blir særlig aktuell ved tilkallingsarbeid og ved ekstravakter hvor arbeidsforholdet ofte regnes som enkeltstående timebetalte arbeidsdager med mangel på fast arbeidsmønster.¹¹⁹ En uttalelse i Rt. 2009 s. 578 tilsier at det må kreves en viss intensitet på arbeidet for at fireårsfristen starter:¹²⁰ «Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om det aktuelle overtidsarbeidet og ekstravaktene hadde tilstrekkelig omfang og hyppighet til å anses som sammenhengende arbeid på eget grunnlag.»¹²¹

En slik forståelse har også sammenheng med formålet bak fireårsregelen om at arbeidstakere som dekker et stabilt arbeidskraftsbehov i en virksomhet skal få det samme oppsigelsesvernet som de faste ansatte. For er det ikke en viss intensitet i arbeidet, kan det heller ikke sies å avdekke et slikt stabilt behov.

Som det går frem av uttalelsen over fra Rt. 2009 s. 578 så går ikke Høyesterett noe nærmere inn på spørsmålet om hva som ligger i kravet om at arbeidet må ha tilstrekkelig omfang og hyppighet. Det at det ikke foreligger noen konkrete holdepunkter som arbeidstakerne kan forholde seg til anses uheldig med tanke på forutberegneligheten. Jeg mener imidlertid at utgangspunktet da må være å vurdere hvert enkelt arbeidsforhold opp mot formålene bak fireårsregelen, for å vurdere om arbeidet har tilstrekkelig «omfang og hyppighet».

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 333.

¹¹⁹ Søreide (2009)s. 158.

¹²⁰ Søreide (2009) s. 158.

¹²¹ Rt. 2009 s. 578 avsnitt 69.

3.3.2.3 Avbrudd

Når det skal tas stilling til hvor lange avbrudd mellom to arbeidsforhold i virksomheten som godtas, uten at kravet til sammenheng brytes, går det frem av Ot.prp.nr. 12 (2003-2004) s. 21 at det ved tolkningen må tas utgangspunkt i forvaltningspraksis der det er lagt til grunn at «avbrudd mindre enn 14 dager ikke avbryter ansettelsesforholdet.» I proposisjonen, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)¹²², ble det imidlertid ikke henvist til 14 dagers praksisen igjen. Dette kunne tyde på at utgangspunktet på 14 dager ble gått bort fra. Noe som kunne sies å samsvare med at formålet om å harmonisere tjenestelovens regler også senere ble gått bort fra. Imidlertid ble avgjørelsen om at det ikke ble noe av harmoniseringen tatt etter Ot.prp. nr. 49 (2004-2005),¹²³ og dermed er det ikke noe grunnlag for å hevde at meningen hadde vært å gå bort fra utgangspunktet på 14 dager selv om dette ikke ble nevnt.¹²⁴

Høyesterett tar i Rt. 2009 s. 578 også det standpunkt at uttalelsene i forarbeidene ikke blir svekket selv om det senere ikke ble noe av harmoniseringen. Det ble blant annet lagt vekt på at bakgrunnen for reverseringen, som ble foreslått i Ot.prp. nr. 24 (2005-2006), var at den nye regjeringen mente at adgangen til bruk av midlertidig ansatte var blitt for vid, og videre at lite tyder på at man også ønsket endringer i forståelsen av kravet "sammenhengende midlertidig ansatt". Førstvoterende hevdet uansett videre at dersom dette hadde vært tilfelle, ville det vært naturlig at dette hadde vært kommentert i proposisjonen, noe det ikke er.

Da utgangspunktet om at 14 dager i utgangspunktet ikke skal bryte arbeidsforholdet i tillegg kan bygge på en analogi av folketrygdlovens § 8-24 på samme måte som forvaltningspraksis gjør, synes det rimelig å ta utgangspunkt i at avbrudd på 14 dager i utgangspunktet ikke skal bryte arbeidsforholdet. Juridisk teori legger også dette utgangspunktet til grunn.¹²⁵

Det er imidlertid som over nevnt¹²⁶ totalvurderingen som blir avgjørende. Et eksempel på at opphold på over 14 dager ikke avbryter beregningen er ved såkalt «lufting» av arbeidstake-

¹²² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 210 og 333.

¹²³ Reverseringen ble foreslått i Ot.prp. nr. 24 (2005-2006).

¹²⁴ Søreide (2009) s. 156

¹²⁵ *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave* (2013) s. 659.

¹²⁶ 3.3.2.1.

re.¹²⁷ Dette vil si at arbeidsgiver avslutter arbeidsforholdet like før fireårsgrensen, og deretter etter en stund ansetter vedkommende igjen. Dette kan anses som en omgåelse av lovens stillingsvernsregler, og slik såkalt «lufting» anses derfor ikke å avbryte fristen.¹²⁸ Går virksomheten bevisst inn for å «luften» arbeidstakeren for så og ansette vedkommende igjen, så kan det indikere et permanent behov for arbeidskraft i virksomheten, som i henhold til formålet bak fireårsregelen,¹²⁹ bør føre til at fireårsfristen løper. Et slikt utgangspunkt samsvarer i tillegg med formålet om at regelen skal hindre at arbeidsforhold gjenopptas i for stor utstrekning.

Ellers kan en lagmannsretts dom, RG-2009-11, illustrere et utgangspunkt som kan tas ved totalvurderingen. I dommen ble avbrudd innenfor normale tidsmessige rammer for ferie ved arbeidsplassen, ikke ansett for å innebære et brudd i det ellers sammenhengende arbeidsforhold. Det var i dommen tale om fire forskjellige avbrudd på seks, fire, fem og seks uker.

Et særskilt spørsmål blir videre om det regnes som avbrudd dersom arbeidstakeren har arbeidet for virksomheten på ulike grunnlag, og mellom to vikariater for eksempel, som omfattes av fireårsregelen, har blitt leid inn på et midlertidig grunnlag som ikke omfattes av fireårsregelen. Eller om det heller gjøres fradrag for den arbeidsperioden som ikke omfattes av regelen, slik at periodene før og etter, som danner grunnlag for «opptjening» kan vurderes samlet. Situasjonen kan illustreres ved at mellom to vikariater har for eksempel arbeidstakeren hatt en praksisstilling.¹³⁰

Ordlyden i aml. § 14-9 (5) annet punktum om at en arbeidstaker må ha vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år «etter første ledd bokstav a og b» tyder på at en ansettelse etter bokstav c bryter med kravet til sammenheng, og at beregningen må starte på nytt ved en ny midlertidig ansettelse etter bokstav a eller b.

Imidlertid kan uttalelser i forarbeidene tyde på at det ikke skal regnes som avbrudd i opptjeningen til fireårsregelen dersom en arbeidstaker har et praksisarbeid mellom to vikariater for

¹²⁷ Søreide (2009) s. 157.

¹²⁸ *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave* (2013) s. 660.

¹²⁹ Se avhandlingens punkt 1.2.

¹³⁰ Søreide (2009) s. 155.

eksempel. I forarbeidene blir det nemlig ikke spesifisert at det må dreie seg om midlertidig ansettelse etter bokstav a eller b, men bare at påfølgende «midlertidige ansettelser» skal vurderes samlet, og at «ulike hjemmelsgrunnlag» skal vurderes samlet. Disse uttalelsene taler dermed for at det gjøres fradrag for praksisarbeidet, og at det dermed ikke regnes som avbrudd.¹³¹

På en annen side kan det forhold at engasjement på arbeidsmarkedstiltak og praksisarbeid vanligvis er begrunnet i arbeidstakers behov, og ikke i virksomhetenes behov, tyde på at en ansettelse på et av de grunnlagene bør anses som avbrudd sett i sammenheng med formålet bak fireårsregelen som går ut på at fire års tjeneste på et av grunnlagene etter bokstav a eller b, gjerne indikerer et stabilt *behov i virksomheten*.¹³² Imidlertid kan det ikke sies generelt at virksomheten ikke har behov for arbeidskraft ved slike ansettelser. Ofte vil engasjement på arbeidsmarkedstiltak og praksisarbeid også dekke et behov i virksomheten. Dette, sammenholdt med at rimelighetshensyn trekker i retning av at det bør gjøres fradrag for perioden, og at den ikke skal føre til avbrudd, fører til at dette utgangspunktet må legges til grunn. Rimelighetshensyn trekker i denne retning ettersom arbeidstakeren uavhengig av på hvilken bakgrunn vedkommende er ansatt, fortsatt vil få en sterkere og sterkere tilknytning til virksomheten. Dette utgangspunktet er også lagt til grunn i juridisk teori.¹³³

3.3.3 Rettmessig fravær

Det følger av aml. § 14-9 (5) tredje punktum at det ikke skal gjøres fradrag for fravær ved beregning av ansettelsestiden. I forarbeidene er det poengtert at det kun er tale om rettmessig fravær, som for eksempel sykefravær. Og videre at regelen ikke får noen innvirkning på ansettelsesforholdets avslutning. Hvis ansettelsen utløper under en sykdomsperiode, så avsluttes ansettelsesforholdet på dette tidspunkt i henhold til avtalen.¹³⁴

Synspunktet mot denne ordningen har gått på at det kan gi urimelige resultater med tanke på at arbeidstakeren ikke har oppnådd tilstrekkelig tilknytning til virksomheten når vedkommen-

¹³¹ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 219.

¹³² Søreide (2009) s. 155.

¹³³ *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 822.

¹³⁴ Prop. 104 L (2009-2010) s. 14.

de i løpet av fireårsperioden har hatt fravær.¹³⁵ Imidlertid er bestemmelsen begrunnet med at den samsvarer med formålet bak fireårsregelen om at en midlertidig ansettelse over fire år indikerer et stabilt behov for arbeidskraft i virksomheten. Selv om arbeidstakeren i løpet av fire år er ute i sykemelding for eksempel, har virksomheten fortsatt det samme behovet for arbeidskraft ettersom ansettelsesforholdet løper. Og behovet for stillingsvern hos arbeidstakeren er ikke noe mindre.¹³⁶

Tidligere hadde ikke aml. § 14-12 (4) (da tredje ledd) en henvisning til tredje punktum i aml. § 14-9 (5). Dette innebar at innleide arbeidstakere aldri ville få regnet med fravær på grunn av for eksempel sykdom eller permisjon ved beregningen av arbeidstiden sin. Grunnen til dette var at beregningen av ansettelsestiden som nevnt over¹³⁷ skal knytte seg til den innleides arbeid i innleievirksomheten, og da det er utleievirksomheten som er arbeidsgiveren er det denne virksomheten arbeidstakeren er tilknyttet når vedkommende er i permisjon for eksempel eller andre typer rettmessig fravær.

I dagens bestemmelse følger det imidlertid en henvisning til aml. § 14-9 (5) tredje punktum fra aml. § 14-12 (4), som innebærer at det nå heller ikke for innleide arbeidstakere skal gjøres fradrag ved rettmessig fravær. I forarbeidene ble det lagt vekt på hensynet til konsistens og sammenheng i regelverket som tilsier at reglene bør være de samme ved midlertidig ansettelse som ved innleie. Departementet ramset videre opp eksempler på fravær som ikke skal komme til fradrag ved beregning av lengden på perioden arbeidstakeren leies ut til en virksomhet: «Lov-, avtale- eller individuelt bestemte permisjoner, ferie, sykefravær, driftsstans i innleievirksomheten, offentlige verv, mv.»¹³⁸

¹³⁵ Høreingsinstanser på arbeidsgiversiden jf. Prop. 104 L (2009-2010) s. 12.

¹³⁶ Prop. 104 L (2009-2010) s. 12.

¹³⁷ Avhandlingens punkt 3.2.1.

¹³⁸ Prop 74 L (2011-2012) s. 96.

4 Grensen mellom innleie av arbeidstakere og entreprise

4.1 Entreprensebegrepet

Entrepriseretten er i hovedsak ulovfestet,¹³⁹ og det følger dermed heller ingen lovfestet definisjon av entreprensebegrepet.¹⁴⁰ I innstillingen fra det såkalte Tjenestemannsutvalget, som følger av forarbeidene til innføringen av forbudet mot utleie i den tidligere sysselsettingsloven, er det imidlertid vist til at en entreprise gjerne defineres som «en avtale om at den ene part i et kontraktsforhold (entreprenøren) mot vederlag skal utføre et bestemt arbeid for en annen part, oppdragsgiveren».¹⁴¹ Denne definisjonen konkretiserer ikke noe nærmere hvordan oppdraget skal gjennomføres, bare at arbeidet som skal utføres må være bestemt på forhånd. Dette er dermed noe jeg slutter av definisjonen at må være et forhold som kjennetegner en entreprise.

I LA-2008-88775 har lagmannsretten beskrevet en entreprenskontrakt innen bygg og anlegg som en forpliktelse som innebærer at entreprenøren må levere byggherren et bestemt resultat. Til forskjell fra definisjonen over så presiseres det i denne beskrivelsen at entreprenøren skal ha et resultatansvar. Departementet har også i forbindelse med implementeringen av vikarbyrådirektivet presentert entreprenseforhold i forarbeidene som at underentreprenøren skal ha et resultatansvar: «en underentreprenør bringer med seg sine arbeidstakere for å utføre et arbeid på oppdrag av en oppdragsgiver. Underentreprenøren har ansvaret for resultatet av det arbeid som utføres.»¹⁴²

Både karakteristikken som følger av den første nevnte definisjonen, at en entreprise dreier seg om et «bestemt arbeid», og karakteristikken som følger av den siste, at entreprenøren skal ha «resultatansvaret», følger også av listen med momenter som forarbeidene og Høyesterett har slått fast at skal være veiledende når man skal vurdere om et arbeidsforhold skal regnes som en entreprise.¹⁴³ Grunnen til at akkurat disse to momentene er trukket frem i definisjonene

¹³⁹ Hagstrøm (1997) 13.

¹⁴⁰ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 42.

¹⁴¹ Ot.prp nr. 53 (1970-1971) på s. 23.

¹⁴² Prop.74 L(2011-2012) s. 25.

¹⁴³ Se kapittel 4.2.

mener jeg må ha sammenheng med at de er av de mest fremtredende kjennetegnene ved et entrepriseforhold av momentene. Oppdragsgiver vil ha et *bestemt arbeid* gjort, dermed er *resultatansvaret* til vedkommende som tar på seg oppdraget avgjørende. Hvordan arbeidet imidlertid ledes, hvem som arbeider, hvor mange som arbeider og lignende har ikke så mye å si for oppdragsgiveren ved en entreprise. Selv om de andre momentene kun er veiledende, mener jeg allikevel disse, ved mangel på en lovfestet definisjon, at også disse må være retningsgivende for hva som nærmere ligger i entrepriseregnet. I Prop. 74 L (2011-2012) på s. 25 og 26 blir momentene oppsummert ved at det i utgangspunktet vil foreligge entreprise når «ledelsen av arbeidet er hos entreprenøren og ikke hos oppdragsgiver(innleier), når antall arbeidstakere som benyttes på oppdraget er oppdragsgiver uvedkommende, når det er avtalt fast pris, når oppdraget er klart avgrenset, når entreprenøren har et selvstendig ansvar for resultatet og entreprenøren benytter egne materialer og verktøy.»¹⁴⁴

4.2 Retningslinjer for hvordan man trekker grensen mellom innleie og entreprise

Entrepriseforhold faller som nevnt innledningsvis utenfor aml., og det kan derfor ha stor betydning for arbeidstakers rettigheter om det foreligger et entrepriseforhold eller et innleieforhold.¹⁴⁵ Og herunder kan som nevnt gresedragningen mellom entreprise og innleie for eksempel bli aktuell å måtte trekke for og avgjøre om en arbeidstaker har krav på fast ansettelse etter fireårsregelen.

En viktig retningslinje å ta utgangspunkt i ved gresedragningen mellom innleie og entreprise er at det er realiteten i arbeidsforholdet som skal være avgjørende. Dette vil si at hvis realiteten tilsier at arbeidstakeren er innleid, har det ingen betydning at innleievirksomheten viser til at det i avtalen er skrevet at forholdet skal regnes som en entreprise.¹⁴⁶ Denne retningslinjen er det viktig å ta utgangspunkt i, for å unngå omgåelser som nevnt innledningsvis.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Se nærmere gjennomgang i avhandlingens punkt 4.2.

¹⁴⁵ Prop. 83 L (2012-2013) pkt 3.2.6.

¹⁴⁶ Prp. 74 L (2011-2012) s. 26.

¹⁴⁷ Se avhandlingens punkt 1.3.

Skillet mellom entreprise og innleie har ellers blitt drøftet av det såkalte Blaalid-utvalget i NOU 1998:15.¹⁴⁸ Her listes det opp momenter som kjennetegner både en entreprise, og en utleiesituasjon. Momentene bygger på innstillingen fra Tjenestemannsutvalget i Ot.prp.nr. 53 (1970-1971).¹⁴⁹

Momentene som listes opp er disse:

«I utgangspunktet er det entreprise når:

- ledelsen av arbeidet er hos entreprenøren og ikke hos oppdragsgiver,
- antall arbeidstakere som nyttes på oppdraget er uvedkommende for oppdragsgiver,
- det er avtalt en fast pris,
- oppdraget er klart avgrenset,
- entreprenøren har et selvstendig ansvar for resultatet, og
- entreprenøren nytter egne materialer og verktøy.»

«Det er utleie av arbeidskraft når:

- oppdragsgiver har ledelsen av arbeidet,
- et bestemt antall arbeidstakere er stilt til disposisjon for oppdragsgiver,
- det er fastsatt en timepris eller timeavhengig pris,
- det er ubestemte eller kun skisserte arbeidsoppgaver,
- oppdragsgiver beholder ansvaret for det utførte arbeid, og
- oppdragsgivers materialer og verktøy nyttes under oppdraget.»

Senere forarbeider¹⁵⁰ har bekreftet at det fortsatt er relevant å ta utgangspunkt i disse momentene ved grensdragningen, og siste gang ble dette bekreftet i Prop. 74 L (2011-2012).¹⁵¹

¹⁴⁸ NOU 1998:15 s. 45 og 46.

¹⁴⁹ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 50.

¹⁵⁰ Ot.prp nr. 70 (1998-1999) s. 41, Ot.prp. nr. 62 (2003-2004) s. 35, Prop. 74 L (2011-2012) s. 25 og 26.

¹⁵¹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 25.

I Rt. 2013 s. 998 gikk Høyesterett kronologisk gjennom forarbeidene som bekrefter at momentene som Blaalid utvalget viste til fortsatt er relevante. Og samtidig går det frem av dommen at «selv om grensedragningen – subsumsjonen – i den enkelte sak kan være vanskelig, bygger de kriterier som i dag anvendes for å avgjøre om det foreligger en entreprise, på sikker rett».¹⁵² Disse klare uttalelsene tilsier at det ved grensedragningen mellom entreprise og innleie må tas utgangspunkt i disse momentene. Saken gjaldt nettopp et krav på fast ansettelse etter fireårsregelen¹⁵³. Faktum gikk ut på at A var ansatt i Quality People og hadde utført arbeid for Norsk Hydro, senere Statoil - fra da virksomheten som A utførte arbeid for fusjonerte med Statoil, i over fire sammenhengende år. Og spørsmålet i saken var om arbeidet A hadde utført var et ledd i en entreprise, eller om det var tale om innleie av arbeidskraft.

Det følger en avklaring av dommen om at for sontringen mellom entreprise og innleie «kan det ikke være avgjørende om oppdraget går ut på å levere et produkt eller en løpende tjeneste.»¹⁵⁴ Selv om det ofte er sånn at en entrepriseavtale går ut på at et bestemt resultat skal leveres innen en viss tid, mens det kan sies at innleie kjennetegnes ved at det leveres løpende arbeidskraft, følger det etter dette at skillet ikke skal ha noen betydning ved vurderingen av om det i en gitt sak foreligger entreprise eller innleie.

Selv om det følger av dommen at det skal tas utgangspunkt i momentene ved grensedragningen, så presiseres det videre i dommen at grensen må trekkes etter en helhetsvurdering.¹⁵⁵ Dette henger sammen med Høyesterett sin henvisning til Rt. 2002 s 1469 hvor Høyesterett i en sak skattesak, hvor det ble avgjørende å avgjøre om det rettslig sett forelå arbeidsutleie, bygget på momentlisten fra NOU 1998:15, men samtidig presiserte at oppregningen ikke er ment å være «uttømmende».¹⁵⁶ Dette vil dermed si at momentene fra NOU 1998:15 må være veiledende ved en grensedragning, men at det konkrete resultat i hver enkelt sak må bero på en konkret helhetsvurdering. Hva som nærmere skal tas utgangspunkt i ved helhetsvurderingen skal det tas stilling til nedenfor, men først skal det ses litt nærmere på hva som ligger i hvert enkelt moment.

¹⁵² Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59.

¹⁵³ Aml. § 14-12 fjerde ledd, jf § 14-9 femte ledd.

¹⁵⁴ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59.

¹⁵⁵ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59.

¹⁵⁶ Rt. 2002 s. 1416 s. 1475.

4.3 Momentene som det skal tas utgangspunkt i ved grensedragningen

4.3.1 Betydningen av hvem som leder arbeidet

Momentet knyttet til ledelse går ut på at dersom entreprenøren har ledelsen av arbeidet tyder dette på at arbeidsforholdet skal anses som en entreprise, mens dersom oppdragsgiveren har ledelsen tyder det på at det er tale om et utleieforhold. For utleietilfellet så samsvarer dette med arbeidsmarkedslovens definisjon av utleie hvor det går frem at det er innleievirksomheten som skal lede arbeidet til den innleide arbeidstakeren.¹⁵⁷

Videre har momentet tilknytning til styringsretten som gjelder i norske arbeidsforhold. Styringsretten defineres gjerne i juridisk teori som «retten til å lede, fordele og kontrollere arbeidet».¹⁵⁸ Men «styringsrett» er ikke et entydig begrep,¹⁵⁹ så det har gjennom rettspraksis og juridisk teori utviklet seg litt ulike varianter av beskrivelser. I rettspraksis har Høyesterett brukt en lignende definisjon som den nevnte, nemlig «rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet».¹⁶⁰ Inn under styringsretten går også retten arbeidsgiver har til å ansette og si opp arbeidstakere,¹⁶¹ selv om dette ikke følger direkte av disse nevnte beskrivelsene. Denne delen av styringsretten inngår imidlertid ikke av innleievirksomheters styringsrett ovenfor de innleide, ettersom det er utleiebedriften som arbeidsgiver som innehar den funksjonen i utleietilfeller. I Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) så forklares en entreprenør som utøver arbeidsledelse som den som «leder, fordeler og kontrollerer det arbeidet som skal utføres».¹⁶² Forarbeidene kan dermed sies å bekrefte at meningen har vært å knytte en parallell til hvem som har styringsretten.

¹⁵⁷ Arbeidsmarkedsloven § 25 (2).

¹⁵⁸ Se for eksempel Fanebust (2013) s. 110

¹⁵⁹ Evju (2010) s. 52.

¹⁶⁰ . Se for eksempel Rt. 2000 s. 1602 og Rt. 2001 s. 418.

¹⁶¹ Fanebust (2013) s. 110. Dette inngår i Stein Evju sin beskrivelse av begrepet som følger av en artikkel fra 2010 – «Styringsrett og restkompetanse», på side 52. Her blir begrepet presentert som at arbeidsgiveren har en rett «til å organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere»:

¹⁶² Ot.prp.nr 53 (1970-71) s. 23.

Utgangspunktet er at det er arbeidsgiver som innehar styringsretten i arbeidsforhold,¹⁶³ men på dette punkt skiller innleiesituasjoner seg fra de ordinære bilaterale arbeidsforholdene, etter som utleiebedriften som arbeidsgiver kan sies å ha delegert arbeidsgiverfunksjonen knyttet til ledelse til innleievirksomheten.¹⁶⁴ Dermed er det i momentlisten fastsatt at dersom *oppdragsgiveren* har ledelsen av arbeidet tyder det på en utleiesituasjon.

Det presiseres videre i de samme forarbeidene at entreprenøren selv skal bestemme hvordan arbeidet skal utføres for å oppnå det avtalte arbeidsresultat.¹⁶⁵ Dette er rimelig da entreprenøren ved en entreprise også sitter med ansvaret for resultatet.¹⁶⁶ Hadde entreprenøren skulle siddet med ansvaret for et arbeid vedkommende ikke selv hadde ledet ville det lett oppstått urimelige resultater. Oppdragsgiveren kunne for eksempel ved ledelsen bli fristet til å ta større risiko enn vanlig med tanke på at det er entreprenøren som sitter med ansvaret og ikke oppdragsgiveren selv.

Det blir også fremhevet at dersom entreprenøren faktisk utøver arbeidsledelsen er dette et «utpreget og helt avgjørende kjennetegn på entreprise».¹⁶⁷ Ordvalgene, «utpreget» og «helt avgjørende» tyder på at dette momentet utpeker seg som spesielt viktig når man foretar avgrensningen. Høyesterett bekrefter også dette i Rt. 2013 s. 998 der det blir fremhevet som «avgjørende» ved helhetsvurderingen å se etter «hvem av partene som har ansvaret for ledelsen».¹⁶⁸

Det er videre viktig, som tidligere over nevnt, at det er realiteten i arbeidsforholdet som er avgjørende.¹⁶⁹ En oppdragsgiver kan for eksempel ikke påstå at et oppdrag er en del av en entreprise ved å vise til at det i arbeidsavtalen er beskrevet at entreprenøren skal lede arbeidet, dersom det i realiteten er oppdragsgiveren som leder og fordeler det arbeidet som utføres.

¹⁶³ Fanebust (2013) s. 110.

¹⁶⁴ Evju (2012) s. 7.

¹⁶⁵ Ot.prp.nr.53 (1970-71) s. 23.

¹⁶⁶ Se avhandlingens 4.1 om entrepriseregretet.

¹⁶⁷ Ot.prp.nr.53(1970-71) s.23.

¹⁶⁸ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59.

¹⁶⁹ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 66.

Oppdragsgiveren har imidlertid anledning til å kontrollere arbeidsresultatet selv om arbeidet utføres som ledd i en entreprise. Dette gjelder både under arbeidets gang og når arbeidet er avsluttet.¹⁷⁰ Grunnen til dette må sies å være at oppdragsgiveren skal kunne sikre at entreprenøren ikke omgår resultatansvaret sitt. Herunder kan man si at den tradisjonelle styringsretten slik den er definert i både rettspraksis, forarbeider og juridisk teori blir oppstykket, da oppdragsgiver på en måte får delegert litt av kontrollfunksjonen.

4.3.2 Betydningen av hvem som innehar resultatansvaret

Er det oppdragsgiver som har ansvar for resultatet av arbeidet tyder dette på et innleieforhold, og er det entreprenøren som har ansvaret for resultatet tyder det på entreprise.¹⁷¹ Høyesterett fremhever dette momentet i Rt. 2013 s. 998 som et avgjørende moment.¹⁷² I tillegg har det som over nevnt i de senere årene kommet med i definisjonen av entrepriseforhold i blant annet forarbeider. Dette tilsier at momentet, på samme måte som hvem som har ledelsen av oppdraget, skal utpeke seg som spesielt sentralt ved grensedragningen. En grunn til at dette skal være avgjørende ved grensedragningen, kan være at dette trekket ved entrepriseforhold er et så klart skille fra utleiesituasjoner der arbeidstakeren, som i andre arbeidsforhold, ikke har noen annen plikt enn å stille sin arbeidskraften sin til disposisjon.

4.3.3 Betydningen av at det er et bestemt antall arbeidstakere på oppdraget

Hvis et bestemt antall arbeidstakere skal utføre oppdraget peker dette i retning av at det er tale om et utleieforhold, og på den annen side mener Tjenestemannsutvalget at det normalt ved entreprise må være opp til entreprenøren å bestemme arbeidsstyrkens størrelse og sammensetning.¹⁷³ Foruten at dette momentet har sammenheng med ledelsesmomentet, at den som innehar styringsretten har rett til å velge hvilke ansatte de vil anvende, så har momentet en klar sammenheng med resultatansvaret. Da innleievirksomheten har ansvaret for de innleide arbeidstakernes utførelse, er det naturlig at de har kontroll over hvilke, og hvor mange arbeids-

¹⁷⁰ Ot.prp.nr.53 (1970-1971) s. 23.

¹⁷¹ NOU 1998:15 s. 46.

¹⁷² Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59.

¹⁷³ Ot.prp.nr.53 (1970-1971) s. 23.

takere som anvendes. Og på den annen side er det rimelig at en entreprenør med resultatansvar får bestemme arbeidsstyrkens størrelse og sammensetning, uten at oppdragsgiver bryr seg med det.

Til illustrasjon hadde Statoil i Rt. 2013 s. 998 forbeholdt seg retten til å godkjenne personell som skulle ha tilgang til bygningene, noe som kunne tyde på at de ville ha kontrollen over arbeidstakerne, og som igjen skulle tyde på at det forelå innleie. Imidlertid lå det sikkerhetsmessige årsaker bak denne retten, så Høyesterett anså ikke dette som en begrensning i Quality Peoples rett til å bestemme arbeidsstyrkens sammensetning. Dette eksempelet illustrer at man ikke kan følge momentene skjematisk, uten å vurdere de konkret opp mot hver enkelt situasjon.

4.3.4 Betydningen av avtalt fastpris eller timespris

Momentene i NOU 1998:15 skiller mellom timespris og fastpris, der avtalt timespris tyder på arbeidsutleie og fastpris tyder på entrepris. Det som skiller timepris fra fastpris er blant annet at ved fastpris har leverandøren risikoen for at betalingen tilsvarer den tiden som leverandøren og arbeiderene må bruke på oppdraget.¹⁷⁴ Skulle arbeidet ta lenger tid har de dermed ikke rett på overtidsbetalt på samme måte som innleide arbeidstakere med timebetalt har.

Det følger imidlertid av Ot.prp.nr.53 (1970-1971) at det forekommer at entrepris også «utføres etter løpende regning».¹⁷⁵ Dette tyder på at betalingsformen nødvendigvis ikke står så sterkt i seg selv som kjennetegn på entrepris. Dette støttes av Lagmannsrettens uttalelse i LB-2004-102939: «Når det gjelder vederlaget, var dette basert på regningsarbeid og timepris. Selv om det ikke er utslagsgivende for avtaleformen, trekker det i denne gitte situasjon i retning av at arbeidsleie.»¹⁷⁶

Dommen gjaldt spørsmålet om en avtale om regningsarbeid utgjorde en entrepriskontrakt eller en avtale om arbeidsutleie. Dette ble avgjørende å vurdere for å finne ut hvem som skulle

¹⁷⁴ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 101.

¹⁷⁵ Ot.prp.nr.53 (1970-1971) s. 24.

¹⁷⁶ LB-2004-102939 5.1.

ha ansvaret for timetallet som ble vesentlig høyere enn antatt. Lagmannsretten kom til at det var tale om arbeidsleie, og at oppdragsgiver dermed måtte bære risikoen for at timetallet ble høyere enn antatt.

Høyesterett sluttet i Rt. 2013 s. 998 med at det var klare holdepunkter for en fastprisavtale, men gjorde en særskilt vurdering av at det i en bestilling for perioden 1. mars 2007 til 29. februar 2008 var tatt inn: «Overtid innenfor entreprisen resepsjon og post. Satser etter rammeavtale kr 211/time før kl 16 og 350 kr/time etter kl 16. Overtid skal godkjennes av Lisbeth Sandquist i forkant.» Betegnelsen «overtid» kan jo tyde på at det ikke foreligger en fastprisavtale. Høyesterett presiserer imidlertid i dommen at det kan være aktuelt med overtidsbetalt ved en fastprisavtale dersom arbeidet ligger utenfor det arbeidsomfanget som entreprenøren har påtatt seg.¹⁷⁷ Høyesterett startet dermed med å se på hva som lå innenfor arbeidsomfanget til Posten. Og da det var et skille mellom «enkle flytteoppgaver» som lå innenfor arbeidsomfanget for Posten og flytteoppgaver som gikk utenom, kom Høyesterett til at betegnelsen «overtid» må forstås som vederlagssatsen for flytteoppgaver som var «et tillegg til det avtalte arbeidsomfanget, og som derfor skulle godtgjøres særskilt»¹⁷⁸.

4.3.5 Betydningen av at arbeidsoppgavene/arbeidsoppdraget er bestemt på forhånd

Tjenestemannsutvalget uttaler videre i Ot.prp.nr.53 (1970-1971)¹⁷⁹ at det ikke er tilstrekkelig at nye avgrensede arbeidsoppgaver bestemmes fra dag til dag ved en entreprise, og har tatt med i definisjonen av entreprise som nevnt over at det må dreie seg om et bestemt oppdrag. En begrunnelse for at dette har blitt tatt med i definisjonen av begrepet kan sies å være at dette kjennetegnet har sammenheng med selve hensikten til oppdragsgiveren ved et entrepriseoppdrag, nettopp å få et bestemt oppdrag gjort. Hvordan dette ledes, hvem som benyttes, hvilke materialer betyr på en annen side ikke noe for oppdragsgiver.

¹⁷⁷ Rt 2013 998 avsnitt 101.

¹⁷⁸ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 104.

¹⁷⁹ Ot.prp.nr 53 (1970-1971) s. 23.

Ved innleie er det på en annen side tilstrekkelig at arbeidsoppgavene bare er skisserte, noe som har sammenheng med momentet knyttet til ledelsen av arbeidet. Innleier skal lede arbeidet og som en konsekvens av denne styringsretten kan innleier tildele og eventuelt endre arbeidsoppgavene underveis. Arbeidsavtalen setter imidlertid grenser for hvilke endringene som kan foretas. Arbeidets avtalte karakter kan ikke endres for vesentlig. I slike tilfeller må det kreves samtykke eller formell oppsigelse.¹⁸⁰

4.3.6 Betydningen av hvem som stiller med materialer, verktøy og lokaler.

Det følger av NOU 1998:15 at det i utgangspunktet er entreprise dersom entreprenøren nytter egne materialer og verktøy, og at det er arbeidsutleie hvis oppdragsgivers materialer og verktøy brukes. Imidlertid følger det av Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) at det «i enkelte bransjer» likevel er «naturlig at oppdragsgiveren holder materiell og verktøy».¹⁸¹ Forarbeidene må forstås slik at dersom oppdragsgiveren stiller med materialer, maskiner og verktøy så tyder det i utgangspunktet på at det foreligger arbeidsutleie, men at det ikke nødvendigvis taler i den retning hvis oppdragets karakter gjør det naturlig at det er oppdragsgiveren som stiller med materialer, maskiner og verktøy selv under en entreprise. I LB-2004-102939 gir retten uttrykk for at hvilke lokaler som anvendes også herunder kan få betydning ved gresedragningen.¹⁸²

Rt. 2013 s. 998 illustrerer denne sistnevnte situasjon. Det går frem av dommen at da oppdraget gikk ut på å distribuere innkommet post til Statoil til medarbeiderne på Sandsli, er det naturlig at tjenesten ble utøvd i Statoils lokaler og med Statoils utstyr. Det at oppdragsgiveren, Statoil, altså her stilte med utstyr og lokaler, satte ikke en stopper for å anse arbeidet som en entreprise. Høyesterett vurderte heller ikke det at Statoil i tillegg stilte med budbil som å trekke i retning av innleie.

Både Høyesterett sin vurdering av momentet i Rt. 2013 s. 998, og forarbeidene, tyder på at et arbeid kan regnes som entreprise selv om det er oppdragsgiver som stiller med lokalene, materialene og verktøyet, dersom dette anses naturlig. Et eksempel på at det gjerne ikke anses naturlig at oppdragsgiver stiller med materialer og verktøy er hvis oppdraget krever utstyr

¹⁸⁰ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 112.

¹⁸¹ Ot.prp. nr 53 (1970-1971) s. 23.

¹⁸² LB-2004-102939 5.1.

som klart skiller seg fra det utstyret oppdragsgiveren og arbeiderne ellers i virksomheten anvender ved sitt arbeid.

4.3.7 Hvem som fastsetter og kontrollerer arbeidstiden

«Dersom oppdragsgiver fastsetter og kontrollerer arbeidstiden, innvilger permisjon m.v»¹⁸³ tyder det på at det foreligger utleie av arbeidskraft. Dette følger av Tjenestemannsutvalgets uttalelse, men er ikke listet opp i NOU 1998: 15. Høyesterett har imidlertid også i Rt. 2013 s. 998 vurdert momentet.

Å styre arbeidstiden på denne måten må anses som utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner,¹⁸⁴ og momentet må dermed ses i sammenheng med den ledelse oppdragsgiver kan utføre ved innleie.¹⁸⁵

I Rt. 2013 s. 998 var Postens åpningstid bestemt i Statoils bestilling, dette skulle etter det ovennevnte tyde på at det forelå utleie av arbeidskraft. Imidlertid så Høyesterett på arbeidsgiverfunksjonene samlet, og mente at selv om Statoil bestemte åpningstiden så ble ikke Quality Peoples arbeidsgiverfunksjon fratatt. Herunder var det blant annet avgjørende at Quality People for eksempel ikke rapporterte sitt timeforbruk på Posten til Statoil for godkjenning. Denne vurderingen illustrer viktigheten av å vurdere hele situasjonen samlet.

4.4 Helhetsvurdering

Høyesterett presiserer i Rt. 2013 s. 998 at avgjørelsen av om man står overfor et innleieforhold eller en entreprise beror på en helhetsvurdering. Videre ble det i dommen fremhevet som avgjørende å se på hvem som har ansvaret for ledelsen, og hvem som har ansvaret for resultatet av det arbeidet som presteres. Disse to momentene henger sammen på den måten at det er rimelig at den som leder arbeidet også har ansvaret for resultatet, og på den annen side at den

¹⁸³ Ot.prp.53 (1970-1971) s. 23.

¹⁸⁴ Ot.prp.53 (1970-1971) s. 23.

¹⁸⁵ Arbeidsmarkedsloven § 25 (2)

som har resultatansvar også får lede arbeidet. Og grunnen til at disse trekkes frem som avgjørende momenter kan ha en sammenheng med at det er disse kjennetegnene som klart skiller en utleiesituasjon fra en entreprise.

Ettersom alle arbeidsforhold er individuelle, ville det være vanskelig å følge en helt skjematisk opplisting for å avgjøre grensespørsmålet, uten å foreta en konkret helhetsvurderingen. En retningslinje for å unngå omgåelser av reglene om innleie kan være å vurdere hver situasjon opp mot formålet med arbeidsmiljøloven om å sikre trygge ansettelsesforhold.¹⁸⁶ Imidlertid bygger som nevnt innledningsvis kriteriene man skal følge for å avgjøre om det foreligger en entreprise på sikker rett, så slike formålsbetraktninger kan ikke trekke opp nye linjer for grensedragningen.¹⁸⁷ Men ettersom formålsbetraktningen som følger av aml.¹⁸⁸ er både vid og viktig, er det mulig å trekke denne inn i den konkrete vurderingen uten at det trekkes opp nye retningslinjer.

I helhetsvurderingen mener jeg praksis illustrerer at det er viktig å se momentene i sammenheng. Selv om ett av momentene for eksempel kan trekke i retning av utleie, kan det hende momentet etter en konkret vurdering, og sammenholdt med de andre momentene ikke blir utslagsgivende i helhetsvurderingen. I Rt. 2013 s. 998 var dette tilfellet når det gjaldt avtalen som gikk på at behovet for sommervikarer skulle dekkes av barn av Statoil-ansatte. Selv om denne klausulen innebar en begrensning i Quality Peoples rett til å bestemme arbeidsstyrkenes sammensetning, ble ikke vekten utslagsgivende i helhetsvurderingen, der resultatet ble at posttjenesten var en entreprise. Høyesterett foretok en konkret vurdering og poengterte herunder at Quality People hadde en viss valgfrihet ved at de selv kunne bestemme hvem på sommervikarlisten selskapet ville benytte og at sommervikarordningen bare gjaldt en svært begrenset tid der aktiviteten er lavere enn ellers.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Johansen (2011) s. 590.

¹⁸⁷ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 63.

¹⁸⁸ Aml. § 1-2.

¹⁸⁹ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 110.

4.5 En del av arbeidet til arbeidstakeren regnes som entreprise og en annen del som innleie

Når man vurderer grensdragningen mellom entreprise og innleie, er det også relevant å se på hvilken arbeidsrettslig betydning det får hvis en arbeidstaker sitt arbeid delvis faller inn under en entreprise, og arbeidstakeren for resten av arbeidet han utfører må regnes som innleid. I denne avhandlingen blir spørsmålet om arbeidstaker da kan få krav på fast ansettelse etter fireårsregelen, og hvordan dette eventuelt vurderes.

Hverken forarbeider eller høyesterettspraksis løser spørsmålet. I LG-2012-025739 som gjaldt et krav fra A om fast ansettelse etter fireårsregelen, ble imidlertid grensen mellom innleie og entreprise vurdert, og herunder ble en liten del av arbeidet som A utførte gjennom fireårsperioden regnet som entreprise, mens for resten av arbeidet han utførte ble han regnet som innleid. Lagmannsretten kom til at det vesentligste av arbeidet måtte regnes som innleie etter aml. § 14-12, og at A dermed hadde rett på fast ansettelse etter fireårsregelen. Selv om denne dommen er en lagmannsrettsdom,¹⁹⁰ blir den veiledende for dette spørsmålet, ettersom anken om grensdragningen mellom entreprise og innleie i denne dommen ble forkastet av Høyesterett ankeutvalg, noe som igjen kan indikere at Høyesterett var enig med lagmannsretten. Denne indikasjonen, sammenholdt med at rettskildematerialet om spørsmålet som tas opp er knapt, gjør at jeg velger å legge vekt på denne dommen i drøftelsene.

Lagmannsretten gjorde en grundig vurdering av hvilke typer arbeidsoppgaver A hadde hatt under fireårsperioden fra 2006-2010, og selv om arbeidsoppgaver han utførte fra 1. januar 2009 ble ansett å falle inn under entreprisen ble ikke dette utslagsgivende ettersom det vesentligste av arbeidsoppgavene A utførte falt utenfor entreprisen.

Av mangel på andre holdepunkter i rettskildene, kan dette tyde på at det er avgjørende å foreta en samlet vurdering av arbeidsoppgavene, og at dersom de vesentligste av oppgavene må regnes som innleie kan det tyde på at arbeidstakeren har krav på fast ansettelse etter fireårsregelen, selv om noe av arbeidet faller inn under en entreprise. Dersom arbeidstakeren på en annen side blir leid inn på noen få oppgaver under et arbeidsforhold, som ellers utføres som ledd i en

¹⁹⁰ Se avhandlingens punkt 1.4.

entreprise, tilsier imidlertid rimelighetshensyn at denne vurderingen ikke kan snus om på til at ettersom de vesentligste av oppgavene regnes som entrepriser så skal arbeidsforholdet samlet sett regnes som en entrepriser. Denne delen som anses som innleie bør heller da anses som et eget kontraktsforhold. Ved innleie er det jo innleievirksomheten som har ledelsen av arbeidet og utfører kontrollen, mens det ved entrepriser er entreprenøren som har ansvaret for resultatet. Og det vil kunne bli veldig urimelig om entreprenøren skal ha ansvaret for et arbeid som innleievirksomheten har ledet.¹⁹¹ Og i forhold til fireårsregelen ville det være urimelig om innleiedelen ikke fikk gå med i «opptjening» til fireårsregelen, dersom dette skulle bli aktuelt hvis dette arbeidsforholdet for eksempel var på slutten av arbeidsforholdet jf. kravet om «sammenheng», og innleieforholdet fortsatte videre.

Det kan imidlertid bli spørsmål om innleiedelen, hvor en liten del av arbeidet regnes som innleie og resten regnes å falle inn under entreprisen, kan sies å falle inn under slikt arbeid som kan opprettes etter klausul om endrings- og tilleggsordrer som ofte foreligger ved entrepriser. Under den samlede vurderingen som lagmannsretten foretok vurderte de om arbeidet A foretok falt inn under de tilleggs- og endringsordrer som kunne foretas etter et punkt i entrepriseavtalen, og om arbeidet av den grunn kunne sies å falle inn under entrepriseavtalen. Lagmannsretten vektla avtalens retningslinjer spesielt og kom til at arbeidet ikke kunne regnes som tilleggsordrer ettersom avtalen krever en bestemt formell fremgangsmåte som her ikke var fulgt.

Av dette resonnementet kan det dermed utledes at det er avtalen som styrer hvordan arbeid man kan kalle entrepriser som følge av at det regnes som tilleggs- eller endringsarbeid. Dette klargjør igjen viktigheten av å regulere dette nøye i avtalen. På den annen side så er det ikke alltid like lett for partene på avtaletidspunktet å ta stilling til rammene for endrings- og tilleggsavtaler. Grunnen til det kan være at de synes det er vanskelig å si hvordan type behov for arbeidskraft de på et senere tidspunkt vil trenge på oppdraget.¹⁹² Men den formelle fremgangsmåten mot et endrings- eller tilleggsarbeid kan uansett enkelt reguleres i avtalen, og dersom dette er gjort anses det etter denne dommen som helt avgjørende å følge denne dersom et arbeid skal få status som endrings eller tilleggsarbeid til en entrepriseavtale.

¹⁹¹ Eurojuris Norge AS (2012)

¹⁹² Eurojuris Norge AS (2012)

4.6 Avsluttende bemerkninger til grensedragningen

Det som videre avslutningsvis kan bemerkes om grensedragningen er at det dreier seg om en samlet vurdering av momentene, hvor helhetsvurderingen er avgjørende, særlig på grunn av at arbeidsforhold er så individuelle. Det kan også utledes av gjennomgangen over at momentene må ses i sammenheng. Ofte kan de andre nevnte momentene ses i sammenheng med momentene om hvem som har ansvaret for resultat og hvem som innehar ledelsen. Som det for eksempel går frem av gjennomgangen over har momentet knyttet til hvem som bestemmer antall arbeidstakere på oppdraget, og arbeidsstyrkens størrelse og sammensetning, sammenheng med momentet om hvem som har ansvaret for resultatet, ettersom det er rimelig at vedkommende som har ansvar for resultatet også får avgjøre dette.

5 Rettsvirkninger av en innleid arbeidstakers rett på fast ansettelse etter fireårsregelen

5.1 Oversikt

Hensikten med dette kapitlet er å se på hvilke rettsvirkninger som inntreffer når det er klart at en innleid arbeidstaker kan gjøre krav på fast ansettelse etter fireårsregelen. En rettsvirkning som kan leses direkte ut av lovteksten er at arbeidstakeren får oppsigelsesvern på lik linje med det andre faste ansatte har. Dette innebærer at arbeidstakeren er ansatt på ubestemt tid helt til arbeidsgiveren eventuelt måtte ha en saklig grunn til å kunne si opp vedkommende etter aml. § 15-7. Sentrale spørsmål som må tas stilling til er imidlertid om arbeidstakeren automatisk får fast ansettelse i virksomheten, eller om det må kreves dom, og hvilket innhold den faste stillingen skal ha.

5.2 Automatisk fast ansatt eller dom?

Dersom vilkårene for rett på fast ansettelse etter fireårsregelen er oppfylt, følger det av ordlyden i aml. § 14-9 (5) annet punktum at den midlertidig ansatte automatisk skal få fast ansettelse

se i virksomheten. Ordlyden i aml. § 14-12 (4) om at reglene i aml. § 14-9 (5) annet punktum skal få «tilsvarende» anvendelse tyder da på at også innleide automatisk blir fast ansatt i innleievirksomheten. Det samme gjør Høyesterett sin uttalelse i Rt. 2013 s. 998 avsnitt 41, om at innleie i mer enn fire år vil gi den innleide status som fast ansatt hos oppdragsgiveren «på samme måte» som en som har vært midlertidig ansatt i så lang tid.

Dersom en innleid arbeidstaker etter dette automatisk blir fast ansatt får dette, på grunn av trepartsforholdet som foreligger i en innleiesituasjon, andre konsekvenser enn det har at midlertidig ansatte automatisk blir fast ansatt. Ettersom den innleide arbeidstakeren har sitt kontraktsforhold knyttet til bemanningsforetaket kan vedkommende ha oppsigelsestid i denne virksomheten, noe som kan føre til at arbeidstakeren får to arbeidsgivere. Herunder kan det oppstå spørsmål i forhold til hvilken virksomhet arbeidstakeren har rettigheter, for eksempel i henhold til pensjonsordninger.¹⁹³

Det følger imidlertid av ordlyden i aml. § 14-14 at «dersom det foreligger brudd på bestemmelsene i § 14-12 skal retten etter påstand fra den innleide arbeidstakeren avsi dom for at den innleide har et fast arbeidsforhold hos innleier.» Ordlyden kan tale for at dersom en innleid arbeidstaker er innleid i mer enn fire år uten at vedkommende har blitt gitt fast ansettelse anses det som et brudd på aml. § 14-12 (4) som henviser til fireårsregelen i aml. § 14.9 (5), noe som dermed tilsier at det for innleide må bli avsagt dom på fast ansettelse, i motsetning til ved midlertidige ansettelser der oppsigelsesvernet inntreer automatisk.

Den samme forståelse er lagt til grunn ved følgende uttalelse i Rt. 2013 s. 1730: «Henvisningen i fjerde ledd til § 14-9 femte ledd innebærer at en person som er innleid fra et bemanningsforetak og som har arbeidet sammenhengende mer enn fire år for innleievirksomheten, har krav på fast ansettelse der, jf. § 14-14 første ledd.»¹⁹⁴

Detter tyder på at «tilsvarende» jf. ordlyden i aml. § 14-12 (4) og «på samme måte» jf. uttalelsen til Høyesterett i Rt. 2013 s. 998 i dette tilfellet kun skal knytte seg til at den innleide arbeidstakeren får lik rett på fast ansettelse som de midlertidige ansatte får, ikke til hvordan

¹⁹³ Søreide (2009) s. 78.

¹⁹⁴ Rt. 2013 s. 1730 avsnitt 35.

denne retten trer i kraft. Og gjeldende rett må etter dette sies å være at den innleide arbeidstakeren enten kan velge om vedkommende vil fremlegge påstand om fast ansettelse i innleievirksomheten jf. aml. § 14-14, eller om vedkommende heller vil fortsette sitt ansettelsesforhold med bemanningsforetaket. Situasjonen som er beskrevet over i forhold til at arbeidstakeren kan ende opp med to arbeidsgivere, taler for at domstolen skal sette den faste ansettelsen til utløpet av oppsigelsestiden den innleide har i bemanningsforetaket, slik at arbeidstakeren først når oppsigelsestiden har gått ut oppnår rettigheter i innleievirksomheten.¹⁹⁵

5.3 Innholdet av den faste ansettelsen

Det følger av drøftelsen i punkt 3.3.1.3 at en arbeidstaker kan ha ulike arbeidsoppgaver under innleieperioden uten at dette bryter «opptjeningen» til fireårsfristen. Herunder kan det hende arbeidstakeren også har hatt ulik stillingsprosent gjennom fireårsperioden. Et spørsmål som dermed oppstår er hvilket innhold den faste ansettelsen skal ha når arbeidstakeren får rett til fast ansettelse etter regelen.

Det følger ingen løsning på det stilte spørsmål i loven. I Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) uttales det at det er vanskelig å regulere det nærmere innholdet av de faste ansettelsene i lov, og at «dette er spørsmål som må vurderes konkret i den enkelte sak blant annet ved hjelp av de momenter domstolene har trukket opp».¹⁹⁶ Dette er et rimelig utgangspunkt da hvert arbeidsforhold er individuelt regulert i arbeidsavtale. Det er i tillegg uttrykkelig presisert at selv om innholdet kan være vanskelig å presisere, så skal ikke det være et moment i vurderingen av om fireårsregelen er oppfylt.¹⁹⁷ Dette innebærer at arbeidstakeren er sikret den faste ansettelsen selv om innholdet av den er uklart, og dermed må avgjøres ut fra en konkret vurdering.

Det er videre viktig for arbeidstakernes forutberegnelighet at det utvikler seg retningslinjer som de kan forholde seg til der det er mulig. Når det gjelder spørsmålet om hvilken stillingsprosent innholdet skal ha når arbeidstakeren gjennom fireårsperioden har hatt forskjellige stillingsprosent, har det utviklet seg en retningslinje i praksis, som senere er gitt anvisning på at

¹⁹⁵ Søreide (2010) s. 78.

¹⁹⁶ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 44.

¹⁹⁷ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 44.

det skal tas utgangspunkt i forarbeider.¹⁹⁸ Denne går ut på det skal foretas en gjennomsnittsberegning.

Når det gjelder hvilket innhold den faste ansettelsen skal ha, dersom arbeidstakeren har hatt ulike arbeidsoppgaver, kan en indirekte tolkning av en uttalelse knyttet til forholdet til fortrinnretsreglene i Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) gi veiledning. Av uttalelsen følger at «når fireårsregelen gjelder» er vedkommende «å anse som fast ansatt i det arbeid vedkommende har vært midlertidig ansatt i.» Uttalelsen tyder på at den innleide arbeidstakeren har krav på å få fast stilling med de arbeidsoppgavene arbeidstakeren hadde på det tidspunktet arbeidstakeren hadde arbeidet i fire år. Arbeidsgiveren må imidlertid kunne endre arbeidsoppgavene innenfor rammen av det som følger av styringsretten. Denne indirekte forståelsen er også lagt til grunn i juridisk teori.¹⁹⁹

Dette utgangspunktet kan gi urimelige resultater i praksis, noe som kan illustreres med et eksempel. En arbeidstaker som for eksempel har arbeidet som sykepleier på et sykehjem helt til vedkommende rett før ansettelsesforholdet hadde vart i fire år steppet inn som pleieassistent, vil i følge regelen ha krav på fast stilling som pleieassistent, og ikke sykepleier. Rimelighets-hensyn taler dermed for at man skal ta uttalelsene som først vist til fra forarbeidene på ordet, om at hver sak må vurderes konkret.²⁰⁰

6 Utgjør fireårsregelen for innleide en god regel i praksis?

Et av formålene bak arbeidsmiljøloven er å sikre «trygge ansettelsesforhold»,²⁰¹ og begrun- nelsen bak fireårsregelen for innleide er blant annet å sikre at stillingsvernet ikke blir om-

¹⁹⁸ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 44.

¹⁹⁹ *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 823.

²⁰⁰ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 44.

²⁰¹ Aml. § 1-1.

gått.²⁰² Det kan stilles spørsmålstegn ved om fireårsregelen for innleide i praksis egentlig sikrer disse nevnte formålene, og herunder virker som tilsiktet.

Det at arbeidstakeren selv må gå til domstolen med et krav om fast ansettelse som overnevnt,²⁰³ kan nok i praksis i mange tilfeller innebære et hinder for at bestemmelsen får den effekten den er tilsiktet. For mange arbeidstakere vil nok det å gå til domstolen med et krav ses på som et stort hinder, blant annet med tanke på at motparten ved en eventuell tvist rundt kravet faktisk er vedkommende arbeidstakers eventuelle fremtidige arbeidsgiver. De fleste arbeidstakere vil se på det som helt nødvendig, blant annet for trivsel på arbeidsplassen, og ha et godt forhold til arbeidsgiveren sin. Mange arbeidstakere vil nok heller la være å fremme kravet sitt av disse grunner, og heller eventuelt se seg rundt etter en ny arbeidsplass.

På en annen side vil nok den lovfestede regelen kunne ha en effekt i seg selv ved at noen virksomheter tilbyr innleide arbeidstakere en fast ansettelse på et tidligere tidspunkt, dersom de ser at behovet er så stabilt at de vil trenge arbeidstakeren i fire år eller lenger.

Imidlertid kan det også hevdes at virksomhetene ved innleiesituasjoner har en videre mulighet til å unngå fireårsregelen ved å inngå kortere kontrakter, og skifte mellom ulike arbeidstakere, ettersom det er innleievirksomheten og bemanningsforetaket som bestemmer innholdet av innleiesituasjonen gjennom kontrakt.²⁰⁴ Et arbeidsforhold hvor arbeidstakeren av denne grunn stadig blir gående på kortvarige kontrakter, og også med ulike arbeidsgivere, kan ikke betraktes som et trygt arbeidsforhold. Arbeidstakeren vil gjerne ikke få utfolde ferdighetene sine i en tilstrekkelig grad når vedkommende ofte må skifte arbeidsplass. I tillegg kan det være utfordrende for arbeidstakeren og stadig måtte tilpasse seg nye arbeidssteder, arbeidsoppgaver og arbeidsmiljøer. Dette skiller seg fra fireårsregelen ved midlertidige ansettelser hvor kontrakten reguleres mellom arbeidstakeren og den virksomheten som arbeidstakeren jobber i, og hvor arbeidstakeren dermed kan sies å ha en mulighet til å innvirke på kontrakten. En tingrettsdom fra så sent som i mars 2014 viser imidlertid at problematikken er aktuell selv for de midlertidige ansettelsene. Saken gjaldt en journalist som hadde hatt flere vikariater i NRK over en

²⁰² Se avhandlingens 1.2.

²⁰³ Se avhandlingens 5.2

²⁰⁴ Se avhandlingens 2.2. Søreide (2010) s. 80.

periode på ca 2,5 år, og som krevde fast ansettelse da han ikke fikk forlenget kontrakten sin. Retten kom til at mannen hadde krav på fast ansettelse, og uttalte at det «i praksis foretas en utskiftning av vikarer etter at de har hatt midlertidige kontrakter i en viss periode, for å unngå at de får krav på fast ansettelse».²⁰⁵ Jeg mener dommen kan illustrere faren for lignende praksis i innleiesituasjoner, for det første ettersom virksomhetene kan sies å ha en større mulighet til å regulere dette i kontrakt uten innvirkning av arbeidstakeren selv, som nevnt. Og for det andre, ettersom reglene om usaklig oppsigelse ikke kan anvendes når en innleier bryter kontrakten om innleien, ettersom ansettelsesforholdet består mellom arbeidstakeren og utleievirksomheten, og ikke mellom arbeidstakeren og innleieren.²⁰⁶ Dette kan imidlertid stille seg annerledes dersom det fortsatt er et behov for midlertidig arbeidskraft i innleievirksomheten når innleieforholdet avsluttes. Da har ikke innleievirksomheten rett til å ansette en ny arbeidstaker som tidligere nevnt uten at det foreligger saklig grunn til det.²⁰⁷ Dette utgangspunktet går imidlertid ikke frem av loven, og det er til og med vært uenighet i juridisk teori om forarbeidene som er grunnlaget for dette utgangspunktet. Dette er uheldig for arbeidstakeres forutregnelighet og rettssikkerhet. Ikke nok med at de kan synes det er et stort hinder at de må gå til domstolen med et krav etter fireårsregelen, så er det stor sannsynlighet for at de ikke er klar over hvilke rettigheter de har når bemanningsforetaket og innleievirksomheten roterer de innleide.

Videre er mange arbeidstakere fast ansatt i bemanningsforetaket, og har dermed stillingsvern gjennom denne ansettelsen. Og allikevel kan de oppnå stillingsvern gjennom fireårsregelen i innleievirksomheten. Av hensyn til sammenheng i regelverket kan dette synes noe kunstig da begrunnelsen for at innleide arbeidstakere fra produksjonsbedrifter ikke er beskyttet av regelen er at de er sikret stillingsvern gjennom den faste ansettelsen som loven krever at de skal ha til produksjonsbedriften.²⁰⁸ Formålet bak fireårsregelen, om å unngå at arbeidstakere blir gående på gjentatte kontrakter vil herunder dermed ikke få noen effekt.²⁰⁹ En mulighet for å skape mer sammenheng i regelverket hadde dermed vært å unnta de innleide som har et fast

²⁰⁵ TOSLO-2013-144378.

²⁰⁶ Søreide (2010) s. 80.

²⁰⁷ Se avhandlingens 3.2.3.

²⁰⁸ Aml. § 14-13. *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 847.

²⁰⁹ Søreide (2010) s. 80.

ansettelsesforhold med bemanningsforetaket fra regelen.²¹⁰ Imidlertid kan det settes spørsmålstegn ved det egentlige oppsigelsesvernet arbeidstakere som er fast ansatt i bemanningsforetak har. Dette gjelder særlig dersom avtalen er fast ansettelse uten lønn mellom oppdragene. I praksis viser det seg at bemanningsbyråene ofte heller slutter å gi oppdrag enn å si opp arbeidstakeren dersom arbeidskraftsbehovet synker.²¹¹ Dette usikkerhetsmomentet kan dermed tilsi at de faste ansatte også bør være beskyttet av fireårsregelen på samme måte som de er i dag. Forutsetningen er bare at regelen ikke blir omgått av virksomhetene, og at de faktisk går til domstolen med krav etter fire sammenhengende år som innleid.

7 Avslutning

Trepartsforholdet som foreligger i innleiesituasjoner medfører at en «tilsvarende»²¹² anvendelse av fireårsregelen, slik den gjelder for midlertidig ansatte,²¹³ på noen områder vanskeligjøres. Den faste ansettelsen inntreder dermed for eksempel ikke automatisk for de innleide som nevnt over, de må få dom på retten sin. Mange av utgangspunktene rundt fireårsregelen for innleide arbeidstakere er imidlertid klare. Regelen gjelder for arbeidstakere som er innleid på bakgrunn av innleievirksomhetens behov for vikariat,²¹⁴ eller på grunn av at et arbeidskarakter tilsier det.²¹⁵ Disse må ha vært innleid i fire sammenhengende år før retten på fast ansettelse etter regelen inntreder.²¹⁶ Og har arbeidstakerne rettmessig fravær under arbeidsforholdet så skal ikke det gå til fradrag ved beregningen av ansettelsestiden.²¹⁷ Men som det følger av avhandlingen kan det under disse klare utgangspunktene oppstå problemstillinger som må tas stilling til ved det enkelte krav. Ofte må det da foretas en konkret vurdering av arbeidsforholdet for å avgjøre om vedkommende har rett på fast ansettelse etter regelen. Dette henger

²¹⁰ Søreide (2010) s. 80.

²¹¹ Johansen (2011) s. 596.

²¹² Jf. aml. § 14-12 (4).

²¹³ Jf. aml. § 14-9 (5).

²¹⁴ Jf. aml. § 14-9 (5) jf. aml. § 14-9 (1) bokstav a.

²¹⁵ Jf. aml. § 14-9 (5) jf. aml. § 14-9 (1) bokstav b.

²¹⁶ Jf. aml. § 14-12 (4) jf. aml. § 14-9 (5) annet punktum.

²¹⁷ Jf. aml. § 14-12 (4) jf. aml. § 14-9 (5) tredje punktum.

sammen med at arbeidsforhold sin individuelle karakter. Et eksempel på en gjennomgått problemstilling som må avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering er hvis det er uklart om arbeidstakeren regnes som innleid, eller for å jobbe som ledd i en entreprise. Herunder må det konkrete arbeidsforholdet vurderes, med utgangspunkt i en liste momenter, som imidlertid ikke er uttømmende.

8 Kilder

8.1 Lover

1927	Lov om tiltak for å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven) lov av 27. juni 1947 nr. 9. [opphevet]
1977	Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 04. februar 1977 nr 4. [opphevet]
1997	Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 19.
2004	Lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) av 10. desember 2004 nr. 76.
2005	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62.
2005	Lov om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav (skattebetalingsloven) av 17. juni 2005 nr. 67.

8.2 Forarbeider

Proposisjoner (tidligere odelstingsproposisjoner):

Ot.prp.nr.53 (1970-1971)	<i>Om lov om endringer i lov av 27. juni 1947 om tiltak til å fremme sysselsetting.</i>
--------------------------	---

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)	<i>Om lov om endringer i lov av 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m v</i>
Ot.prp. nr. 70 (1998-1999)	<i>Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., i lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. og i lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting</i>
Ot.prp. nr. 12 (2003-2004)	<i>Om lov om endringer i lov 28. februar 1997 nr. 19 om folke-trygd, lov 6. mai 1988 nr. 22 om lønnsplikt under permittering og lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.</i>
Ot.prp. nr. 62 (2003-2004)	<i>Om lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven)</i>
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	<i>Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)</i>
Ot.prp. nr. 24 (2005-2006)	<i>Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)</i>
Ot.prp. nr. 54 (2008-2009)	<i>Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)</i>
Prop. 104 L (2009-2010)	<i>Endringer i arbeidsmiljøloven (midlertidig ansettelse mv.)</i>
Prop. 74 L (2011-2012)	<i>Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv.)</i>

NOU:

NOU 1998:15	<i>Arbeidsformidling og arbeidsleie</i>
NOU 2004:5	<i>Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst</i>

8.3 Rettspraksis

Høyesterett:

Rt. 1985 s. 941
Rt. 1985 s. 1141
Rt. 1989 s. 1116
Rt. 1991 s. 872
Rt. 2000 s. 1602
Rt. 2001 s. 418
Rt. 2001 s. 1413
Rt. 2002 s. 1469
Rt. 2006 s. 1158
Rt. 2009 s. 578
Rt. 2013 s. 998
Rt. 2013 s. 1730

Lagmannsretten:

LB-2004-102939
RG-2009-11
LG-2012-025739

Tingretten:

TOSLO-2013-144378

8.4 Bøker

Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett: utvalgte emner*. Oslo, 1997.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.

Jakhelln, Henning og Aune, Helga. *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven*. 2. utg. Oslo, 2006.

Skarning, Nicolay. *Midlertidige ansettelses, innleie og vikarbyrådirektivet*. Oslo, 2013.

Fanebust, Arne. *Innføring i arbeidsrett - Den individuelle del*. 3. utg. Oslo, 2013.

Johansen, Atle Sønsteli og Stueland, Einar. *Arbeidsmiljøloven Kommentarer og praksis*. 1. utg. Oslo, 2011.

Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave. Jan Fougner...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2013.

EØS-rett. Fredrik Sejersted...[et al.]. 3. utg. Oslo, 2011.

arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven. Henning Jakhelln...[et al.]. 3. utg. Oslo, 2011.

Omstilling og nedbemanning. Fougner, Jan...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2011.

8.5 Artikler

Evju, Stein. *Styringsrett og restkompetanse*. I: *Arbeidsrett* vol 7. Nr. 1-2 (2010), s. 49-65.

Søreide, Christel. *Midlertidig ansattes rett til fast stilling etter fireårsregelen*. I: *Arbeidsrett*. Nr. 03 (2009), s. 146-160.

Søreide, Christel. *Fireårsregelen ved innleie av arbeidskraft*. I: *Arbeidsrett*. Nr. 01-02 (2010), s. 75-81.

Edvardsen, Kjetil. *Retten til fast ansettelse – Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningen*. I: *Arbeidsrett*. Nr. 02 (2012), s. 103-141.

Evju, Stein. «Trepartsrelasjoner» i arbeidsretten? Om trekkanter og triangulering i ulike komstellasjoner. I: Arbeidsrettsgruppen. (2012) s. 3-15.

8.6 Direktiver

EP/Rdir 2008/104/EF

EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV
2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid.
[Vikarbyrådirektivet]

Rdir 1999/70/EF

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

8.7 Nettside

Eurojuris Norge AS. *EUROJURIS INFORMERER Tema Innleie av arbeidskraft.*(2012)

<http://s2.strong.no/panorama/download?document=2790> [Sitert 23.04.2014]