

UiO : **Det juridiske fakultet**

Adgangen til midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9 (2) bokstav a

Når er arbeidet «av midlertidig karakter»?

Kandidatnummer: 625

Leveringsfrist: 25.11.2019 kl. 12:00

Antall ord: 17 769



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og hovedproblemstilling	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Avgrensninger og presiseringer	2
1.4	Metode og rettskildebildet	3
1.4.1	Metode	3
1.4.2	Oversikt over rettskildebildet	4
1.4.3	Betydningen av forarbeider og rettspraksis knyttet til tidligere versjoner av bestemmelsen.....	5
1.5	Fremstillingen videre	7
2	OVERSIKT OVER REGLENE OM FAST OG MIDLERTIDIG ANSETTELSE I ARBEIDSMILJØLOVEN.....	8
2.1	Forskjellen på fast og midlertidig ansettelse.....	8
2.2	Hensynene bak reglene	9
2.3	De øvrige hjemlene for midlertidig ansettelse	11
2.4	Grunnbemanningslæren	12
2.5	Særskilt beskyttelse av midlertidige ansatte	15
2.6	Opphør av det midlertidige arbeidsforholdet	16
2.7	Rettsvirkningene ved brudd på reglene.....	16
3	NÅR ER ARBEIDET «AV MIDLERTIDIG KARAKTER»?	18
3.1	Innledning	18
3.2	Tidspunktet for vurderingen.....	19
3.3	Retningslinjer for vurderingen	21
3.3.1	Utgangspunktet: En konkret og skjønsmessig helhetsvurdering	21
3.3.2	Tolkes strengt	23
3.3.3	Arbeidet må være avgrenset	23
3.3.4	Forskjeller i arbeidets art eller arbeidsmengden, samt ytre omstendigheter	24
3.3.5	Tidsmomentet	26
3.3.6	Nødvendighet.....	28
3.3.7	Partenes forutsetninger	32
3.3.8	Usikkerhet om fremtidig behov	33
3.4	Utvalgte typetilfeller	34
3.4.1	Sesongarbeid.....	34
3.4.2	Omorganisering	37

3.4.3	Mangel på kvalifiserte søkere.....	40
4	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	43
	KILDELISTE	45

1 Innledning

1.1 Tema og hovedproblemstilling

Denne oppgavens tema er fast og midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljølovens ("aml.") regler. Lovens hovedregel er at arbeidstaker skal ansettes fast, se aml. § 14-9 (1) første pkt., og midlertidig ansettelse kan kun rettsgyldig avtales i de tilfellene loven tillater det, se aml. § 1-9. Fast ansettelse er også den faktiske hovedregelen i arbeidslivet. Den kvartalsvise intervjuundersøkelsen Arbeidskraftundersøkelsen fra SSB viser at 8,7 prosent av alle ansatte i aldersgruppen 15-74 år var midlertidige ansatte i tredje kvartal 2019.¹ De aller fleste arbeidstakere i Norge er altså fast ansatte. De unntakene fra hovedregelen om fast ansettelse som arbeidsmiljøloven oppstiller, kan vi kalle for ulike *hjemler* for midlertidig ansettelse.² Denne oppgavens hovedproblemstilling er hvilken adgang det er til å ansette noen midlertidig i medhold av aml. § 14-9 (2) bokstav a, som er en av disse hjemlene. Bestemmelsen sier at avtale om midlertidig ansettelse kan inngås «når arbeidet er av midlertidig karakter». Oppgaven vil altså undersøke når et arbeid kan sies å være «av midlertidig karakter» i lovens forstand. Denne hjemmelen for midlertidig ansettelse er etter min oppfatning den rettslig sett mest interessante av hjemlene. Den er beskrevet som «den mest kompliserte delen av aml. § 14-9».³ Mens de øvrige hjemlene er mer konkrete, gir denne anvisning på en utpreget skjønnsmessig vurdering. Bestemmelsen er i forarbeidene omtalt som lovens «hovedregel» om midlertidig ansettelse.⁴

Det er grunn til allerede nå å forklare hovedforskjellen mellom en fast og en midlertidig stilling. Forskjellen er at for en fast stilling er arbeidsforholdet tidsubegrenset, og varer normalt til det blir sagt opp av en partene, mens en midlertidig stilling som utgangspunkt opphører automatisk etter en bestemt tidsperiode eller når en bestemt arbeidsoppgave er fullført. Jeg kommer nærmere inn på forskjellen i punkt 2.1.

Arbeidsmiljøloven har sterk karakter av å være en vernelov til beskyttelse av arbeidstakere, se aml. § 1-1. Det er bestemt i § 1-9 at den ikke kan fravikes ved avtale til arbeidstakers ugunst. I juridisk teori pekes det gjerne på at arbeidsforhold inneholder en grunnleggende asymmetri mellom arbeidsgiver som den sterke part, og arbeidstaker som en svakere part som behøver beskyttelse.⁵ Den begrensede adgangen til midlertidig ansettelse må ses på denne bakgrunn, og har sammenheng med lovens stillingsvernregler. Dette kommer jeg tilbake til.

¹ Statistisk sentralbyrå (2019), tabell 17 under overskriften «Se utvalgte tabeller fra denne statistikken».

² En terminologi om «hjemler» er brukt blant annet i Storeng (2016) s. 119.

³ Dege (2009) s. 142.

⁴ Prop. 39 L (2014-2015) s. 6 og s. 103.

⁵ Se f.eks. Fanebust (2015) s. 17-18.

1.2 Aktualitet

Det har tilkommet nytt rettskildemateriale av betydning for tolkningen av aml. § 14-9 (2) bokstav a de siste årene, og det har også skjedd andre endringer i arbeidsmiljølovens bestemmelser om fast og midlertidig ansettelse. Bokstav a fikk ny ordlyd i 2015, samtidig som det blant annet ble innført det som gjerne kalles en «generell» adgang til midlertidige ansettelser, se § 14-9 (2) bokstav f. I 2019 trådte det i kraft lovendringer som blant annet ga oss en legaldefinisjon av fast ansettelse i arbeidsmiljøloven. I tillegg har Høyesterett avsagt dommer av relevans for oppgavens hovedproblemstilling de siste årene, inkludert HR-2017-561-A og HR-2018-2371-A.⁶

Lovendringene de siste årene har kommet etter omfattende offentlig debatt. Den 28. januar 2015 gjennomførte LO, YS og Unio, som da til sammen hadde rundt 1,5 millioner medlemmer,⁷ demonstrasjonsstreik i to timer mot regjeringens forslag til endringer i arbeidsmiljøloven, blant annet om midlertidig ansettelse.⁸ At hovedparolen var det nokså brede slagordet «Forsvar arbeidsmiljøloven»,⁹ sier noe om hvilket engasjement som er knyttet til disse reglene. Det har vært stor politisk uenighet om midlertidig ansettelse lenge, noe som vil fremkomme flere steder i denne oppgaven.

1.3 Avgrensninger og presiseringer

Jeg vil gjøre tre avgrensninger av og presiseringer om oppgavens innhold.

For det første gir ikke oppgaven en fullstendig oversikt over reglene om midlertidige ansettelser i Norge. I tillegg til arbeidsmiljøloven finnes det andre lover som inneholder regler om midlertidige ansettelser innenfor bestemte sektorer, f.eks. statsansatteloven, kommuneloven og universitets- og høyskoleloven.¹⁰ Arbeidsmiljøloven regulerer likevel alene de fleste ansettelser både i privat og offentlig sektor, og oppgaven behandler kun reglene i denne loven.

For det andre er det grunn til å nevne at i situasjoner der det etter arbeidsmiljøloven er tillatt å ansette noen midlertidig, kan den enkelte arbeidsgiver være avskåret fra å gjøre dette av andre grunner. En bedrift kan f.eks. ha inngått en tariffavtale som setter strengere begrensninger på adgangen til midlertidig ansettelse enn arbeidsmiljøloven. En annen mulighet er at bedriften har inngått en kontrakt med en oppdragsgiver som forplikter bedriften til å levere en tjeneste

⁶ Hirst (2019) s. 202-203.

⁷ Thorvaldsen (2014).

⁸ Store norske leksikon (2018).

⁹ Rønning (2015).

¹⁰ Prop. 73 L (2017-2018) s. 30.

uten å bruke, eller kun ved å bruke et begrenset antall, midlertidig ansatte.¹¹ Dessuten kan arbeidsgiveren ha pålagt seg selv begrensninger uten at det finnes noe kontraktsforhold med andre som setter begrensninger. For eksempel har mange norske kommuner fattet vedtak om ikke å anvende aml. § 14-9 (2) bokstav f som grunnlag for midlertidige ansettelse.¹² Denne oppgaven behandler ikke nærmere slike begrensninger med rettsgrunnlag utenfor arbeidsmiljøloven.

Til sist vil jeg presisere at å ansette noen midlertidig ikke er den eneste måten en arbeidsgiver kan dekke et midlertidig arbeidskraftbehov på. Man kan kjøpe inn tjenester fra andre virksomheter, eller man kan leie inn arbeidstakere fra andre virksomheter etter reglene om innleie.¹³ I tillegg kommer reglene om utstedte arbeidstakere.¹⁴ Ingenting av dette behandles i oppgaven. Det skal likevel kort nevnes her at ifølge aml. § 14-12 er innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie, i stor grad tillatt i samme utstrekning som det er tillatt å ansette midlertidig. Store deler av denne oppgaven vil derfor også bidra til forståelse av reglene om innleie.

1.4 Metode og rettskildebildet

1.4.1 Metode

Opgaven er i all hovedsak en rettsdogmatisk fremstilling. Hovedproblemstillingen besvares ved å kartlegge gjeldende rett på tidspunktet for innlevering av oppgaven. Jeg vil likevel komme med noen rettspolitiske betraktninger i punkt 4, basert på de erfaringer jeg har gjort meg gjennom arbeidet med denne oppgaven.

Det at oppgaven dreier seg om en bestemmelse som gir anvisning på en utpreget skjønnsmessig vurdering, gjør at det er vanskelig å beskrive innholdet i den i alle tilfeller på en generell måte. Det kan altså ikke oppstilles noen «formel» som passer for alle tilfeller.¹⁵ Oppgaven vil beskrive innholdet i regelen hovedsakelig ved å finne frem til retningslinjer for vurderingen, se punkt 3.3, og ved å diskutere noen utvalgte typetilfeller, se punkt 3.4. En slik oppdeling er en ganske vanlig måte å fremstille regelen på.¹⁶

¹¹ Oslo kommune stiller slike krav gjennom den såkalte «Oslo modellen», se Oslo kommune (u.å.).

¹² Mortensen (2015).

¹³ Egeland (løpende oppdatert) note 2.

¹⁴ Fougner (2016) s. 132.

¹⁵ Fougner (2019a) s. 752.

¹⁶ Se f.eks. Allstrin (2012) s. 73 flg. og Borgerud (2019a) s. 160 flg.

1.4.2 Oversikt over rettskildebildet

Det sentrale rettskildematerialet som analyseres i oppgaven er lovteksten i arbeidsmiljøloven, lovens forarbeider og rettspraksis.

Bestemmelsen vi i dag kjenner som aml. § 14-9 (2) bokstav a har eksistert i flere ulike versjoner gjennom historien. På grunn av dette finnes det mange forarbeider som omhandler oppgavens hovedproblemstilling. Det kan stilles spørsmål ved hvilken betydning forarbeidene til eldre versjoner av bestemmelsen har for tolkningen av dagens bestemmelse. Dette går jeg nærmere inn på i punkt 1.4.3. Det at bestemmelsen gir anvisning på en ganske skjønnsmessig vurdering, gjør at de nokså omfattende forarbeidene får stor betydning. Rettspraksis viser at forarbeidene tillegges stor vekt,¹⁷ og Høyesterett uttaler i Rt. 1985 s. 1141 at uttalelser i forarbeidene vil være «et viktig fortolkningsmoment» for bestemmelsen.¹⁸

Rettspraksis er selvfølgelig viktig for tolkningen av bestemmelsen, og når lovgiver har gitt en meget skjønnsmessig regel, så kan man se det slik at lovgiver i stor grad har overlatt til domstolene å pensle ut regelens innhold.¹⁹

Det er skrevet mange lovkommentarer til arbeidsmiljøloven og generelle fremstillinger om arbeidsrett, som blant annet behandler reglene om midlertidige ansettelser. Det er også skrevet noen mer dyptgående tekster om ulike problemstillinger vedrørende reglene. Jeg vil benytte meg av juridisk teori for å finne frem til gode argumenter som kan være nyttige i min analyse av rettskildematerialet. Teoriens betydning vil være avhengig av hvor velbegrunnet standpunktene forfatterne inntar er.

Internasjonal rett har ikke stor betydning for min hovedproblemstilling, men jeg vil i oppgaven komme kort inn på enkelte EU-direktiver. Det finnes et eget EU-direktiv om midlertidige ansettelser.²⁰ Dette er bindende for Norge gjennom EØS-avtalen, og det er gjennomført i norsk rett. Direktivet gjør en rammeavtale fremforhandlet mellom partene i arbeidslivet i EU allment gjeldende.²¹ Hovedinnholdet i direktivet er et forbud mot forskjellsbehandling av midlertidig ansatte når det ikke foreligger objektive grunner for det,²² og en forpliktelse for

¹⁷ Se f.eks. Rt. 2001 s. 1413, på sidene 1420-1422, og LE-2014-84084 under overskriften «2. Det rettslige utgangspunkt».

¹⁸ Rt. 1985 s. 1141, på side 1147.

¹⁹ Skarning (2013) s. 72.

²⁰ Dir 1999/70 EF.

²¹ Ot.prp.nr.64 (2001-2002) s. 3.

²² Dir 1999/70 EF, i Clause 4 i rammeavtalen.

statene til å sørge for begrensninger i adgangen til sammenhengende midlertidige ansettelser.²³ Direktivet er altså ikke direkte relevant for min hovedproblemstilling.

1.4.3 Betydningen av forarbeider og rettspraksis knyttet til tidligere versjoner av bestemmelsen

Jeg vil nå undersøke hvilken betydning forarbeider og rettspraksis knyttet til tidligere versjoner av bestemmelsen har for tolkningen av aml. § 14-9 (2) bokstav a. Det må undersøkes om de historiske endringene av lovteksten innebar realitetsendringer eller ikke. Har lovgiver gjennom historien foretatt lovendringer som har endret regelens materielle innhold, så er det klart at ikke alt tidligere rettskildemateriale vil være like relevant for tolkningen av dagens bestemmelse. Annerledes vil det være dersom det kun har blitt foretatt språklige moderniseringer.

Begrensninger i adgangen til midlertidige ansettelser ble innført første gang med den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977.²⁴ Bestemmelsen sa at midlertidig ansettelse kunne inngås blant annet «når arbeidets karakter tilsier det».²⁵ Adgangen til midlertidig ansettelse etter hjemmelen berodde altså på karakteren av arbeidet, på samme måte som etter dagens lovtekst. I 1995 ble ordlyden endret til «når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet adskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften».²⁶ Den nye lovteksten så ut til å medføre at regelen hadde to kumulative vilkår, «arbeidets karakter tilsier det» og «arbeidet adskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften». Høyesterett slo imidlertid fast i Rt. 2001 s. 1413 at loven ikke var slik å forstå.²⁷ Høyesterett kom til at det ikke var noe absolutt krav etter bestemmelsen at arbeidsoppgavene innholdsmessig måtte atskille seg fra de som ordinært utføres i virksomheten.²⁸ Retten fant likevel at det med lovendringen var tilsiktet enn innstramming i adgangen til midlertidig ansettelse, og resultatet av endringen var ifølge Høyesterett at momentet «arbeidets likhet med det som ordinært utføres i virksomheten», fikk større tyngde enn før i vurderingen bestemmelsen gir anvisning på.²⁹ Lovendringen i 1995 medførte altså en realitetsendring.

Da den nye arbeidsmiljøloven av 2005 ble vedtatt forsvant tilsynelatende bestemmelsen om adgangen til midlertidig ansettelse begrunnet i arbeidets karakter.³⁰ I stedet ble det innført en

²³ Dir 1999/70 EF, i Clause 5 i rammeavtalen.

²⁴ Se f.eks. Borgerud (2019a) s. 155.

²⁵ Se f.eks. Skarning (2013) s. 25.

²⁶ Se f.eks. Skarning (2013) s. 25.

²⁷ Fougner (2019b) under overskriften «1.2 Arbeidet er av midlertidig karakter».

²⁸ Rt. 2001 s. 1413, på side 1422.

²⁹ Rt. 2001 s. 1413, på side 1421-1422.

³⁰ Se f.eks. Skarning (2013) s. 26-27.

bestemmelse som tillot midlertidig ansettelse når «arbeidstaker bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag».³¹ Det var regjeringen Bondevik II som fremmet proposisjonen som førte til at den nye arbeidsmiljøloven ble vedtatt. Loven skulle tre i kraft 1. januar 2006.³² Høsten 2005 var det imidlertid stortingsvalg, og regjeringen Stoltenberg II ble utnevnt i etterkant av dette. Den nye regjeringen fremmet en proposisjon til Stortinget da det var «enkelte sider ved den nye loven som regjeringen ikke kan akseptere».³³ På bakgrunn av proposisjonen ble det vedtatt en endringslov. Endringsloven medførte at hjemmelens nye ordlyd aldri trådte i kraft.³⁴ Bestemmelsen om midlertidig ansettelse i den nye loven, § 14-9, ble i stedet skåret over samme lest som bestemmelsen i den gamle loven.³⁵ Ordlyden forble den samme som den hadde vært siden 1995, bortsett fra en liten språklig modernisering.³⁶

Siden bestemmelsen med ordlyden «at arbeidstaker bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag» aldri trådte i kraft, finnes det ikke rettspraksis om denne. Det må likevel undersøkes om den nye ordlyden innebar en realitetsendring eller ikke, for å finne ut hvordan forarbeidene til den kan brukes for å tolke dagens bestemmelse. Ordlyden «at arbeidstaker bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag» var ganske annerledes enn den som den erstattet, og det sies ikke uttrykkelig i forarbeidene om det var tilsiktet en realitetsendring eller ikke.³⁷ Det fremgår heller ikke i forarbeidene til endringsloven som reverserte denne ordlyden om det var ment realitetsendring med ordlyden.³⁸ Det meste taler imidlertid for at det ikke var tilsiktet noen realitetsendring. Rent språklig ser ordene «at arbeidstaker bare trengs [...]» ut til å medføre at behovet for arbeidstakeren må være midlertidig. Dette gjaldt også etter den tidligere bestemmelsen,³⁹ og slik forstås dagens bestemmelse. Ordene «[...] for å utføre et bestemt oppdrag» ser ut til å innebære at det må være snakk om et avgrenset arbeid i tid og art. Også dette gjaldt etter den tidligere bestemmelsen,⁴⁰ og gjelder også etter dagens bestemmelse. Det står riktig nok i forarbeidene at det foreslås en «ny bestemmelse»,⁴¹ men det vises rett etterpå til den tidligere bestemmelsen og uttales at det er behov for å «tydeliggjøre» denne, da bestemmelsen har vært kritisert for å ha uklar ordlyd, og at slik uklar ordlyd kan virke prosessdrivende.⁴² I

³¹ Se f.eks. Skarning (2013) s. 26-27.

³² Se f.eks. Skarning (2013) s. 28.

³³ Ot.prp.nr.24 (2005-2006) s. 1.

³⁴ Se f.eks. Skarning (2013) s. 28.

³⁵ Se f.eks. Skarning (2013) s. 28.

³⁶ Ot.prp.nr.24 (2005-2006) s. 5

³⁷ Se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 214 og NOU 2004:5 s. 299-300.

³⁸ Se Ot.prp.nr.24 (2005-2006) s. 4-5.

³⁹ Se f.eks. Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 166.

⁴⁰ Se f.eks. Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 165-166.

⁴¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 214.

⁴² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 214.

juridisk teori fra tiden omkring lovendringen oppfattet man den slik at den neppe innebar noen realitetsendring, i hvert fall ikke stor.⁴³ Videre kan det vises til at Høyesterett i dag benytter seg av forarbeidsuttalelser om ordlyden «at arbeidstaker bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag», for å tolke dagens bestemmelse.⁴⁴ Jeg legger etter dette til grunn at lovendringen som innførte ordlyden «at arbeidstaker bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag» ikke innebar noen realitetsendring.

I 2015 fikk hjemmelen den ordlyden den har i dag: «når arbeidet er av midlertidig karakter».⁴⁵ Det var imidlertid ikke tilsiktet noen endring i rettsstilstanden med denne endringen.⁴⁶

Den gjennomgangen jeg nå har foretatt har vist at endringen av hjemmelens ordlyd i 1995 innebar en realitetsendring, men den var ikke særlig stor. Ingen av lovendringene som skjedde i 2005 og 2015 innebar realitetsendringer. Lovregelen denne oppgaven undersøker har altså materielt sett vært den samme siden 1995. Det må være slik at når det hele veien er en materielt identisk lovregel som omtales i de ulike forarbeidene, så er de alle fullt ut relevante for å fastlegge regelens innhold. Forarbeidene til 1977-loven er også relevante, når man tar høyde for den lille realitetsendringen som ble gjort i 1995. Tilsvarende vil rettspraksis knyttet til de ulike historiske versjonene av bestemmelsen fortsatt være relevant.

1.5 Fremstillingen videre

Punkt 3 er oppgavens hoveddel. Det er primært i dette punktet jeg vil undersøke min hovedproblemstilling om hva loven mener med at et arbeid er «av midlertidig karakter». I Punkt 2 gis det en nokså kortfattet oversikt over arbeidsmiljølovens regulering av fast og midlertidig ansettelse. Flere av reglene som beskrives der har betydning for *adgangen* til midlertidig ansettelse, også når ansettelsen fortas med hjemmel i aml. § 14-9 (2) bokstav a. Punkt 2 setter analysen i punkt 3 inn i en kontekst, og dette er med på å gi bidrag til den tolkningen av aml. § 14-9 (2) bokstav a jeg foretar i punkt 3. Oppgaven avrundes med noen rettspolitiske betraktninger i punkt 4.

⁴³ Se Nordaas (2004) s. 115, Engh (2005) s. 174, Fougner (2006) s. 650 og Jakhelln (2006) s. 704.

⁴⁴ Se f.eks. HR-2017-561-A, i avsnitt 118.

⁴⁵ Se f.eks. Borgerud (2019a) s. 160.

⁴⁶ Prop. 39 L (2014-2015) s. 118.

2 Oversikt over reglene om fast og midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven

2.1 Forskjellen på fast og midlertidig ansettelse

Innledningsvis kan det slås fast at hvorvidt arbeidsforholdet i en arbeidsavtale er benevnt fast eller midlertidig eller noe annet, ikke er avgjørende. Det er de reelle, underliggende forholdene som er avgjørende, slik at både innholdet i arbeidsavtalen og praktiseringen av arbeidsforholdet må vurderes før vi kan fastslå om arbeidsforholdet er fast eller midlertidig.⁴⁷ Vi har ingen legaldefinisjon av midlertidig ansettelse, men vi har siden 1. januar 2019 hatt en legaldefinisjon av fast ansettelse,⁴⁸ og vi kan slutte motsetningsvis fra denne hva som menes med midlertidig ansettelse.⁴⁹

Legaldefinisjonen av fast ansettelse står i § 14-9 (1) annet pkt., og inneholder tre kumulative vilkår. Ansettelsen må være «løpende og tidsubegrenset», «lovens regler om opphør av arbeidsforhold» må gjelde og arbeidstaker må «sikres forutsigbarhet for arbeid i form av et reelt stillingsomfang». Dersom ett eller flere av disse vilkårene ikke foreligger, vil det foreligge en midlertidig ansettelse, som kan være lovlig eller ulovlig, med de rettsvirkningene dette innebærer, se punkt 2.7.⁵⁰

Det første vilkåret sier oss bare at et fast arbeidsforhold er nettopp fast, og ikke opphører på et forhåndsdefinert tidspunkt.⁵¹ Det må bringes til opphør av en av partene dersom det skal avsluttes. Dette er i motsetning til midlertidige ansettelser, som opphører etter utløpet av en fastsatt avtaleperiode.

Det andre vilkåret sier oss at arbeidsgiver ved utløpet av avtaleperioden for en midlertidig ansettelse, ikke trenger å overholde de vanlige reglene om saklig grunn til oppsigelse, drøftingsplikt, oppsigelsesfrist mv. Arbeidsgiver må imidlertid følge disse reglene for å bringe et fast arbeidsforhold til opphør.⁵² Definisjonen av fast ansettelse er altså tett knyttet til stillingsvernreglene.

Det tredje vilkåret i legaldefinisjonen må ses på bakgrunn av hvorfor legaldefinisjonen ble tatt inn i loven. Bakgrunnen for dette var særlig bemanningsbransjens bruk av kontrakter der ar-

⁴⁷ Prop. 73 L (2017-2018) s. 28.

⁴⁸ Se f.eks. Hirst (2019) s. 204.

⁴⁹ Hirst (2019) s. 210.

⁵⁰ Hirst (2019) s. 210.

⁵¹ Prop. 73 L (2017-2018) s. 25.

⁵² Prop. 73 L (2017-2018) s. 19.

beidstaker ansettes «fast» i et vikarbyrå, men uten noen garanti for å bli leid ut og dermed få arbeid og lønn.⁵³ Dette kalles gjerne nulltimerskontrakter. Slike rene nulltimerskontrakter vil ikke være faste ansettelser, da arbeidstaker ikke «sikres forutsigbarhet for arbeid i form av et reelt stillingsomfang».⁵⁴ Hovedinnholdet i vilkåret er at det må være avtalt et konkret arbeidsomfang som forplikter arbeidsgiver, f.eks. en stillingsbrøk,⁵⁵ det avtalte arbeidsomfanget må ikke være lavere enn det arbeidskraftbehovet arbeidsgiver faktisk forventer på ansettelsestidspunktet,⁵⁶ og arbeidstaker må ha forutsigbarhet for når lønnsutbetaling skal skje.⁵⁷

Samlet sett er altså forskjellen på et fast og et midlertidig arbeidsforhold at et fast arbeidsforhold varer til det blir sagt opp på lovlig måte av en partene, mens et midlertidig arbeidsforhold som utgangspunkt opphører automatisk etter en bestemt tidsperiode eller når en bestemt arbeidsoppgave er fullført. Det kan også være tilfeller der et arbeidsforhold må regnes som midlertidig fordi arbeidstaker er ansatt «fast», men ikke har nødvendig forutsigbarhet for å få arbeid og lønn. Det kan legges til at det kan være tale om en midlertidig ansettelse selv om arbeidstaker har en fast stilling i samme virksomhet. Arbeidsgiver trenger hjemmel for midlertidig ansettelse også i slike tilfeller.⁵⁸

2.2 Hensynene bak reglene

Arbeidsmiljøloven § 14-9 (1) første pkt. slår fast at «[a]rbeidstaker skal ansettes fast». Det er stor enighet i Norge om denne hovedregelen.⁵⁹ Også i EU-direktivet om midlertidige ansettelser står det at faste ansettelser er og skal være hovedregelen i arbeidslivet.⁶⁰ Arbeidsmiljøloven tillater riktignok midlertidig ansettelse i enkelte tilfeller, men begrensningen på dette regnes som spesielt sterk i Norge.⁶¹ I det følgende skal jeg undersøke hvilke hensyn som ligger bak denne reguleringen.

Definisjonen av fast ansettelse er som vi har sett tett knyttet til stillingsvernreglene, og hovedregelen om fast ansettelse må ses i denne sammenheng. Som Fougner skriver: «Det sier seg

⁵³ Se f.eks. Hirst (2019) s. 204.

⁵⁴ Prop. 73 L (2017-2018) s. 26.

⁵⁵ Prop. 73 L (2017-2018) s. 25.

⁵⁶ Prop. 73 L (2017-2018) s. 28.

⁵⁷ Prop. 73 L (2017-2018) s. 26.

⁵⁸ Se Fougner (2019b) under overskriften «oversikt», med henvisning til Rt. 1991 s. 872 og mindretallet i HR-2017-561-A.

⁵⁹ Prop. 73 L (2017-2018) s. 19.

⁶⁰ Dir 1999/70 EF, i annet avsnitt i innledningen i rammeavtalen, og i punkt 6 under «Generelle betraktninger» i rammeavtalen.

⁶¹ Fougner (2019a) s. 742.

selv at strenge oppsigelsesregler er lite verdt om det er fri adgang til midlertidig ansettelse».⁶² Uten begrensninger i adgangen til midlertidig ansettelse ville man lett kunne komme seg rundt stillingsvernreglene ved å ansette arbeidstakere midlertidig. Å hindre uthuling av stillingsvernreglene må kunne sies å være det primære formålet med hovedregelen om fast ansettelse. Et tydelig uttrykk for dette har vi i forarbeidene, der hovedregelen om fast ansettelse er omtalt som et av «[d]e mest sentrale elementene» i bestemmelsene om stillingsvern.⁶³ Et neste spørsmål blir da hvorfor det er ønskelig å ha et sterkt stillingsvern i Norge. I forarbeidene pekes det blant annet på hensynet til arbeidstakers trygghet og forutsigbarhet,⁶⁴ hensynet til at bedriftene skal få lojale ansatte og beholde kompetanse i bedriften,⁶⁵ og hensynet til sysselsettingen i samfunnet.⁶⁶ Selv om det i forarbeidene pekes på fordeler både for arbeidstaker, arbeidsgiver og samfunnet mer overordnet, er det lite tvilsomt at det først og fremst er av hensyn til arbeidstakeres trygghet at vi har en hovedregel om faste ansettelser og et sterkt stillingsvern. Det kan vises til bokstav b i § 1-1, arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse, som blant annet sier at et formål med loven er «å sikre trygge ansettelsesforhold».⁶⁷ Videre kan det vises til historien. Evju beskriver utviklingen av stillingsvernet som en del av en utvikling «av et gradvis sterkere vern av arbeidstakere», der det over tid ikke har «vært noen egentlig eller reell utvikling i motsatt retning».⁶⁸

Neste spørsmål er hvorfor midlertidig ansettelse tillates i enkelte tilfeller, altså hvorfor midlertidig ansettelse ikke er helt forbudt. Forarbeidene viser til hensynet til bedriftenes fleksibilitet, altså muligheten til å tilpasse arbeidsstyrken etter behovet.⁶⁹ Det vises også til hensynet til arbeidstakere som ønsker å ha midlertidige arbeidsforhold.⁷⁰ Dette kan f.eks. være studenter som skaffer seg arbeidserfaring gjennom sommerjobber eller ved å ha rammeavtaler med bedrifter om å være tilkallingshjelp. Det pekes videre på at midlertidige ansettelser kan gjøre det lettere å komme i jobb for f.eks. nyutdannede personer og nyankomne innvandrere.⁷¹ Tanken er at flere arbeidsgivere vil tørre å ta sjansen på å ansette personer fra disse gruppene dersom de kan gjøre arbeidsforholdet tidsbegrenset. Også hensynet til høyere sysselsetting vises det til.⁷² En interessant observasjon er at argumenter om økt sysselsetting brukes både for å be-

⁶² Fougner (2019a) s. 742.

⁶³ Prop. 39 L (2014-2015) s. 98.

⁶⁴ Prop. 73 L (2017-2018) s. 19.

⁶⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 208.

⁶⁶ NOU 2004:5 s. 298.

⁶⁷ Prop. 73 L (2017-2018) s. 19.

⁶⁸ Evju (2011) s. 161.

⁶⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 208.

⁷⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 208.

⁷¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 209.

⁷² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 209.

grunne en hovedregel om faste ansettelse og for å begrunne at det bør være en viss adgang til midlertidige ansettelse.

Samlet sett ser vi at både hovedregelen om fast ansettelse, og det at vi har en viss adgang til midlertidige ansettelse, begrunnes med hensynet til arbeidsgiver, hensynet til arbeidstaker og mer overordnede samfunnsmessige hensyn. Arbeidsmiljølovens regler om faste og midlertidige ansettelse er altså et resultat av mange kryssende hensyn. Antakelig er det riktig å si at reguleringen først og fremst er resultat av en avveining av hensynet til arbeidstakers behov for trygghet og hensynet til bedriftenes behov for fleksibilitet.

2.3 De øvrige hjemlene for midlertidig ansettelse

Hjemlene for midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven står i § 14-9 og § 14-10. Foruten tilfellene der arbeidet er «av midlertidig karakter», fremgår det av disse lovbestemmelsene at det kan ansettes midlertidig for vikariater, for praksisarbeid, og for deltakelse i arbeidsmarkedstiltak. Videre kan øverste leder i virksomheten ansettes på åremål, og det kan ansettes på åremål hvis dette er nødvendig som følge av folkerettslige forpliktelser. Idrettsutøvere, trenere, dommere og andre ledere innen den organiserte idretten kan også ansettes midlertidig. For annet «arbeid i forbindelse med idrett» kan det på nærmere vilkår inngås tariffavtale som gir adgang til midlertidig ansettelse. Slik tariffavtale kan også inngås for arbeidstakere som utfører kunstnerisk arbeid eller forskningsarbeid. I tillegg til det som nå er nevnt, finnes det som gjerne omtales som en «generell» adgang til midlertidig ansettelse i § 14-9 (2) bokstav f. Denne sier i første setning at midlertidig ansettelse kan inngås «for en periode på inntil tolv måneder». Man trenger altså ikke å ha noen grunn til å ansette midlertidig for en periode på inntil ett år. Denne «generelle» adgangen er imidlertid underlagt begrensninger. Kun 15 prosent av arbeidstakerne i virksomheten kan være midlertidig ansatt i medhold av denne hjemmelen, se § 14-9 (2) bokstav f annet pkt. I tillegg er det slik at dersom en arbeidstaker som er midlertidig ansatt etter bokstav f ikke får videre ansettelse når avtaleperioden utløper, kan ikke arbeidstakeren det neste året ansette personer midlertidig etter bokstav f for å utføre arbeidsoppgaver av samme art som arbeidstakeren som ikke fikk fortsatt ansettelse utførte, se § 14-9 (8).

Lovens ordlyd taler for at §§ 14-9 og 14-10 uttømmende angir når det kan ansettes midlertidig innenfor lovens virkeområde. Opplistingen av hjemler har heller ikke i rettspraksis blitt supplert på ulovfestet grunnlag. Til støtte for å godta en midlertidig ansettelse uttalte Høyesterett i Rt. 2001 s. 1413 riktignok at retten ikke så bort fra «at minerydding ville ha blitt vurdert som unntaksberettiget i loven om spørsmålet var blitt tatt opp under lovrevisjonen i 1995».⁷³ Dette

⁷³ Rt. 2001 s. 1413, på side 1423.

kan leses som at Høyesterett godtar den midlertidige ansettelsen i saken på ulovfestet grunnlag, fordi de antar at lovgiver ville ha vært enig i det. Enkelte uttalelser i teorien kan leses i retning av at forfatterne mener at det var dette Høyesterett gjorde, men det er slik jeg ser det ikke helt klart hva forfatterne mener.⁷⁴ Uansett kan ikke et slikt standpunkt medfører riktighet. Høyesterett er ellers i dommen tydelig på at det er bokstav a som anvendes. Det er merkelig at Høyesterett uttaler det siterte, men uttalelsen er foranlediget av arbeidstakerens prosedyre i saken.⁷⁵ Det er altså ikke holdepunkter i rettspraksis for at listen i aml. § 14-9 (2) kan suppleres på ulovfestet grunnlag.

Det er når ingen av de øvrige hjemlene gir adgang til midlertidig ansettelse at det er nødvendig å tolke den mer skjønsmessige bestemmelsen i bokstav a, for å vurdere om avtale om midlertidig ansettelse likevel kan inngås.

2.4 Grunnbemanningslæren

Den såkalte «grunnbemanningslæren»⁷⁶ er en regel som i korte trekk går ut på at større virksomheter som har et noenlunde jevnt og stort behov for arbeidskraft, som ikke dekkes av virksomhetens faste ansatte (grunnbemanning), men som kunne vært dekket med økt grunnbemanning, ikke kan dekke dette permanente arbeidskraftbehovet med midlertidige ansatte. Midlertidig ansatte som dekker et slikt behov, kan kreve fast ansettelse dersom de har en «tilstrekkelig fast tilknytning» til virksomheten,⁷⁷ f.eks. dersom de har vært ansatt i flere etterfølgende vikariater over noe tid. Konsekvensen av dette er at større virksomheter som er i en slik situasjon, enten må øke sin grunnbemanning eller redusere sin aktivitet.⁷⁸

Læren kan på bakgrunn av rettspraksis, forarbeider og teori sies å være tett knyttet til reglene om vikariater. Det er et spørsmål om læren kan ha betydning også for adgangen til midlertidige ansettelser med grunnlag i aml. § 14-9 (2) bokstav a. Dette spørsmålet skal jeg undersøke i det følgende.

Grunnbemanningslæren er i hovedsak basert på tre dommer fra Høyesterett.⁷⁹ I alle disse tre sakene dreide det seg om bruk av midlertidig ansatte til å dekke opp for et arbeidskraftbehov på grunn av fravær blant de ansatte, altså bruk av vikarer. I den første saken, Rt. 1989 s. 1116, kom Høyesterett frem til regelen ved lovtolkning, og støttet seg til en viss grad på uttalelser i

⁷⁴ Se Fougner: (2019a) s. 752 og Fougner (2019b) under overskriften «1.2 Arbeidet er av midlertidig karakter».

⁷⁵ Rt. 2001 s. 1413, på side 1423.

⁷⁶ Se f.eks. Edvardsen (2012) s. 103.

⁷⁷ Rt. 2006 s. 1158, i avsnitt 39 og avsnitt 44 flg.

⁷⁸ Storeng (2016) s. 124.

⁷⁹ Se f.eks. Edvardsen (2012) s. 103-104.

forarbeidene om vikariatbegrepet.⁸⁰ Høyesterett konkluderte med at arbeidstakeren «må gis medhold i at den vikarordning bedriften praktiserte i hennes tilfelle var i strid med arbeidsmiljøloven § 58 nr 7 annet ledd».⁸¹ Avgjørelsen ble fulgt opp i senere lovforarbeider,⁸² med uttalelser hovedsakelig knyttet til lovbestemmelsen om vikariater.⁸³ I den andre saken grunnbemanningslæren bygger på, Rt. 2006 s. 1158, knyttet retten også sin drøftelse til loven og fant at vikarordningen i det tilfellet var «i strid med arbeidsmiljøloven § 58A».⁸⁴ I begge de to første sakene er det lovteksten om vikariater drøftelsene knyttes til. I den siste saken læren bygger på, Rt. 2009 s. 578, omtaler imidlertid Høyesterett regelen som «den ulovfestede lærer»,⁸⁵ selv om retten senere konkluderer med at vikarbruken «verken var i strid *med loven* eller dens formål» (min kursivering).⁸⁶ I denne saken fikk arbeidstaker ikke medhold i krav om fast ansettelse. Også i juridisk teori betegnes regelen gjerne som en ulovfestet lære,⁸⁷ men den behandles ofte i tilknytning til reglene om vikarer.⁸⁸ Etter dette kan det konstateres at læren i alle fall tidligere ble ansett som forankret i loven. Det viser de to første dommene fra Høyesterett, og uttalelsene i forarbeidene. I den siste saken ser det imidlertid ut til at Høyesterett i større grad anser læren for å være rent ulovfestet. Det er ikke praktisk viktig om vi anser læren for å være rent ulovfestet eller et resultat av tolkning av lovens bestemmelse om vikariater. Kanskje er det slik at læren gjerne betegnes som ulovfestet, også av Høyesterett i den siste dommen, fordi den utvilsomt reelt sett er utviklet i rettspraksis, uavhengig av om den formelt forankres i loven eller ikke. Uansett kan vi merke oss at i den grad læren i rettspraksis har vært ansett som forankret i loven, så har den ikke vært forankret i bestemmelsen om arbeid «av midlertidig karakter».

Kjetil Edvardsen har fremholdt at det «fremkommer nærmest eksplisitt» av Rt. 2006 s. 1158 at grunnbemanningslæren kan anvendes når det gjelder midlertidige ansettelser etter bokstav a.⁸⁹ Dette underbygger han med at Høyesterett uttaler at det «særlig» er bokstav b om vikariater som har betydning i saken.⁹⁰ Dette er noe Høyesterett påpeker innledningsvis i premissene før retten tar opp Rt. 1989 s. 1116 og anvender grunnbemanningslæren på saksforholdet.⁹¹

⁸⁰ Rt. 1989 s. 1116, på side 1120.

⁸¹ Rt. 1989 s. 1116, på side 1121.

⁸² Johansen (2015) s. 616.

⁸³ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 165 og Innst.O.nr.2 (1994-1995) s. 29.

⁸⁴ Rt. 2006 s. 1158, i avsnitt 43.

⁸⁵ Rt. 2009 s. 578, i avsnitt 43.

⁸⁶ Rt. 2009 s. 578, i avsnitt 51.

⁸⁷ Se f.eks. Johansen (2015) s. 615.

⁸⁸ Se f.eks. Johansen (2015) s. 615.

⁸⁹ Edvardsen (2012) s. 110.

⁹⁰ Edvardsen (2012) s. 110.

⁹¹ Rt. 2006 s. 1158, i avsnitt 36.

Slik jeg leser dommen, er det ikke med dette sagt at grunnbemanningslæren også kan anvendes for midlertidige ansettelser med grunnlag i bokstav a. Selv om også andre hjemler kunne være aktuelle i saken, er det bokstav b retten holder seg til, og det er denne hjemmelen den knytter grunnbemanningslæren til. Jeg kan dermed ikke sluttet meg til Edwardsens syn på dommen.

Rettspraksis og forarbeider gir altså ingen klare indikasjoner på at grunnbemanningslæren er anvendelig for midlertidige ansettelser etter bokstav a. Det er på den annen side ikke slik at rettskildematerialet utelukker dette.

Et neste spørsmål som kan stilles er om det er noe praktisk behov for å anvende grunnbemanningslæren i tilknytning til bokstav a. Dersom det foretas midlertidig ansettelse med hjemmel i bokstav a uten at vilkåret i bestemmelsen faktisk er oppfylt, medfører også dette at arbeidstaker kan kreve fast ansettelse, se nærmere om dette i punkt 2.7. For å kunne ta stilling til om det er behov for å anvende grunnbemanningslæren i tilknytning til bokstav a, må vi sammenlikne grunnbemanningslærens vilkår for at en ansettelse skal anses fast, med innholdet i den vurderingen som skal foretas etter bokstav a. I det følgende foregripes behandlingen av bokstav a i punkt 3 noe. Først kan det pekes på at nødvendighetskravet som inngår i vurderingen av om arbeidet er «av midlertidig karakter», se punkt 3.3.6, i stor grad fanger opp grunnbemanningslæren. Det er ikke *nødvendig* å ansette noen midlertidig dersom det finnes et jevnt, stort udekket arbeidskraftbehov som kan dekkes ved økt grunnbemanning. Edwardsen kommenterer denne sammenhengen når han antar at nødvendighetskravet oppstilt i tilknytning til regelen i bokstav a, har hatt betydning ved rettens vurdering i Rt. 1989 s. 1116.⁹² Videre kan det vises til tidsmomentet, se punkt 3.3.5. Som vi skal se senere er dette momentet blant annet begrunnet i at når noen har vært tilknyttet en virksomhet lenge, tilsier hensynet bak stillingsvernreglene at stillingsvernreglene må komme til anvendelse. Dette harmonerer godt med grunnbemanningslærens krav om at arbeidstakeren må ha tilstrekkelig sterkt tilknytning til virksomheten. Dessuten er det nok slik at ved et jevnt og stort udekket arbeidskraftbehov, vil arbeidet neppe skille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten. Jeg skal vise i punkt 3.3.4 at det siste er et viktig moment som taler for adgang til midlertidig ansettelse etter bokstav a. Grunnbemanningslæren og bokstav a trekker også på dette punkt i samme retning. Vi ser at de samme vilkårene som grunnbemanningslæren oppstiller, inngår i vurderingen av om arbeidet er «av midlertidig karakter». Vurderingene som skal gjøres vil i stor grad være sammenfallende. Også Edwardsen legger til grunn at grunnbemanningslæren er mest praktisk når det gjelder vikariater, selv om han mener at den også kan anvendes i tilknytning til bokstav

⁹² Edwardsen (2012) s. 108.

a.⁹³ Han hevder at arbeidstaker som er ansatt midlertidig i medhold av bokstav a, normalt vil ha større mulighet for å vinne frem ved å påstå at ansettelsen ikke er i tråd med bokstav a enn ved å påberope seg grunnbemanningslæren.⁹⁴ Også Skarning ser ut til å mene at man etter bokstav a lettere vil kunne komme til fast ansettelse enn etter grunnbemanningslæren. Han viser til at utenfor læren vil også mindre arbeidsgivere kunne oppleve at arbeidsforholdet blir fast,⁹⁵ mens læren etter rettspraksis primært retter seg mot større arbeidsgivere.

Etter dette kan det konkluderes med at det ikke har særlig mye for seg å anvende grunnbemanningslæren i tilknytning til § 14-9 (2) bokstav a, da en tolkning av denne bestemmelsen vil lede til en tilsvarende eller enda strengere regel, i betydningen at man lettere vil konstatere at det foreligger et fast arbeidsforhold. For resten av oppgaven legger jeg derfor til grunn at grunnbemanningslæren er forbeholdt bokstav b om vikariater.

2.5 Særskilt beskyttelse av midlertidige ansatte

Midlertidige ansatte er i likhet med faste ansatte omfattet av definisjonen av «arbeidstaker» i aml. § 1-8, som loven knytter mange rettigheter til.⁹⁶ Det meste av reguleringen i arbeidsmiljøloven gjelder både for faste og midlertidige ansatte.⁹⁷ Noen unntak finnes, men det er ikke nødvendig for meg å gå inn på alle disse. Jeg vil likevel kort nevne to regler som er gitt til særskilt beskyttelse av midlertidig ansatte.

For det første står det i § 14-9 (2) at arbeidsgiver årlig skal drøfte bruken av midlertidige ansettelser med de tillitsvalgte, inkludert grunnlaget for slik ansettelser.

For det andre setter loven en absolutt grense for hvor lenge en person kan være midlertidig ansatt i medhold av blant annet bokstav a. I denne oppgaven kaller jeg denne regelen for «3-4-års-regelen». Det følger av § 14-9 (7) at når arbeidsgiver har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter bokstav a, i mer enn tre år etter bokstav b og f, eller i mer enn tre år etter bokstav a, b og/eller f i kombinasjon, skal han anses som fast ansatt. Det er et spørsmål hva som ligger i kravet til «sammenhengende» ansettelse, men dette lar jeg ligge. Begrensningen ble innført i 2005,⁹⁸ men også før dette ble midlertidige ansettelsesforhold ansett for å være ulovlige dersom de varte for lenge, se punkt 3.3.5.

⁹³ Edvardsen (2012) s. 110.

⁹⁴ Edvardsen (2012) s. 110.

⁹⁵ Skarning (2013) s. 74.

⁹⁶ Skarning (2013) s. 95.

⁹⁷ Prop. 73 L (2017-2018) s. 19.

⁹⁸ Da som en ren fire-års-regel, se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 218.

2.6 Opphør av det midlertidige arbeidsforholdet

Som nevnt opphører et midlertidig arbeidsforhold som utgangspunkt automatisk ved utløpet av avtaleperioden. Det kan avtales avvikende løsninger, se § 14-9 (6) første pkt. De vanlige reglene om opphør av arbeidsforhold gjelder mens arbeidsforholdet løper, herunder reglene om oppsigelse, se § 14-9 (6) annet pkt.

Dersom en arbeidstaker har vært midlertidig ansatt i minst ett år, skal han ha skriftlig varsel om opphørstidspunktet senest en måned i forveien, se § 14-9 (5) første pkt. Gis ikke slikt varsel i tide, vil arbeidstakeren kunne fortsette i jobben, og må først fratruke en måned etter at varsel er gitt, se § 14-9 (5) fjerde pkt.

Det kan på vanlig måte avtales prøvetid i et midlertidig arbeidsforhold, og i denne perioden er det lettere å bringe arbeidsforholdet til opphør, se § 15-6. I likhet med for faste ansettelser kan prøvetiden som hovedregel være i maksimalt et halvt år, se § 15-6 (3) annet pkt. I år ble det imidlertid vedtatt et nytt EU-direktiv som vil endre på dette for midlertidige arbeidsforhold.⁹⁹ Direktivet bestemmer at varigheten av prøvetiden i et midlertidig arbeidsforhold, skal være proporsjonalt med den forventede varigheten av arbeidsforholdet og arbeidets karakter.¹⁰⁰

2.7 Rettsvirkningene ved brudd på reglene

Jeg skal her gi en kort oversikt over rettsvirkningene ved brudd på reglene om adgangen til midlertidig ansettelse. Det er i prinsippet kun arbeidsgiver det går ut over dersom reglene brytes, og han har bevisbyrden for at det er inngått en avtale om midlertidig ansettelse, og for at den er lovlig.¹⁰¹ Er det ikke inngått skriftlig midlertidig arbeidsavtale, medfører ikke det at arbeidsforholdet anses fast, men det skjerper arbeidsgivers bevisbyrde.¹⁰²

Arbeidsmiljøloven § 14-11 oppstiller to sanksjoner for brudd på reglene om adgangen til midlertidig ansettelse.¹⁰³ Vi kan f.eks. se for oss at arbeidsgiver ansatte en person midlertidig fordi han trodde at arbeidet oppfylte vilkåret «av midlertidig karakter», men at vilkåret i realiteten ikke var oppfylt. I et slikt tilfelle kan arbeidstaker for det første få dom for at arbeidsforholdet er fast, se § 14-11 (1) første pkt. Dette skal skje «i samsvar med § 14-9 første ledd». Dette innebærer at retten blant annet må gi dom for et konkret og reelt stillingsomfang.¹⁰⁴ I «særlige tilfeller» kan retten likevel gi arbeidsgiver medhold i at arbeidsforholdet skal opphø-

⁹⁹ Dir 2019/1152 EU.

¹⁰⁰ Dir 2019/1152 EU art. 8 nr. 2.

¹⁰¹ Se f.eks. Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 166 og LG-2013-97744.

¹⁰² Rt. 2007 s. 129 avsnittene 45 og 48.

¹⁰³ Dette er de samme som gjelder ved usaklig oppsigelse, jf. aml. § 15-12.

¹⁰⁴ Prop. 73 L (2017-2018) s. 29.

re, dersom retten etter å ha veid partenes interesser mot hverandre finner at det vil være «åpenbart urimelig» at arbeidsforholdet fortsetter, se § 14-11 (1) annet pkt. Det følger av ordlyden at dette er en høy terskel.

For det andre kan arbeidstaker tilkjennes erstatning fra arbeidsgiveren etter rettens skjønn, se § 14-11 (2), jf. § 15-12 (2). Erstatning kan tilkjennes selv om retten iht. § 14-11 (1) annet pkt. bestemmer at arbeidsforholdet skal opphøre. Det er snakk om et objektivt ansvar for brudd på reglene,¹⁰⁵ og det kan gis erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap.¹⁰⁶ Retten står etter loven meget fritt ved utmålingen. Det skal i erstatning tilkjennes «det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig», se § 14-11 (2), jf. § 15-12 (2). Dette er ikke alltid til arbeidsgivers ulempe, for det gir retten anledning til å bestemme at det ikke skal gis erstatning for alt økonomisk tap som er lidt.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Fanebust (2015) s. 317.

¹⁰⁶ Fanebust (2015) s. 318.

¹⁰⁷ Fanebust (2015) s. 318.

3 Når er arbeidet «av midlertidig karakter»?

3.1 Innledning

Oppgavens hovedproblemstilling er som nevnt når et arbeid kan sies å være «av midlertidig karakter» etter aml. § 14-9 (2) bokstav a. Dette er tema i det følgende. Ettersom bestemmelsen gir anvisning på en ganske skjønnsmessig vurdering, er det vanskelig å beskrive regelens innhold generelt. Jeg har, som tidligere nevnt, valgt å beskrive regelens innhold ved å finne frem til retningslinjer for vurderingen, se punkt 3.3, og ved å diskutere noen typetilfeller, se punkt 3.4.

Det jeg kaller *retningslinjer for vurderingen* omfatter både momenter og absolutte krav som inngår i vurderingen av om arbeidet er «av midlertidig karakter». Det er de momentene og de absolutte kravene som etter rettskildematerialet vil gjelde i alle vurderinger etter bestemmelsen, som behandles i punkt 3.3. Den veiledningen rettskildematerialet gir som er spesifikk for ulike typetilfeller, behandles i punkt 3.4. Det finnes ikke skarpe grenser mellom de ulike retningslinjene jeg vil oppstille. Det vil særlig bli tydeliggjort at nødvendighetskravet og tidsmomentet er tett sammenvevd.

De tre typetilfellene som behandles i punkt 3.4 er kun et utvalg av typetilfeller som kan tenkes, og punktet kan ikke ses på som en uttømmende angivelse av typetilfeller. Rammene for oppgavens omfang gjør det nødvendig å foreta et slikt utvalg. Selv om ikke alle tenkelige typetilfeller behandles særskilt i punkt 3.4, er det ikke slik at oppgaven ikke sier noe om løsningen i disse tilfellene. De mer generelle retningslinjene som behandles i punkt 3.3 gjelder for alle tilfeller, og løsningen i den enkelte sak vil i stor grad følge av disse.

Det er først og fremst arbeidsgiver som må vurdere om arbeidet er «av midlertidig karakter». Han har mest informasjon om arbeidet i virksomheten, og det er ham det går ut over dersom det inngås en «midlertidig» arbeidsavtale uten at vilkåret er oppfylt, se punkt 2.7. Før jeg behandler retningslinjene og typetilfellene, må det undersøkes på hvilket tidspunkt arbeidsgiver skal foreta denne vurderingen. Dette gjøres i punkt 3.2. Tidspunktet vil ha betydning for hvilke momenter og faktiske forhold som kan inngå i vurderingen.

3.2 Tidspunktet for vurderingen

Det følger allerede av lovens ordlyd at utgangspunktet er at vurderingen skal gjøres på ansettelsestidspunktet. Når det står i loven at «[a]vtale om midlertidig ansettelse kan [...] inngås a) når arbeidet er av midlertidig karakter [...]» (min kursivering) taler det sterkt for at det er når avtale inngås at arbeidsgiver må vurdere om arbeidet er «av midlertidig karakter». Utgangspunktet bekreftes i forarbeidene.¹⁰⁸ Arbeidsgiver må naturligvis gjøre en ny vurdering ved eventuell avtaleendring/endringsoppsigelse eller forlengelse av det midlertidige arbeidsforholdet.

At vurderingen skal skje på ansettelsestidspunktet innebærer at arbeidsgiver må gjøre antakelser om fremtiden basert på forholdene slik de ser ut på dette tidspunktet. Det er klart at arbeidsgiver ikke kan gjøre antakelser som er helt uten rot i virkeligheten. Vurderingene hans må være forsvarlige.¹⁰⁹

Et spørsmål er om det er slik at når arbeidsgiver etter en forsvarlig vurdering på ansettelsestidspunktet har kommet frem til at arbeidet er «av midlertidig karakter», så er den midlertidige ansettelsen lovlig uansett hva fremtiden måtte bringe. Svaret er nei. Det viser seg at det at vurderingen skal skje på ansettelsestidspunktet, ikke er mer enn et utgangspunkt. Det må i tillegg til en viss grad foretas en løpende vurdering. Grunnen til dette er at varigheten av den midlertidige ansettelsen er et moment av betydning i vurderingen etter bokstav a. Lang varighet kan etter omstendighetene gjøre den midlertidige ansettelsen er ulovlig, også før 3-4-års regelen slår inn. Dette er tema i punkt 3.3.5. Dersom det var slik at man alltid kunne fastsette en bestemt avslutningsdato ved ansettelsestidspunktet, kunne man fullt ut tatt høyde for tidsmomentet i vurderingen på ansettelsestidspunktet. Dette er imidlertid ikke alltid mulig, og jeg vil vise i punkt 3.3.3 at det heller ikke er noe krav. Arbeidsgiver må altså kontinuerlig være oppmerksom på hvor lenge han har hatt arbeidstaker midlertidig ansatt.¹¹⁰

Jeg vil vise i punkt 3.3.6 at arbeidsgiverens behov for arbeidstakeren må være midlertidig dersom vilkåret «av midlertidig karakter» skal være oppfylt. På bakgrunn av dette kan det spørres om arbeidsgiver må foreta en kontinuerlig vurdering av om hans antakelser på ansettelsestidspunktet, har vist seg å slå til eller ikke. Med dette mener jeg spørsmålet om det er slik at dersom arbeidsgiver på ansettelsestidspunktet trodde at behovet for arbeidstakeren skulle være midlertidig, men behovet i løpet av den midlertidige ansettelsesperioden viser seg å være permanent, så blir arbeidsforholdet automatisk fast. Vi kan f.eks. se for oss at en ar-

¹⁰⁸ Se f.eks. Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 214.

¹⁰⁹ Se f.eks. Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 214 om at arbeidsgiver må ha «grunn til å anta» å vilkåret er oppfylt.

¹¹⁰ Skarning (2013) s. 80.

beidstaker ansettes midlertidig for tre måneder for å gjøre en bestemt oppgave som bedriften har fått, men så viser det seg etter to måneder at bedriften skal utføre oppgaven permanent. Kan arbeidstakeren etter to måneder anse seg som fast ansatt? Eller er det slik at arbeidsforholdet opphører etter tre måneder, og at arbeidsgiver kan utlyse en stilling i markedet for å tiltrekke seg den best kvalifiserte personen til en fast stilling?

Spørsmålet må så vidt jeg kan se anses uavklart, men jeg vil i det følgende drøfte det og komme frem til en konklusjon.

Lovens ordlyd trekker som vi har sett i retning av at vurderingen etter bokstav a skal foretas på ansettelsestidspunktet. Dette taler for at ansettelsen ikke automatisk blir fast dersom arbeidskraftbehovet blir permanent underveis i perioden arbeidstakeren er ansatt. Det trekker i motsatt retning at arbeidsmiljøloven bygger på en forutsetning om at faste ansettelser er det mest ønskelige, jf. § 14-9 (1) første pkt. Se også § 1-1b om at et av lovens formål er «å sikre trygge ansettelsesforhold». Loven åpner imidlertid for midlertidige ansettelser, og spørsmålet her er hvor stor denne åpningen er.

I forarbeidene er det uttalt at reglene skal forstås slik at «midlertidig ansatt har krav på fast ansettelse dersom det klarlegges at arbeidsoppgaven som er grunnlag for ansettelsen er av varig eller løpende fast karakter».¹¹¹ Dette kan imidlertid forstås på to måter. Det er usikkert om det siktes til at det blir klart *for arbeidsgiver* underveis i ansettelsen at arbeidsoppgaven er varig, eller at det avsløres av andre at arbeidsgiver har gjort en uforsvarlig vurdering.

Skarning mener at arbeidsforholdet ikke automatisk blir fast når behovet blir varig.¹¹² Jeg leser også Fanebust i denne retning.¹¹³ En setning i en kommentar på rettsdata.no kan leses i motsatt retning, men det er ikke helt klart hva som er ment.¹¹⁴ Ingen av disse standpunktene i teorien er begrunnet i noen særlig grad. Etter mitt syn taler de beste grunner, reelle hensyn, for at arbeidsforholdet ikke automatisk bør bli fast. Den motsatte løsning ville innebære lite forutberegnelighet for arbeidsgiver. Han ville plutselig kunne sitte med en fast ansatt selv om han i utgangspunktet hadde gjort forsvarlige vurderinger og inngått en lovlig avtale om midlertidig ansettelse. Dette virker lite rimelig. For mange arbeidstakere vil det være en fordel automatisk å bli fast ansatt i slike tilfeller. Det finnes imidlertid arbeidstakere som ønsker å være midlertidig ansatte,¹¹⁵ og for disse vil løsningen innebære lite forutberegnelighet. Disse vil plutselig måtte forholde seg til oppsigelsesfrister for å bringe arbeidsforholdene sine til opphør. Et annet reelt hensyn som taler imot at arbeidsforholdet automatisk blir fast er at arbeidsgiver med en slik regel får et behov for å foreta en grundig ansettelsesprosess når han skal ansette noen midlertidig. Dersom verden rundt ham endrer seg risikerer han jo at arbeids-

¹¹¹ Innst.O.nr.2 (1994-1995), under overskriften «Stillingsvernreglene».

¹¹² Skarning (2013) s. 73-74.

¹¹³ Fanebust (2015) s. 94.

¹¹⁴ Borgerud (2019b).

¹¹⁵ Se f.eks. Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 179.

takeren blir fast. Midlertidige behov for arbeidskraft kan oppstå plutselig, og det kan være behov for å ansette noen midlertidig raskt, uten at det er tid til å lyse ut stillingen og gjennomføre intervjuer i flere runder. Det vil være uheldig for arbeidsgiver om en person han har ansatt etter en lite grundig prosess, plutselig skulle bli fast ansatt.

Lovens ordlyd og reelle hensyn taler derfor for at arbeidstaker ikke automatisk blir fast ansatt dersom arbeidsgivers forsvarlige antakelser om fremtiden på ansettelsestidspunktet ikke viser seg å stemme, og jeg mener at det er mest nærliggende å konkludere slik.

Antakelig må det gjøres unntak for ekstreme tilfeller, f.eks. der det er inngått midlertidig ansettelse for to år, og behovet etter én uke viser seg å bli permanent. Gode grunner taler da for at arbeidstakeren bør bli fast ansatt dersom arbeidsgiver ikke går til oppsigelse og lyser ut en fast stilling, eller starter en rekrutteringsprosess på annen måte, ganske raskt. Spørsmålet om det vil foreligge saklig grunn for oppsigelse i et slikt tilfelle, se aml. § 15-7, går jeg ikke nærmere inn på.

Om tidspunktet for vurderingen kan det etter dette konkluderes med at utgangspunktet er at vurderingen skal foretas på ansettelsestidspunktet, men at det på grunn av tidsmomentet likevel må foretas en viss løpende vurdering.

3.3 Retningslinjer for vurderingen

3.3.1 Utgangspunktet: En konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering

Arbeidsmiljøloven § 14-9 (2) starter slik:

«(2) Avtale om midlertidig ansettelse kan likevel inngås
a) når arbeidet er av midlertidig karakter»

Ordet «likevel» viser at det her er snakk om unntak fra hovedregelen i § 14-9 (1) første pkt. om at arbeidstaker skal ansettes fast.

Det er vanskelig å få noe særlig ut av en ren ordlydsfortolkning. Det er lett å slutte seg til Skarning når han skriver at «[l]ovens ordlyd gir brukeren av loven lite konkret hjelp, og det er ikke uten videre gitt hva arbeidets "karakter" betyr».¹¹⁶ Lovteksten sier at det er «arbeidet» som må være «av midlertidig karakter». Dette skulle tilsi at forhold ved den enkelte arbeidstakeren er irrelevant. Slik er imidlertid ikke bestemmelsen forstått i rettspraksis og forarbeider, se f.eks. punkt 3.4.3 om tilfellet der det er mangel på kvalifiserte søkere.

¹¹⁶ Skarning (2013) s. 72. Dette uttaler han riktignok om ordlyden slik den var før 2015, men det gjelder ikke desto mindre for dagens ordlyd.

Fougner skriver at ordlyden er upresis, men at den «gir en tydelig retning; at noe er midlertidig betyr at det er forbigående».¹¹⁷ Dette bringer slik jeg ser det ikke noe nytt, og fremstår mest som en omskriving uten substans. Dersom ordlyden hadde vært «forbigående karakter», hadde ikke dette gjort bestemmelsen klarere. Jeg er uansett enig med Fougner i at det følger av ordlyden at arbeidet må være midlertidig eller forbigående på en eller annen måte. Fougner skriver videre at hvis arbeidet er «repeterende og nødvendig for å løse virksomhetens grunnleggende funksjon», så er det ikke midlertidig, og det ser ut til at han mener at dette følger av ordlyden.¹¹⁸ Jeg synes ikke man kan trekke alt dette ut av selve ordlyden, men det er det ikke nødvendig å diskutere noe nærmere. Det samme utgangspunktet følger som vi skal se uansett av forarbeider og rettspraksis.

Ordlyden «av midlertidig karakter» sier oss altså lite om hvordan regelen er å forstå. Departementet mente at dagens ordlyd ville innebære en forenkling som mer presist ville gi uttrykk for når det kan ansettes midlertidig etter hjemmelen.¹¹⁹ Om «når arbeidet er av midlertidig karakter» bedre gir uttrykk for gjeldende rett enn «når arbeidets karakter tilsier det [...]» er tvilsomt, men med ordlydsendringen har man i hvert fall fått fjernet passusen «[...] og atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten». På dette punkt var ordlyden misvisende ettersom dette ikke var noe selvstendig vilkår, jf. Rt. 2001 s. 1413. Ordlydsendringen kan på grunn av dette ses på som en klargjøring, selv om den nå sier enda mindre enn før om hva som inngår i vurderingen.

Det følger av forarbeider¹²⁰ og rettspraksis¹²¹ at det beror på en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering om arbeidet er «av midlertidig karakter». Vurderingen er selvsagt ikke fri. Det finnes mye veiledning for vurderingen i rettspraksis, forarbeider mv., herunder absolutte vilkår som må være oppfylt for at midlertidig ansettelse etter bestemmelsen skal være tillat. I en slik helhetsvurdering vil det også være en viss plass til rimelighetsbetraktninger og andre reelle hensyn, som gjør seg gjeldende i det enkelte tilfellet. Rettspraksis viser dette. Det følger av forarbeidene at det kan legges vekt på at det hos arbeidsgiver er «en ryddig organisering» av midlertidige ansettelsesforhold.¹²² Grunnen til at dette skal kunne vektlegges er antakelig at det i slik tilfeller nettopp er *rimeligere* å tillate midlertidig ansettelse, selv om det ikke er naturlig å si at en ryddig organisering påvirker karakteren av arbeidet.

¹¹⁷ Fougner (2019a) s. 749.

¹¹⁸ Fougner (2019a) s. 749.

¹¹⁹ Prop. 39 L (2014-2015) s. 118.

¹²⁰ Se f.eks. Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 165.

¹²¹ Se f.eks. Rt. 1997 s. 277 på s. 279.

¹²² Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 166.

3.3.2 Tolkes strengt

I den første saken for Høyesterett om det som i dag er aml. § 14-9 (2) bokstav a, Rt. 1985 s. 1141, uttalte Høyesterett at vilkåret om arbeidets karakter måtte «tolkes strengt».¹²³ Hovedregelen er som kjent faste ansettelse, jf. aml. § 14-9 (1) første pkt., og dersom denne regelen skal ha noen realitet, kan ikke unntakshjemlene tolkes for vidt. Fougner hevder at det må «legges vesentlig vekt på formålet» om å forhindre omgåelse av stillingsvernreglene.¹²⁴ En annen måte å si det samme på er vel at hjemmelen må tolkes strengt. Samtidig er det grunn til å minne om begrunnelsene for at vi har en viss adgang til midlertidig ansettelse, se punkt 2.2. Hjemmelen kan ikke tolkes så strengt at disse fullstendig fortrenses.

Hva som nærmere ligger i at hjemmelen skal tolkes strengt, er det vanskelig å si noe særlig om. Det nærmere innholdet i bestemmelsen må uansett kartlegges hovedsakelig ved hjelp av forarbeider og rettspraksis. Som vi skal se har man i rettspraksis tillatt midlertidig ansettelse i tilfeller som vanskelig kan forenes med ordlyden, og dette kan neppe sies å være særlig strengt, se f.eks. punkt 3.4.3.¹²⁵ Det vi antakelig kan legge til grunn er at det i tvilstilfeller, der det etter rettskildematerialet er uklart om midlertidig ansettelse er tillatt, er en presumpsjon for at midlertidige ansettelser ikke er lovlig. Dette synes naturlig når lovens hovedregel er faste ansettelser, og når Høyesterett uttaler at bestemmelsen må tolkes strengt.

3.3.3 Arbeidet må være avgrenset

Det er til nå sagt lite om hvordan et arbeid faktisk må være for å være «av midlertidig karakter». I punkt 3.3.1 så vi at lovteksten sier oss lite, men at den i hvert fall sier oss at arbeidet må være midlertidig eller forbigående på en eller annen måte. Presiseringer av dette er kommet til uttrykk på ulikt vis i kildene. Slik jeg ser det er følgende beskrivelse i forarbeidene, knyttet til den foreslåtte ordlyden om «bestemt oppdrag», mest treffende:

«Kriteriet "bestemt oppdrag" forutsetter at arbeidet må ha en noenlunde klar arbeidsmessig avgrensning og at oppdraget må ha en naturlig avslutning. Departementet legger til grunn at det må la seg gjøre å fastsette en tidsramme eller å definere oppdragets avslutning nærmere i arbeidsavtalen.»¹²⁶

For at arbeidet skal være «av midlertidig karakter», må det dermed være avgrenset både i tid og i art. Avgrensningen i art, altså hva gjelder arbeidsoppgavene, må være «noenlunde klar».

¹²³ Rt. 1985 s. 1141, på s. 1147.

¹²⁴ Fougner (2019a) s. 752.

¹²⁵ Det kan også vises til Rt. 2005 s. 1395, der Høyesterett godtok midlertidig ansettelse mens arbeidsgiver vurderte å opprette en ny stilling, og under rekrutteringsprosessen til den nye stillingen. Dette kan neppe sies å ha noe med karakteren av arbeidet å gjøre.

¹²⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 214.

Det kreves dermed ikke at det må være mulig å angi i minste detalj hvilke arbeidsoppgaver arbeidstakeren skal utføre, men det kan f.eks. angis at arbeidstakeren skal arbeide på et bestemt prosjekt.¹²⁷ Tidsavgrensningen inkluderer at det må være mulig å angi arbeidets avslutningstidspunkt. Det er ikke slik at man er nødt til å kunne angi en bestemt sluttdato ved avtaleinngåelse, så lenge man kan angi arbeidets avslutning på en annen tilstrekkelig klar måte. Dette betyr ikke at man må kunne utlede en bestemt sluttdato av angivelsen i arbeidsavtalen.¹²⁸ Vi kan tenke oss at bygningsarbeidere ansettes for å fullføre et bestemt bygg.¹²⁹ I et slikt tilfelle vil man kunne angi arbeidets avslutning som «tidspunktet for ferdigstillelse av bygget» e.l. Det kan være i arbeidsgivers interesse å sikre fleksibilitet ved å avtale en slik mindre presis avslutning, f.eks. at arbeidstakeren ansettes for «julesesongen».¹³⁰ Lagmannsretten er inne på dette i LE-2014-84084 når den peker på at varigheten av en sesong ofte avhenger av været.

Senere i oppgaven vil jeg vise at det at arbeidet er avgrenset på en eller annen måte, ikke er tilstrekkelig til at det er «av midlertidig karakter». Også andre vilkår må være oppfylt. At arbeidet er avgrenset er imidlertid en betingelse som må være oppfylt.

3.3.4 Forskjeller i arbeidets art eller arbeidsmengden, samt ytre omstendigheter

Det er lagt til grunn flere steder i forarbeidene at bokstav a omfatter både «forskjeller i arbeidets art», «forskjeller i arbeidsmengde» og «eventuelle ytre omstendigheter».¹³¹ Dette betyr at arbeidet kan være «av midlertidig karakter» både hvis arbeidsoppgavene som skal utføres er andre enn dem som normalt utføres i virksomheten, og hvis arbeidsmengden i virksomheten midlertidig er høyere enn normalt selv om arbeidsoppgavene er ordinære, samt ved «ytre omstendigheter». Hva som menes er med «ytre omstendigheter» er ikke helt klar, men kanskje siktes det blant annet til den adgangen det etter rettspraksis og forarbeider er til å ansette midlertidig når arbeidsgiver ikke får tak i kvalifiserte søkere, se punkt 3.4.3. I et slikt tilfelle er det verken snakk om andre arbeidsoppgaver eller høyere arbeidsmengde enn normalt.

Det må dreie seg om forskjeller av en viss størrelse for at midlertidig ansettelse skal kunne være tillatt som følge av midlertidige forskjeller i arbeidets art eller mengde. Det kreves ifølge forarbeidene «markerte» forskjeller i arbeidsmengde.¹³² Dersom forskjeller i art alene skal være tilstrekkelig må det dreie seg om «forskjeller i arbeidets art som skiller seg fra det ordi-

¹²⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 214.

¹²⁸ Prop. 39 L (2014-2015) s. 118.

¹²⁹ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 71.

¹³⁰ Skarning (2013) s. 88.

¹³¹ Se Prop. 39 L (2014-2015) s. 103.

¹³² Prop. 39 L (2014-2015) s. 103.

nære».¹³³ Ordvalget er ikke helt heldig, men poenget må være at forskjellen i art må være ganske stor, altså skille seg fra «ordinære» forskjeller. Dette er helt naturlige presiseringer. Hvis enhver forskjell i type arbeidsoppgaver eller arbeidsmengde kunne gi grunnlag for midlertidig ansettelse, ville adgangen til midlertidig ansettelse være meget stor, da arbeidsoppgavene og arbeidsmengden i mange bedrifter varierer mye.

Som tidligere nevnt fant Høyesterett i Rt. 2001 s. 1413 at lovendringen i 1995 medførte at i hvilken grad arbeidsoppgavene skiller seg fra de som ordinært utføres i virksomheten, ble et moment med større tyngde enn før i vurderingen, se punkt 1.4.3. Når Stortinget har gjort en slik innstramming, innebærer det at hvor forskjellige arbeidsoppgavene er fra den ordinære driften, er et moment av ganske stor betydning, selv om forskjeller i arbeidsmengde eller ytre omstendigheter etter forholdene kan være nok. At momentet har stor betydning fremkommer tydelig i Rt. 2001 s. 1413. Etter å ha konstatert at arbeidet saken dreide seg om var en del av arbeidet som ordinært ble utført i virksomheten, uttalte retten at det da måtte kreves at arbeidet hadde «*vesentlige særtrekk* som kan begrunne et unntak fra den klare hovedregel om at arbeidsoppgaver som ikke adskiller seg fra virksomhetens ordinære arbeid, bare kan løses ved fast ansatte arbeidstakere» (min kursivering).¹³⁴ Høyesterett ser her ut til å oppstille en høy terskel, men som det vil fremkomme senere i oppgaven oppstiller forarbeidene en rekke tilfeller der midlertidig ansettelse vil være tillatt uten at arbeidsoppgavene er annerledes enn de ordinære, noe retten også er inne på i dommen.¹³⁵ Det kan f.eks. vises til sesongarbeid, se punkt 3.4.1. Kravet om «*vesentlige særtrekk*» kan derfor ikke gjelde helt generelt. Det må antas å være forbeholdt tilfeller der forarbeidene ikke i særlig grad bidrar til løsningen.

¹³³ Prop. 39 L (2014-2015) s. 103.

¹³⁴ Rt. 2001 s. 1413, på side 1423.

¹³⁵ Rt. 2001 s. 1413, på side 1422.

3.3.5 Tidsmomentet

Hvor lenge den midlertidige ansettelsen varer er et moment som kan ha stor betydning i vurderingen etter aml. § 14-9 (2) bokstav a.

Begrunnelsen for å legge vekt på det midlertidige arbeidsforholdets varighet ser ut fra forarbeidene ut til å være todelt. For det første er det slik at jo lenger arbeidstaker har vært midlertidig ansatt hos samme arbeidsgiver, jo mer knyttet til virksomheten vil arbeidstaker være.¹³⁶ Fougner peker på det som nærmere ligger i dette, nemlig at hensynene bak stillingsvernet tilsier at arbeidstakeren bør kunne nyte godt av stillingsvernet når han har en sterk tilknytning til virksomheten.¹³⁷

For det andre vil lang varighet indikere at det i realiteten er et permanent behov for arbeidstakeren,¹³⁸ altså at det ikke er *nødvendig* å ansette ham midlertidig, se punkt 3.3.6 om nødvendighetskravet. Når man i vurderingen etter bestemmelsen vektlegger tidsmomentet, kan man ikke bare holde seg til gjeldende midlertidige arbeidsforhold. Man må i tillegg se på tidligere midlertidige arbeidsforhold mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren, slik at eventuelle forlenger og fornyelser hensyntas.¹³⁹ Forarbeidene peker på at det må tas hensyn til grunnene til eventuelle forlengelser i vurderingen. Det uttales at man i retning av fast ansettelse i større grad må vektlegge forlengelser for å utføre nye oppgaver, enn forlengelser fordi de opprinnelige midlertidige oppgavene tar lenger tid enn forutsatt.¹⁴⁰ Dette er nettopp fordi at arbeidstakeren stadig blir gitt nye arbeidsoppgaver, indikerer at det er et permanent behov for ham, altså at det ikke er nødvendig å ansette ham midlertidig.¹⁴¹ Det er som vi ser en tydelig sammenheng mellom tidsmomentet og nødvendighetskravet.

I tillegg til forarbeidenes todelt begrunnelse kan det pekes på en åpenbar tredje grunn. Denne finner vi ved å se rent språklig på uttrykket «midlertidig karakter». Dersom vi skal kunne kalle noe midlertidig må vi ha et tidsperspektiv å forholde oss til. Skarning formulerer seg godt om dette når han sier at «det er grenser for hvor lenge et midlertidig forhold kan anses for å være midlertidig».¹⁴² Uten at vi la vekt på varigheten ville ikke vilkåret «midlertidig karakter» ha særlig mye realitet. Man ville kunne hevde at det meste arbeid var midlertidig bare man anla et tilstrekkelig langt tidsperspektiv. Dette ville ikke være i godt samsvar med at lovens hovedregel er fast ansettelse.

¹³⁶ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 166.

¹³⁷ Fougner (2019a) s. 752.

¹³⁸ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 166.

¹³⁹ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 166.

¹⁴⁰ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 166.

¹⁴¹ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 166.

¹⁴² Skarning (2013) s. 77.

Hvor lang varighet som vil være for lenge, vil variere med omstendighetene i det enkelte tilfellet,¹⁴³ det vil si styrken av de øvrige momenter som gjør seg gjeldende ved vurderingen etter bokstav a i det konkrete tilfellet. Ved lang varighet kan tidsmomentet etter forholdene få avgjørende betydning. Da er det grunn til å stille spørsmål om forholdet mellom tidsmomentet og 3-4-års-reglen som jeg omtalte i punkt 2.5. Denne setter som kjent en absolutt grense for hvor lenge et midlertidig arbeidsforhold kan vare.

I forarbeidene til 3-4-års-regelen omtales bestemmelsen som en «øvre grense»,¹⁴⁴ og det er ingenting som tyder på at man har ment at den samtidig skal fungere som en nedre grense. Det er heller ingenting som taler for at arbeidsforholdets varighet ikke lenger skal kunne tillegges vekt som et moment i helhetsvurderingen av om arbeidet er «av midlertidig karakter». Hensynene bak tidsmomentet gjør seg fortsatt gjeldende før det har gått tre eller fire år. Fougner uttaler at det er en forutsetning for lovlig midlertidig ansettelse at arbeidet «ikke strekker seg over flere år», og at det normale er at den midlertidige ansettelsen varer «vesentlig kortere».¹⁴⁵ Tilsvarende hevder Skarning at arbeidsforholdet kan bli fast «i god tid før» fire år er gått.¹⁴⁶ Rettspraksis viser dessuten at midlertidige arbeidsforhold også etter innføringen av 3-4-års-reglen, har blitt ansett ulovlige, etter en vurdering etter bokstav a der blant annet tidsmomentet har inngått.¹⁴⁷ I det følgende skal jeg kort illustrere hvordan tidsmomentet har vært anvendt i rettspraksis, med avgjørelser fra både før og etter innføringen av 3-4-års-reglen.

I RG 2003 s. 674 (Frostating) fikk tidsmomentet stor betydning, fordi det i den type situasjon som forelå «bare i svært begrenset grad» kunne være adgang til midlertidig ansettelse.¹⁴⁸ I Rt. 1991 s. 872 fikk arbeidstaker medhold i krav om å være fast ansatt som assisterende avdelingsleder. Hun hadde i tolv år vært ansatt i flere midlertidige stillinger som avdelingsleder og assisterende avdelingsleder. Høyesterett fant det «lite tvilsomt» at dette var for lenge.¹⁴⁹ Tre og et halvt år var derimot ikke for lenge ifølge lagmannsretten i LF-1994-418. Retten understreker til og med at tidsmomentet «åpenbart ikke» alene kunne være avgjørende. Klare forutsetninger mellom partene og arbeidsgivers behov for tidsbegrensningen, ble vektlagt i retning av lovlig midlertidig ansettelse. I RG 2012 s. 440 (Gulating) kom lagmannsretten til at et midlertidig arbeidsforhold som var forlenget flere ganger, med total varighet på omtrent halvannet år, var blitt fast. Arbeidstaker skulle i utgangspunktet bidra til å løse et midlertidig problem,

¹⁴³ Fanebust (2015) s. 79.

¹⁴⁴ NOU 2004:5 s. 303 og Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 218.

¹⁴⁵ Fougner (2019a) s. 752.

¹⁴⁶ Skarning (2013) s. 77.

¹⁴⁷ Se f.eks. RG 2012 s. 440 (Gulating).

¹⁴⁸ Skarning (2013) s. 231.

¹⁴⁹ Rt. 1991 s. 872, på side 878.

men dette var løst allerede etter omtrent tre måneder. Når arbeidsforholdet på tross av dette ble forlenget flere ganger, viste dette at det var et permanent behov for arbeidstakeren. Igjen ser vi sammenhengen mellom tidsmomentet og nødvendighetskravet.

Avgjørelsene jeg nå har vist til viser med tydelighet at tidsmomentet bare er ett av flere momenter i vurderingen etter bokstav a, og at hvor lang varighet som kan aksepteres avhenger sterkt av de øvrige momentenes styrke. Tre og et halvt år ble akseptert i den ene saken, mens ett og et halvt var for lenge i den andre. Det var imidlertid «lite tvilsomt» at tolv år var for lenge, og i dag ville forholdet ha blitt rammet av 3-4-års-regelen.

3.3.6 Nødvendighet

Vurderingen av om arbeidet er «av midlertidig karakter» innebærer et krav om nødvendighet. Dette går i korte trekk ut på at for at en midlertidig ansettelse skal være lovlig, må det være nødvendig å dekke det udekkete arbeidskraftbehovet ved å ansette noen midlertidig, i motsetning til fast. Om det er nødvendig å gjøre en avtale tidsbegrenset vil avhenge av mange faktorer, f.eks. bedriftens størrelse,¹⁵⁰ og hvilken kompetanse bedriften har og trenger fremover.

Spørsmålet i det følgende er hva som er det nærmere innholdet i nødvendighetskravet.

Kravet har vært tydelig helt siden begrensningene i adgangen til midlertidig ansettelse ble innført. I de opprinnelige forarbeidene ble det uttalt at «de faktiske sysselsettingsmuligheter» i virksomheten ved avtalens utløp ofte ville være «det avgjørende bevis» for om midlertidig ansettelse etter hjemmelen ville være lovlig.¹⁵¹ Som vi så i punkt 3.2, skal vurderingen foretas første gang på ansettelsestidspunktet. Hvis det for arbeidsgiver på dette tidspunktet ser ut til at arbeidstaker kan sysselsettes i virksomheten ved avtalens utløp, vil det ikke være nødvendig å ansette midlertidig.¹⁵² Da kunne arbeidstaker vært ansatt fast. Dette er kjernen i kravet.

Det er innledningsvis grunn til å gjøre to presiseringer.

For det første må det presiseres at spørsmålet er om det er nødvendig å ansette midlertidig i motsetning til fast. Det er ikke slik at midlertidig ansettelse må være den eneste måten det er mulig å dekke arbeidskraftbehovet på for at midlertidig ansettelse skal være lovlig.¹⁵³ Et arbeidskraftbehov kan f.eks. dekkes ved å kjøpe inn konsulenttenester eller andre tjenester eksternt.

For det andre må det være opp til arbeidsgiver å vurdere arbeidskraftbehovet i virksomheten. Nødvendighetskravet kan ikke forstås slik at domstolene skal kunne overprøve denne vurde-

¹⁵⁰ Skarning (2013) s. 72.

¹⁵¹ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 71.

¹⁵² Skarning (2013) s. 73.

¹⁵³ Departementet har forutsetningsvis lagt dette til grunn når de på s. 211 i Ot.prp.nr.49 (2004-2005) skriver at en økt adgang til midlertidig ansettelse kan medføre at bedrifter erstatter innleie med egen arbeidskraft.

ringen. Mitt poeng her illustreres best ved et eksempel.¹⁵⁴ La oss se for oss at det i en bedrift stadig oppstår masse papirarbeid som helst skulle vært gjort, men som arbeidsgiver velger å la forbli ugjort, fordi bedriften ikke har midler til å ansette noen til å gjøre det. På et tidspunkt har bedriften imidlertid noe penger til overs, og det blir bestemt at det som et engangstilfelle skal ansettes en person midlertidig i et par uker for å ta unna det viktigste av papirarbeidet som har hopet seg opp. I et slikt tilfelle er det ikke naturlig å komme til at den midlertidige ansettelsen er ulovlig på grunn av at det er nok arbeid i virksomheten, papirarbeidet som løpende oppstår, til at den ansatte kunne ha vært ansatt fast. Det må være opp til arbeidsgiver å vurdere hvilket arbeid som skal utføres i virksomheten.

Selv om arbeidsgiver, etter en forsvarlig vurdering på ansettelsestidspunktet, må tro at han bare trenger arbeidstakeren midlertidig, utelukker det ikke lovlig midlertidig ansettelse at han tror at bedriften på et eller annet tidspunkt i fremtiden på ny vil trenge arbeidstakeren midlertidig.¹⁵⁵ I utgangspunktet er det tillatt å ansette samme person midlertidig flere ganger. Det er imidlertid klart at et meget hyppig behov for arbeidstakeren må kunne likestilles med et permanent behov. Grensen mellom permanent og hyppig behov er ikke skarp. Hvis arbeidsgiver på ansettelsestidspunktet har grunn til å anta at arbeidstaker ikke trengs permanent, men at han trengs veldig ofte, omtrent permanent, så tilsier dette at det ikke er nødvendig å ansette ham midlertidig.

Forarbeidene viser tydelig at nødvendighetskravet bringer noe i tillegg til kravet om at arbeidet må være avgrenset, se punkt 3.3.3. Selv om arbeidet er avgrenset, f.eks. som et enkeltstående prosjekt, vil det være i strid med nødvendighetskravet å ansette arbeidstaker midlertidig dersom bedriften normalt organiserer sin virksomhet gjennom prosjekter og den samme kompetansen er nødvendig for å jobbe på de ulike prosjektene.¹⁵⁶ I et slikt tilfelle er det ikke nødvendig å ansette midlertidig. Arbeidstakeren vil kunne sysselsettes også etter prosjektets avslutning. Er det derimot f.eks. slik at det aktuelle prosjektet innebærer et markert større arbeidskraftbehov enn virksomheten ellers har, kan det være nødvendig å ansette midlertidig. Det kan også være nødvendig hvis det trengs en bestemt kompetanse eller en person med en bestemt bevilling til et konkret prosjekt, og bedriften vanligvis ikke har prosjekter der dette trengs. Et eksempel på det siste er Rt. 2001 s. 1413. I saken kom Høyesterett til at en bistandsorganisasjons midlertidige ansettelse av en arbeidstaker var lovlig. Arbeidstakeren var midlertidig ansatt for å jobbe med minerydding i Bosnia. Bistandsorganisasjonen bedrev minerydding flere steder i verden, og arbeidet ved de enkelte mineryddingsfeltene kunne nok

¹⁵⁴ Eksempelet er inspirert av LB-2004-11520, som omhandler reglene om midlertidige ansettelser i den nå opphevede tjenestemannsloven.

¹⁵⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 331.

¹⁵⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 214.

vært karakterisert som ulike prosjekter. Arbeidstakeren mente han kunne vært permanent sys-selsatt ved å bli flyttet til andre mineryddingsfelt. Arbeidsgiver ble imidlertid hørt med at det krevdes ulik kompetanse i de ulike feltene, og at arbeidstakeren ikke hadde relevant kompetanse til å jobbe på et annet felt.¹⁵⁷

Et spørsmål er om det jeg til nå har omtalt som «nødvendighetskravet» faktisk er et absolutt «krav» som må være oppfylt for at en midlertidig ansettelse skal være lovlig, eller om det bare et moment i helhetsvurderingen. Det finnes forarbeidsuttalelser som trekker i begge retninger.¹⁵⁸

Systemet i aml. § 14-9 og reglens formål taler for at det er snakk om et absolutt krav. For andre enn virksomhetens øverste leder, se § 14-10, er det § 14-9 (2) bokstav f som gir generell adgang til midlertidig ansettelse. Det er imidlertid knyttet begrensninger om kvote og karanteneperiode til denne hjemmelen. Dersom man i medhold av bokstav a kunne ansette midlertidig selv om det ikke var *nødvendig*, ville det ha vært lett å omgå begrensningene knyttet til bokstav f. Man ville kunne organisere bedriftens vanlige virksomhet slik at arbeidet ville være avgrenset, f.eks. som prosjekter, og ansette midlertidig selv om arbeidstakeren kunne vært brukt i alle prosjektene. Da hadde arbeidsgivere ikke lenger hatt noe behov for å benytte seg av bokstav f. Dette ville uthulet lovens hovedregel om faste ansettelser. I samme retning trekker Rt. 2009 s. 578, som riktignok gjaldt grunnbemanningslæren.¹⁵⁹ Høyesterett legger her tilsynelatende avgjørende vekt på at det var *nødvendig* å ansette midlertidig. Det uttales at det ikke var noe «reelt alternativ» å øke grunnbemanningen,¹⁶⁰ altså ansette fast. Dette tilsier i hvert fall at nødvendighet er av stor betydning i vurderingen.

Noe som kan tale for at nødvendighet kun er et moment i helhetsvurderingen er at det, som jeg skal vise i punkt 3.4.1, tillates å ansette midlertidig for en sesong, selv om sesongen oppstår forutsigbart hvert år. Det kan f.eks. dreie seg om sommerjobb som badevakt på en offentlig strand. Det kan hevdes at det ikke er *nødvendig* å ansette midlertidig når behovet er så forutsigbart. Man kunne ha ansatt fast, med fastsatt arbeidstid en måned om sommeren hvert år. Dette ville i prinsippet oppfylle definisjonen av fast ansettelse i § 14-9 (1) annet pkt. Når det likevel tillates å ansette midlertidig i disse tilfellene, kan det hevdes at dette viser at nødvendighetskravet ikke er et absolutt krav. Dette kan imidlertid møtes med at forarbeidene, som nevnt, også sier at nødvendighetskravet ikke utelukker midlertidig ansettelse selv om arbeidsgiver på ansettelsestidspunktet tror at bedriften, på et eller annet tidspunkt i fremtiden, på ny vil trenge arbeidstakeren. Dessuten skal vi se i punkt 3.4.1 at rettspraksis viser at også midlertidige ansettelser for sesongarbeid har blitt ansett ulovlig, fordi det ikke har vært *nødvendig* å

¹⁵⁷ Rt. 2001 s. 1413, på side 1423.

¹⁵⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 214 og Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 165.

¹⁵⁹ Se punkt 2.4, der jeg viser at grunnbemanningslæren i stor grad tilsvarer vurderingen etter bokstav a.

¹⁶⁰ Rt. 2009 s. 578, i avsnitt 50.

ansette midlertidig.¹⁶¹ Et slags nødvendighetskrav gjelder altså også for midlertidig sesongarbeid, selv om man kan se det slik at det at det tillates å ansette midlertidig for sesongarbeid, i seg selv strider mot nødvendighetskravet. Kanskje bør man se det slik at nødvendighetskravet gjelder for sesongarbeid, men er mindre stengt for dette typetilfellet enn ellers.

Slik jeg ser det er det mest nærliggende å konkludere med at nødvendighetskravet er nettopp et *krav* til alle midlertidige ansettelser i medhold av bokstav a, ikke bare et moment i helhetsvurderingen. Særlig systemet i aml. § 14-9 og reglens formål er viktige for denne konklusjonen. Det vil nok også ha betydning for hvilken konklusjon man kommer til hvordan man ser på grunnbemanningslæren. Dersom man ser på grunnbemanningslæren som anvendelig også i relasjon til § 14-9 (2) bokstav a, er det mindre grunn til å oppstille et sterkt nødvendighetsvilkår etter bestemmelsen. Grunnbemanningslæren er som vi har sett i stor grad bygget på et krav om nødvendighet. Når jeg i punkt 2.4 har valgt å forbeholde grunnbemanningslæren for bokstav b om vikariater, er det større behov for å se på nødvendighetskravet som et absolutt vilkår.

Til slutt skal det nevnes at det også kan oppstilles et krav om at en ellers lovlig, herunder nødvendig, midlertidig ansettelse *i omfang* må begrenses til det som er nødvendig.¹⁶² Det er f.eks. opplagt at en arbeidstaker ikke kan ansettes midlertidig i et helt år for å løse en midlertidig arbeidsoppgave som skal vare i to uker. Arbeidstaker kan heller ikke ansettes midlertidig i en full stilling hvis kun ti prosent av arbeidstiden brukes på midlertidige oppgaver, mens resten brukes på vanlige løpende arbeidsoppgaver i virksomheten, og det ikke er noe markert økt arbeidskraftbehov i perioden eller spesielle «ytre omstendigheter», se punkt 3.3.4. Dette ville uthule lovens hovedregel om faste ansettelser. Fanebust hevder at man i denne type tilfeller må gjøre en konkret vurdering av om det kan ansettes midlertidig, blant annet basert på fordelingen mellom oppgavetyper.¹⁶³ Dette virker som en god løsning, særlig fordi man ikke alltid kan skille skarpt mellom ordinære og midlertidige arbeidsoppgaver.¹⁶⁴ Det vil heller ikke alltid være mulig å unngå at en midlertidig ansatt også utfører visse ordinære arbeidsoppgaver. Det virker særlig rimelig å akseptere dette når det dreier seg om arbeidsoppgaver som er en naturlig del av alle ansattes hverdag, uavhengig av stillingsbeskrivelse, f.eks. det å fylle på ark i printerens i kontorlandskapet når man ser at den er tom. Det ville vært meget upraktisk om dette gjorde den midlertidige ansettelsen ulovlig. Det kan selvfølgelig oppstå mer tvilsomme tilfeller. Noe annet som er naturlig å nevne i denne sammenheng, er at et arbeidsforhold gradvis kan endre seg med tiden.¹⁶⁵ Vi kan se for oss et arbeidsforhold der arbeidsgiver

¹⁶¹ Særlig LE-2014-84084 viser dette.

¹⁶² Borgerud (2019a) s. 161.

¹⁶³ Fanebust (2015) s. 83.

¹⁶⁴ Fanebust (2015) s. 83.

¹⁶⁵ Fanebust (2015) s. 83.

og arbeidstaker begge er klar over at arbeidstaker i løpet av ansettelsesperioden har gått mer og mer over til å gjøre ordinære arbeidsoppgaver i virksomheten, og ingen av dem har protestert på det. Da må man nok se det slik at partene ved sin adferd på et eller annet tidspunkt har endret arbeidsavtalen slik at den nå går ut på fast ansettelse.¹⁶⁶

3.3.7 Partenes forutsetninger

Det følger av forarbeidene at partenes forutsetninger har betydning i vurderingen, på den måten at dersom begge parter er innforståtte med at arbeidsavtalen som er inngått er midlertidig, taler dette for at den er lovlig.¹⁶⁷ Hirst og Lønneid hevder at det kan ha betydning hvorvidt begge parter «har en reell interesse av å inngå en tidsbegrenset avtale».¹⁶⁸ Dette er naturlig, for dersom en midlertidig avtale var i begge parters interesse ved avtaleinngåelsen, gjør dette det mer sannsynlig at partenes felles forutsetning var at det skulle inngås en slik avtale. Det er imidlertid klart, hvilket også sies i forarbeidene,¹⁶⁹ at partene ikke kan avtale midlertidig ansettelse i strid med lovens regler, jf. aml. § 1-9. At partene er enige om å inngå en midlertidig arbeidsavtale, er derfor ikke nok til at avtalen er gyldig. Hadde dette vært tilstrekkelig, hadde lovens begrensninger i adgangen til midlertidig ansettelse vært uten betydning.

Det er prinsipielt sett noe underlig at partenes forutsetninger skal ha betydning, når begrensningene i adgangen til midlertidig ansettelse er vernelovgivning. Arbeidsmiljøloven beskytter normalt arbeidstaker mot lovstridige forhold, selv om han med viten og vilje samtykker til dem.

Neste spørsmål det er naturlig å stille, er hvor stor vekt momentet om partenes forutsetninger kan ha i vurderingen etter bokstav a. I Ot.prp.nr.50 (1993-1994) uttales både at partenes forutsetninger «i en tvilssituasjon» vil «kunne ha en viss betydning» for om en midlertidig ansettelse er lovlig.¹⁷⁰ Det uttales på samme side i proposisjonen at «klare forutsetninger mellom partene om midlertidighet», er et blant flere momenter «som er trukket fram som viktige i praksis». Departementet er dermed ikke tydelig på om dette er et viktig moment eller ikke. At arbeidsmiljøloven er vernelovgivning som ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstaker, tilsier imidlertid at partenes forutsetninger ikke kan tillegges særlig stor vekt. Det trekkes i samme retning at det ikke passer godt med lovteksten å legge vekt på momentet. Hvorvidt det er klare forutsetninger mellom partene, kan ikke rent språklig sies å ha betydning for hvorvidt et bestemt arbeid er «av midlertidig karakter». Momentet om partenes forutsetninger har vært

¹⁶⁶ Se Prop. 73 L (2017-2018) s. 28 om at praktiseringen av avtalen er relevant for å fastslå om den går ut på midlertidig eller fast ansettelse.

¹⁶⁷ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 166.

¹⁶⁸ Hirst (2015) s. 59.

¹⁶⁹ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 166.

¹⁷⁰ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 166.

nevnt i rettspraksis, men det har ikke blitt tillagt stor betydning.¹⁷¹ Konklusjonen må bli at momentet har liten vekt i vurderingen.

3.3.8 Usikkerhet om fremtidig behov

Det følger av forarbeider og rettspraksis at usikkerhet om fremtidig arbeidskraftbehov i seg selv ikke gjør at arbeidet får «midlertidig karakter». Det kan f.eks. være at en kommune som har fått ekstraordinære statlige tilskudd til en bestemt stilling, er usikker på om den vil få finansiering til å opprette stillingen også neste år.¹⁷² At dette ikke er tilstrekkelig, er i godt samsvar med nødvendighetskravet. Risikoen for arbeidsgiver ved å ansette fast i en slik situasjon er nemlig liten, fordi oppsigelse som skyldes arbeidsmangel som hovedregel er tillatt.¹⁷³ Derfor er det ikke *nødvendig* å ansette midlertidig. Et annet poeng er at det kan hende andre ansatte i virksomheten slutter, slik at det kan være behov for den nye arbeidstakeren selv om arbeidskraftbehovet skulle gå ned.¹⁷⁴ Dette tatt i betraktning virker løsningen god.

I forarbeidene er det uttalt at «budsjettmessige/økonomiske hensyn» ikke kan begrunne midlertidig ansettelse,¹⁷⁵ og det er flere ganger uttalt at «usikkerhet om eventuell fremtidig reduksjon i arbeidsmengde» heller ikke aksepteres som grunnlag.¹⁷⁶ Det første kan ses på som et spesialtilfelle av det siste. Fra rettspraksis kan det f.eks. vises til Rt. 1992 s. 729. Kjæremålsutvalget sluttet seg her til lagmannsretten, som hadde lagt til grunn at det ikke var adgang til midlertidig ansettelse av en lærer begrunnet i at elevtallet ved skolen kunne endre seg raskt. Lagmannsretten uttalte at det «[a]t endringer i bemanningen kan bli nødvendig på grunn av endringer i elevtallet, bør neppe anses annerledes en det forhold at mindre efterspørsel etter produktene fra en produksjonsbedrift kan gjøre oppsigelser nødvendig».¹⁷⁷ Dette er i tråd med forarbeidene, som sier at det ikke kan ansettes midlertidig for å avhjelpe «generelle eller jevne variasjoner i ordretilgang».¹⁷⁸

At økonomiske hensyn og usikkerhet om fremtiden ikke alene kan begrunne midlertidig ansettelse etter bokstav a, innebærer ikke at det nødvendigvis må være helt uten betydning i den helhetsvurderingen bestemmelsen gir anvisning på. Et eksempel er at det i Rt. 2001 s. 1413 ble lagt vekt på at måten virksomheten ble finansiert på, gjorde at det ville medføre store praktiske vansker dersom man skulle brukt faste ansettelser.¹⁷⁹

¹⁷¹ Se f.eks. Rt. 1985 s. 1141, nederst på s. 1150, LF-1994-418 og RG 2003 s. 674 (Frostating).

¹⁷² Allstrin (2012) s. 80.

¹⁷³ Fougner (2019a) s. 751.

¹⁷⁴ Johansen (2015) s. 613.

¹⁷⁵ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 179.

¹⁷⁶ Se f.eks. Prop. 39 L (2014-2015) s. 103.

¹⁷⁷ Rt. 1992 s. 729, på s. 732.

¹⁷⁸ Prop. 39 L (2014-2015) s. 103.

¹⁷⁹ Rt. 2001 s. 1413, på side 1423-1424.

3.4 Utvalgte typetilfeller

3.4.1 Sesongarbeid

Det kan etter omstendighetene være tillatt å ansette midlertidig etter bokstav a for å dekke et arbeidskraftbehov som oppstår som følge av en virksomhets høysesong. Situasjonen reiser noen særlige spørsmål, og disse skal jeg diskutere i det følgende.

Det uttales i forarbeidene at det er anledning til å ansette midlertidig for å møte et økt arbeidskraftbehov i sesong,¹⁸⁰ eller dersom virksomheten bare drives i sesong.¹⁸¹ Varehandelen, turistnæringen og næringsmiddelindustrien brukes som eksempler på virksomhet der sesongarbeid er aktuelt.¹⁸² Som jeg var inne på i punkt 3.3.6, er det som gjør sesongarbeid spesielt i vår sammenheng, at forarbeidene understreker at selv om sesongen oppstår forutsigbart hvert år, f.eks. i julen, så vil det være anledning til å ansette midlertidig.¹⁸³ Dette står i en viss motstrid til nødvendighetskravet. Det kan, som jeg har vært inne på tidligere, også når det økte arbeidskraftbehovet ikke har oppstått som følge av sesongmessige svingninger, være tillatt å ansette arbeidstaker midlertidig for å utføre de samme arbeidsoppgavene som ordinært utføres i virksomheten. Da må det imidlertid ifølge forarbeidene dreie seg om «kortvarige og uforutsigbare situasjoner».¹⁸⁴ Dette er i samsvar med nødvendighetskravet. Det er bare ved sesongarbeid at det godtas at det midlertidige arbeidet oppstår forutsigbart hvert år. Det sier seg selv, og forarbeidene peker også på,¹⁸⁵ at det her kan oppstå vanskelige grensetilfeller. Særlig kan det være vanskelig å skille mellom hva som skyldes sesongsvingninger og hva som ikke gjør det. Til en viss grad er dette bevisspørsmål. Det kompliserer at svingninger i arbeidskraftbehov kan være knyttet til sesong i større eller mindre grad.¹⁸⁶

Et spørsmål er om det må stilles noen krav til hvor sesongpreget den aktuelle virksomheten må være før man kan ansette midlertidig for sesonger som oppstår årlig. I forarbeidene ser det ut til at det har skjedd en utvikling. I Ot.prp.nr.41 (1975-1976) skrev departementet om arbeid som var «sterkt sesongpreget, f.eks. slik at arbeidet bare kan utføres på vinterstid».¹⁸⁷ I Ot.prp.nr.49 (2004-2005) var det «sesongpreget virksomhet» som ble omtalt.¹⁸⁸ Man mode-

¹⁸⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 202.

¹⁸¹ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 71.

¹⁸² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 202.

¹⁸³ Prop. 39 L (2014-2015) s. 103.

¹⁸⁴ Prop. 39 L (2014-2015) s. 103.

¹⁸⁵ Prop. 39 L (2014-2015) s. 103.

¹⁸⁶ Skarning (2013) s. 76.

¹⁸⁷ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 71.

¹⁸⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 202.

rente seg altså noe fra 1976 til 2005, og i Prop. 39 L (2014-2015) ser det ut til at det skal enda mindre til. Der er beskrivelsen «arbeidskraftbehov som knytter seg til sesongmessige svingninger».¹⁸⁹ Turistnæringen og næringsmiddelindustrien ble imidlertid fortsatt brukt som eksempler på bransjer der dette er aktuelt.¹⁹⁰ Den siste proposisjonens standpunkt ser ut til å være at det i prinsippet ikke kan stilles noe krav til hvor sesongpreget virksomheten må være, for at midlertidig ansettelse på grunn av sesongmessige svingninger kan være tillatt når sesongen oppstår forutsigbart hvert år. Det avgjørende er at den økte arbeidsmengden kommer som en følge av sesongmessige svingninger. Det må likevel, som vi så i punkt 3.3.4, være snakk om «markerte forskjeller i arbeidsmengde»,¹⁹¹ altså forskjeller i arbeidsmengde av en viss størrelse. Graden av sesongsvingninger vil også få betydning for hvorvidt nødvendighetskravet oppfylles, noe jeg kommer nærmere inn på snart.

Lagmannsrettens flertall i LG-2013-97744 inntok et annet standpunkt enn den siste proposisjonen gir uttrykk for. Flertallet sier at adgangen til midlertidig ansettelse er «begrenset til det sterkt sesongpregede», og at eksemplene som nevnes i forarbeidene «viser at uttrykket sterkt sesongpreget skal tolkes restriktivt». Jeg finner grunn til å ikke slutte meg til lagmannsrettens standpunkt, av to årsaker. For det første er denne dommen fra før Prop. 39 L (2014-2015), slik at oppmykningen i denne proposisjonen ikke ble vurdert av retten. For det andre oppfatter jeg ikke forarbeidenes eksemplifisering på samme måte som flertallet gjør. Jeg leser forarbeidene slik at det gis eksempler på bransjer der det *typisk* er sesongsvingninger. Dessuten er det ikke slik at sesongsvingningene er like store i ulike deler av de bransjene som nevnes. Varehandelen nevnes, men det er klart at en matbutikk på Tjøme vil ha kraftig høysesong om sommeren, mens en matbutikk et sted der kun lokalbefolkning handler ikke vil oppleve like store sesongsvingninger.

Det er ikke sikkert mitt standpunkt skiller seg så mye fra lagmannsrettens, når også jeg peker på at forskjellene i arbeidsmengde må være av en viss størrelse. Jeg er derfor enig med lagmannsretten når den sier «at ikke enhver sesongvariasjon åpner for å ansette midlertidig».

Selv om det finnes egne uttalelser om sesongarbeid i forarbeider og rettspraksis, er sesongarbeid kun et typetilfelle av arbeid som kan være «av midlertidig karakter», og retningslinjene jeg undersøkte i punkt 3.3 må anvendes også på disse tilfellene. Jeg skal i det følgende si noe om hvordan noen av de generelle retningslinjene gjør seg gjeldene her.

Skarning peker på at bedriftens størrelse kan ha betydning for i hvilken grad bedriften kan klare å takle de sesongmessige svingningene gjennom året med sin grunnbemanning alene.¹⁹² Ofte vil større bedrifter ha bedre mulighet til dette. Jeg forstår Skarnings uttalelse som en

¹⁸⁹ Prop. 39 L (2014-2015) s. 103.

¹⁹⁰ Prop. 39 L (2014-2015) s. 103.

¹⁹¹ Prop. 39 L (2014-2015) s. 103.

¹⁹² Skarning (2013) s. 76.

henvisning til nødvendighetskravet. Graden av sesongsvingninger vil selvfølgelig også påvirke i hvor stor grad en bedrift kan klare seg gjennom året uten å ansette midlertidig i sesong. En stor bedrift som opplever kun små sesongsvingninger vil ha vanskeligere for å få aksept for at det er *nødvendig* å ansette midlertidig på grunn av sesongsvingninger.

I rettspraksis legges det vekt på varigheten av sesongen, og dermed varigheten av de midlertidige ansettelsene. Det er naturlig å se på dette som utslag av tidsmomentet, se punkt 3.3.5. Sesongens varighet har også sammenheng med nødvendighetskravet. I LE-2014-84084 ville ikke lagmannsretten akseptere midlertidige ansettelser for en golfsesong på ca. 9 måneder, da det for arbeidsgiveren i saken ikke var *nødvendig* å ansette midlertidig. Lagmannsretten presiserte at «[h]vor grensen går, vil måtte avgjøres i hvert enkelt tilfelle». Retten fant likevel at lovgiver først og fremst hadde tatt sikte på å tillate midlertidig ansettelse for «sesonger av mer kortvarig karakter». I LG-2013-97744 var det anført at 3-4 måneder måtte være en maksimal varighet av et sesongarbeid, men en slik bestemt grense ville ikke retten oppstille. I LE-2014-84084 knytter lagmannsretten varigheten av sesongen til nødvendighetskravet ved å si at «jo større deler av året sesongen varer, desto mer skal det til før midlertidig ansettelse kan anses nødvendig». Dette fordi det da vil være lettere for arbeidsgiver å organisere arbeidet på en måte som sikrer fast ansettelse. Lagmannsrettens standpunkt er slik jeg ser det riktig. Midlertidig ansettelse etter bokstav a skal etter rettskildematerialet ikke skje i større grad enn nødvendig, og en lang sesong kan tyde på at det ikke er nødvendig å ansette midlertidig. Om dette vil være tilfelle i alle virksomheter med lang sesong er ikke mulig å si, og det må selvfølgelig foretas en konkret vurdering av den enkelte virksomhet. Når sesongen er lang er også de ansattes behov for stillingsvern sterkt, fordi arbeidet vil kunne bidra med en stor del av, eller kanskje hele, lønnsinntekten deres.

3.4.2 Omorganisering¹⁹³

Et spørsmål som det på bakgrunn av forarbeidene og rettspraksis er aktuelt å undersøke, er hvilken adgang det er til å ansette midlertidig etter aml. § 14-9 (2) bokstav a i forbindelse med omorganiseringer i virksomheten. Hvis det i det hele tatt er adgang til midlertidig ansettelse i slik situasjoner, kan det spørres om arbeidet i disse tilfellene lettere eller mindre lett enn ellers, vil bli ansett for å være «av midlertidig karakter».

Særlig én forarbeidsuttalelse har vært diskutert i rettspraksis:

«Det er imidlertid ikke anledning til å ansette midlertidig [...] ved usikkerhet om eventuell fremtidig reduksjon i arbeidsmengde, med sikte på omorganisering eller lignende.»¹⁹⁴

Uttalelsen en språklig uklar. Slik jeg ser det er to lesemåter like nærliggende. For det første kan uttalelsen leses slik at «ved usikkerhet om eventuell fremtidig reduksjon i arbeidsmengde» og «med sikte på omorganisering» er to ulike grunner som ikke kan gi grunnlag for midlertidig ansettelse. For det andre kan uttalelsen leses slik at det kun er «usikkerhet om eventuell fremtidig reduksjon i arbeidsmengde» som omtales, og at slik usikkerhet vil kunne oppstå f.eks. når det planlegges omorganisering. Høyesterett slår fast i HR-2018-2371-A at det er den siste lesemåten som er riktig.¹⁹⁵ Hirst og Faret hevder at Høyesteretts uttalelser er i strid med forarbeidsuttalelsen, og at dommen er uttrykk for at forarbeidene på dette punkt ikke skal tas helt på ordet.¹⁹⁶ Jeg synes det er mer nærliggende å se det slik at Høyesterett valgte ett av to rimelige tolkningsalternativer som forarbeidenes ordlyd åpnet for. Vår ulike forståelse av dommen på dette punkt har imidlertid neppe praktisk betydning.

Det følger av Høyesteretts tolkning av forarbeidsuttalelsen, at retten ikke anså forarbeidene for å utelukke at omorganisering etter omstendighetene kan medføre at midlertidig ansettelse er lovlig.¹⁹⁷ Man må som vanlig «foreta en nærmere vurdering av de konkrete forhold»,¹⁹⁸ og det vil ha betydning hvor stor og komplisert omorganiseringen er.¹⁹⁹ Høyesterett hevder at det ved kompliserte omorganiseringer kan «oppstå et praktisk behov for mellomstadier med mid-

¹⁹³ Inspirasjonen til å diskutere dette typetilfellet, med utgangspunkt i HR-2018-2371-A og HR-2017-561-A, har jeg funnet i Hirst (2019).

¹⁹⁴ Prop. 39 L (2014-2015) s. 103.

¹⁹⁵ HR-2018-2371-A, i avsnitt 131.

¹⁹⁶ Hirst (2019) s. 220.

¹⁹⁷ HR-2018-2371-A, i avsnitt 132.

¹⁹⁸ HR-2018-2371-A, i avsnitt 133.

¹⁹⁹ HR-2018-2371-A, i avsnitt 132.

lertidig ansettelse eller innleie»,²⁰⁰ fordi det kan «være vanskelig å få alt til å virke etter hensikten med én gang».²⁰¹ Høyesteretts uttalelser er ikke særlig overraskende, tatt i betraktning de retningslinjene jeg undersøkte i punkt 3.3. Særlig er nødvendighetskravet tydelig i Høyesteretts argumentasjon. At det kan oppstå et «praktisk behov» for noe kan etter forholdene bety at noe er *nødvendig*, avhengig av hvor sterkt behovet er. Høyesterett nevner også forarbeidsuttalelser om nødvendighetskravet eksplisitt,²⁰² og nødvendighetskravet er avgjørende i rettens subsumsjon.²⁰³ Omorganisering kan altså bidra til å gjøre midlertidig ansettelse lovlig, fordi det kan oppstå et «praktisk behov» for midlertidig ansettelse i omorganiseringssituasjoner, altså kan nødvendighetskravet være oppfylt som følge av situasjonen.

At omorganisering ikke utelukker midlertidig ansettelse, men at det heller ikke i seg selv er nok til å begrunne midlertidig ansettelse, synes å være i tråd med HR-2017-561-A. Her finner førstvoterende at midlertidig ansettelse i den aktuelle omorganiseringen ville ha vært tillatt fordi det var «identifisert et særlig ledelsesbehov under selve omorganiseringen».²⁰⁴

Et spørsmål som kan stilles er hvor lett et slikt «praktisk behov» for midlertidig ansettelse som Høyesterett omtaler i HR-2018-2371-A, kan sies å foreligge som følge av omorganisering.

Et argument for at det skal en del til, kan hentes fra lovhistorien. Ved innføringen av den «generelle» adgangen til midlertidig ansettelse vi i dag har i aml. § 14-9 (2) bokstav f, antok departementet at lovendringen ville gi virksomhetene «noe mer fleksibilitet», f.eks. «ved ulike former for omorganisering».²⁰⁵ Tilsvarende argument ble fremført av departementet også da regjeringen Bondevik II forsøkte å få innført en slik «generell» adgang til midlertidig ansettelse, og da ble det også uttalt at «dagens lov representerer en begrensning» når det gjelder blant annet omorganiseringstilfellene.²⁰⁶ Dette tilsier at bokstav a av departementet ble oppfattet å innebære en så begrenset adgang til midlertidig ansettelse i omorganiseringstilfellene, at dette var en av grunnene til at det ble foreslått en oppmykning i regelverket.

Også RG 2003 s. 674 (Frostating) trekker i retning av at det skal mye til.²⁰⁷ I saken skulle to videregående skoler slås sammen noen år frem i tid. Da en stilling som undervisningsinspektør ble ledig ved en av skolene, ble en arbeidstaker ansatt midlertidig i stillingen frem til

²⁰⁰ HR-2018-2371-A, i avsnitt 132.

²⁰¹ HR-2018-2371-A, i avsnitt 132.

²⁰² HR-2018-2371-A, i avsnitt 133.

²⁰³ HR-2018-2371-A, i avsnitt 135-136.

²⁰⁴ HR-2017-561-A, i avsnitt 100. Det er riktignok dissens på dette punkt, se avsnitt 117, men uenigheten ser ut til å dreie seg om virksomhetens mulighet til å forutse at det aktuelle lederkraftbehovet var/ble permanent.

²⁰⁵ Prop. 39 L (2014-2015) s. 111.

²⁰⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 209.

²⁰⁷ Dege (2009) s. 144.

sammenslåingen skulle finne sted, fordi arbeidsgiver ønsket å stå friest mulig ved omorganiseringen. Dette ble ikke god tatt.²⁰⁸ Resultatet i saken er ikke overraskende eller spesielt strengt, men lagmannsrettens mer generelle omtale av adgangen til midlertidig ansettelse som følge av omorganisering, er uttrykk for et strengt syn. Etter å ha sagt at hensynet til en nært forstående omorganisering i enkelte tilfelle kan tale for lovlig midlertidig ansettelse, uttaler retten at «en slik begrunnelse *bare i svært begrenset grad* kan utgjøre et tilstrekkelig grunnlag» (min kursivering).

Høyesteretts anvendelse av regelen på saksforholdet i HR-2018-2371-A viser også at vurderingen er nokså streng. Saken dreide seg om en stor omorganisering som kort fortalt medførte at piloter og kabinansatte i et flyselskap fikk sitt ansettelsesforhold flyttet fra morselskapet i konsernet til datterselskaper. Saksøkerne, arbeidstakere, hevdet at de fortsatt var ansatt i morselskapet, og at pilotene i tillegg var ansatt i et bestemt datterselskap. Saken reiste flere rettslige spørsmål. Arbeidstakerne anførte blant annet at det foregikk ulovlig innleie fra datterselskapene til blant annet morselskapet i konsernet, og at dette måtte medføre at de var fast ansatt i morselskapet. Det var enighet mellom partene om at det foregikk innleie i en periode frem til 1. september 2016, men det var ikke enighet om hvorvidt denne var lovlig. Innleiesituasjonen ble etablert uten at man hadde intensjon om det. Man skulle egentlig etablere såkalt bemanningsentreprise, altså tjenestekjøp, men dette lyktes man ikke med til å begynne med.²⁰⁹ Som jeg nevnte i punkt 1.3 viser arbeidsmiljølovens regler om innleie til reglene om midlertidig ansettelse, og retten presiserer at det er vurderingen etter aml. § 14-9 (2) bokstav a som foretas i saken.²¹⁰ Retten anvender altså i prinsippet reglene om innleie, men det er i realiteten aml. § 14-9 (2) bokstav a som tolkes. Høyesterett konkluderte med at nødvendighetskravet ikke var oppfylt, fordi selskapene burde ha fått til å etablere bemanningsentreprisen på en ordentlig måte allerede fra begynnelsen av.²¹¹ Det ble uttalt at selv om konsernet «stod overfor en komplisert omorganisering med mange usikkerhetsfaktorer» skulle man fra begynnelsen av ha klart dette.²¹² Det ble lagt vekt på at det var snakk om et konsern med store ressurser.²¹³ Selskapene hadde ikke argumentert overbevisende for hvorfor det «ikke skulle ha vært mulig» å ha en grundigere planleggingsprosess.²¹⁴ I saken forelå det altså ikke et slikt «praktisk behov» for midlertidighet som retten mente kunne foreligge i omorganiseringstilfeller. Det ser ut til at rettens vurdering er ganske streng. På tross av at omorganiseringen var kom-

²⁰⁸ Det skal sies at tidsmomentet var fremtredende i saken.

²⁰⁹ HR-2018-2371-A, i avsnitt 135.

²¹⁰ HR-2018-2371-A, i avsnitt 126.

²¹¹ HR-2018-2371-A, i avsnitt 135.

²¹² HR-2018-2371-A, i avsnitt 135.

²¹³ HR-2018-2371-A, i avsnitt 135.

²¹⁴ HR-2018-2371-A, i avsnitt 135.

plisert, hvilket retten i sin lovtolkning uttalte at måtte tillegges vekt, burde selskapene etter rettens syn ha lyktes med sine planer.

Konklusjonen må etter dette bli at omorganiseringstilfellene ikke er særlig spesielle når det gjelder anvendelsen av bokstav a. De vanlige retningslinjene for vurderingen av om arbeidet er «av midlertidig karakter» gjør seg gjeldende, og det skal ikke mindre til før nødvendighetskravet er oppfylt her enn ellers. Det er ikke dermed utelukket at man, når det foregår omorganisering, *oftere* enn ellers kan havne i situasjoner som gir adgang til midlertidig ansettelse.

3.4.3 Mangel på kvalifiserte søkere

Det følger av rettspraksis og forarbeider at det kan være tillatt å ansette midlertidig etter bokstav a dersom virksomheten trenger en arbeidstaker som oppfyller bestemte formelle kvalifikasjonskrav, men ingen søkere oppfyller disse. I slike tilfeller vil det kunne være tillatt å ansette midlertidig slik at stillingen blir bemannet inntil videre.

At bokstav a omfatter slike tilfeller er vanskelig å forene med bestemmelsens ordlyd. Det er ikke naturlig å si at arbeidets karakter er midlertidig i disse situasjonene. Arbeidsoppgavene kan her være ordinære og permanente, og det samme kan gjelde arbeidsmengden, mens det er forhold ved arbeidsmarkedet som her gjør midlertidig ansettelse lovlig. Derfor er det rart at Høyesterett i Rt. 1985 s. 1141, som omhandler nettopp dette typetilfellet, uttaler at bestemmelsen skal «tolkes strengt».²¹⁵

I rettspraksis oppstilles to kumulative vilkår for at det skal kunne ansettes midlertidig i mangel av kvalifiserte søkere. Det må for det første være «saklig behov» å ansette midlertidig i det aktuelle tilfellet, og den midlertidige ansettelsen må være «begrenset til det som er strengt nødvendig».²¹⁶ Disse vilkårene er nå også oppstilt i forarbeidene.²¹⁷ De formelle kvalifikasjonskravene kan være oppstilt i lov eller forskrift, eller de kan være fastsatt av arbeidsgiver.²¹⁸

At den aktuelle midlertidige ansettelsen må være «begrenset til det som er strengt nødvendig» er ikke spesielt for dette typetilfellet. Det er noe som gjelder for alle midlertidige ansettelser med hjemmel i bokstav a, se punktene 3.3.6 og 3.3.5 om nødvendighet og varighet. Et spesielt utslag av nødvendighetskravet for dette typetilfellet, er imidlertid at arbeidsgiver aktivt må

²¹⁵ Rt. 1985 s. 1141, på side 1147.

²¹⁶ Se f.eks. Rt. 1991 s. 872 på s. 875-876.

²¹⁷ Prop. 39 L (2014-2015) s. 103.

²¹⁸ Se f.eks. Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 214 og Rt. 1985 s. 1141 på s. 1151.

søke etter kvalifisert arbeidskraft mens han har en ukvalifisert person ansatt midlertidig.²¹⁹ Hvis ikke vil den midlertidige ansettelsen kunne bli mer langvarig enn nødvendig.

Vilkåret om «saklig behov» er mer spesielt for dette typetilfellet. Det er lett å se at dette vilkåret har likhetstrekk med nødvendighetskravet, og om man vil kan man se det som et spesielt utslag av dette kravet. I det følgende skal jeg undersøke når det er «saklig behov» for å ansette en ukvalifisert person midlertidig i påvente av kvalifiserte søkere.

I Rt. 1985 s. 1141 aksepterte Høyesterett midlertidig ansettelse av noen aktivtører i stillinger ment for ergoterapeuter ved et sykehus, da det ikke meldte seg søkere med utdanning som ergoterapeut. I vurderingen av om det var «saklig behov» for dette, legger retten vekt på forklaringer blant annet fra en overlege ved sykehuset, om hvorfor det faglig sett var viktig å stille krav om at de ansatte i stillingene hadde utdanning som ergoterapeut.²²⁰ Kravet om saklig behov innebærer altså et krav om en tilstrekkelig faglig begrunnelse for de aktuelle kvalifikasjonskrav. Domstolene besitter ikke alltid den fagkunnskap som er nødvendig for å overprøve slike vurderinger fullt ut, så det er grunn til å tro at arbeidsgiver her har et visst handlingsrom. I dommen prøver ikke retten spørsmålet særlig grundig, men legger overlegens forklaring til grunn. Kravet om en tilstrekkelig faglig begrunnelse passer ikke så godt når kvalifikasjonskravene følger av lov eller forskrift, så slike vil neppe underlegges noen prøving av domstolene.²²¹ Kravet om «saklig behov» innebærer videre at det må være tilstrekkelig realistisk at man vil kunne skaffe den ønskede kvalifiserte arbeidskraft innen en viss tid.²²² I Rt. 1991 s. 872 fant Høyesterett at kvalifikasjonskravene som ble stilt var lite realistiske. I minst tolv år hadde det vært stor mangel på formelt kvalifisert personale i de aktuelle stillingene. Langt de fleste ansatte i de aktuelle stillingene var ukvalifiserte. Retten uttalte at det dreide seg om «en systematisk bruk av midlertidige avtaler for å løse et permanent bemanningsproblem», og fant at dette var i dårlig samsvar med lovens intensjoner.²²³ Det at det må finnes en viss realisme i utsiktene til å få tak i ansatte med de aktuelle kvalifikasjoner, henger sammen med momentet om blokkeringsfare, som også inngår i «saklig behov»-vurderingen. I Rt. 1985 s. 1141 la nemlig retten, i retning av lovlig midlertidig ansettelse, vekt på at fast ansettelse av aktivtørene i ergoterapeut-stillingene ville kunne føre til «blokkeringsfare».²²⁴ Dette betyr en fare for at arbeidsgiver ikke ville kunne ansette kvalifisert arbeidskraft dersom den skulle dukke opp, fordi de aktuelle stillingene ikke ville være ledige, da de ville vært fast besatt med

²¹⁹ Allstrin (2012) s. 85 og LF-1994-418.

²²⁰ Rt. 1985 s. 1141, på s. 1151.

²²¹ Allstrin (2012) s. 85.

²²² Rt. 1985 s. 1141 på s. 1151, og Rt. 1991 s. 872 på s. 876 og 878.

²²³ Rt. 1991 s. 872, på side 876.

²²⁴ Rt. 1985 s. 1141 på s. 1151.

ukvalifiserte ansatte. Det samme ble tatt opp i Rt. 1991 s. 872, men retten fant i det tilfellet at en slik blokkeringsfare ikke var særlig stor.²²⁵ Stillingene hadde jo vært besatt av midlertidige ansatte i mange år, altså ikke blokkert, uten at arbeidsgiver hadde klart å tiltrekke seg særlig mye kvalifisert arbeidskraft. Høyesterett la på den bakgrunn til grunn at i alle fall ikke alle stillingene måtte forbeholdes ansatte med de rette formelle kvalifikasjoner.²²⁶ Dette er interessant. Der det dreier seg om flere stillinger som man ikke finner kvalifiserte ansatte til, så kan altså hensynet til blokkeringsfare tilsi at man kan ansette midlertidig i noen av stillingene, men ikke alle, avhengig av hvor realistisk det er å få tak i kvalifisert arbeidskraft.

Det kan etter dette konkluderes med at vilkåret om «saklig behov» er en sammensatt vurdering der flere momenter inngår.

Et spørsmål som kan stilles er om midlertidig ansettelse på grunn av mangel på kvalifiserte søkere er noe som kan tenkes i alle bransjer. Dommene fra Høyesterett som jeg har vist til dreide seg om ansettelser i helsesektoren. Her er forholdene noe særegne,²²⁷ og hensynet til pasientene er viktig.²²⁸ Dersom stillinger i helsesektoren blir stående tomme fordi man ikke får tak i kvalifisert arbeidskraft, kan det innebære stor fare for pasientene. Dersom man på den annen side ansetter ukvalifisert arbeidskraft fast i disse stillingene, slik at man ikke har ledige stillinger til kvalifisert arbeidskraft som måtte være tilgjengelig siden, vil også dette gå ut over helsehjelpetilbudet til pasientene. Samfunnsmessige grunner taler derfor for å tillate midlertidige ansettelser ved mangel på kvalifiserte søkere i helsesektoren. Det finnes sektorer der liknende hensyn gjør seg gjeldende, f.eks. skole- og barnehagesektoren.²²⁹ I mange andre bransjer er det ikke like viktig å tillate midlertidig ansettelse i disse tilfellene. Det er ikke samme samfunnsmessige behov for at et turistkontor som ikke får tak i medarbeidere med fagbrev i reiselivsфaget, skal kunne ansette en person uten slikt fagbrev midlertidig i påvente av kvalifiserte søkere. Det følger ikke av rettspraksis at typetilfellet er forbeholdt helsesektoren og lignende sektorer, men det er nok slik at «saklig behov»-vilkåret lettere vil være oppfylt i disse sektorene enn i andre.

²²⁵ Rt. 1991 s. 872, på side 878.

²²⁶ Rt. 1991 s. 872, på side 878.

²²⁷ Rt. 1991 s. 872, på side 876.

²²⁸ Rt. 1985 s. 1141, på side 1150.

²²⁹ I LF-1994-418 godtok lagmannsretten midlertidig ansettelse som følge av mangel på kvalifiserte søkere til en barnehage.

4 Avsluttende bemerkninger

Jeg vil avslutningsvis komme med noen rettspolitiske betraktninger, basert på erfaringer jeg har gjort meg gjennom arbeidet med denne oppgaven. Det jeg ønsker å kommentere er hensiktsmessigheten av å utforme lovteksten på den måten som er gjort i aml. § 14-9 (2) bokstav a. Jeg skal ikke kommentere det utpreget politiske spørsmålet om i hvilke tilfeller det bør være adgang til midlertidig ansettelse.

Som tidligere nevnt sier lovteksten oss lite, og uttrykket «når arbeidet er av midlertidig karakter» omfatter ifølge forarbeidene og rettspraksis et vidt spenn av situasjoner, hvor ikke alle har så mange likhetstrekk med hverandre. Basert på lovteksten alene vil det derfor være vanskelig for arbeidstakere og arbeidsgivere å vite i hvilke situasjoner det er lovlig å inngå en avtale om midlertidig ansettelse.

Det kan tenkes at det at loven er vanskelig å forstå, øker forekomsten av faste ansettelser, fordi arbeidsgivere er redde for å trække feil. En slik frykt kan være grunnet i et ønske om å unngå å måtte betale erstatning, se punkt 2.7, eller et ønske om å ikke få et rykte på seg som en useriøs arbeidsgiver. Selv om faste ansettelser kan sies å være lovgivers foretrukne alternativ, jf. aml. § 14-9 (1) første pkt., er det neppe ved utydelig lovtekst at et eventuelt mål om flest mulig faste ansettelser bør nås.

Man kan på den annen side tenke seg at en uklar lovtekst medfører at mange ulovlige midlertidige ansettelser foretas. Arbeidsgiver og arbeidstaker kan lett trå feil i sin tolkning av lovteksten, og de fleste midlertidige ansettelser avtales og gjennomføres jo uten at domstolene kontrollerer at vilkåret er oppfylt.

Lite detaljert lovtekst, slik at en bestemmelse kan omfatte situasjoner som lovgiver ikke har forutsett, og som gir domstolene spillerom til å anvende godt skjønn, er ikke noe ukjent i norsk lovgivning. I mange tilfeller kan dette være hensiktsmessig, men det er grunn til å være noe forsiktig med dette når det gjelder den mest sentrale loven som regulerer norsk arbeidsliv. Som nevnt i punkt 1.1 har arbeidsmiljøloven sterk karakter av å være en vernelov til beskyttelse av arbeidstakere. Det bør da være nokså enkelt for arbeidstakere, som ikke alle har kompetanse til å undersøke forarbeider og rettspraksis, å sette seg inn i lovreglene som er gitt til beskyttelse av dem.

På bakgrunn av dette er det min oppfatning at aml. § 14-9 (2) bokstav a bør endres slik at den på en mer presis måte gir uttrykk for gjeldende rett. Spørsmålet er hvordan dette kan gjøres.

Reglene om midlertidig ansettelse må nok fortsatt til en viss grad være skjønnsmessige, da lovgiver neppe på forhånd kan se for seg alle tenkelige situasjoner som kan oppstå, der det bør

være adgang til midlertidig ansettelse. Behovet for en skjønsmessig bokstav a kan imidlertid sies å ha blitt mindre etter at bokstav f ble innført. Arbeidsgiver ville kunne benyttet seg av bokstav f i situasjoner der en mer presist utformet bokstav a ikke hadde åpnet for midlertidig ansettelse.

En god løsning vil slik jeg ser det være å kodifisere enkelte av typetilfellene som kan oppstilles på bakgrunn av rettspraksis og forarbeider, som egne bokstaver i aml. § 14-9 (2). Å oppstille typetilfellene som egne bokstaver hadde ikke løst alle problemer, da det fortsatt hadde vært detaljer som ikke kunne ha fremgått av lovteksten. Dersom sesongarbeid ble oppstilt som en egen hjemmel, ville f.eks. spørsmålet om hvor lang en «sesong» kan være antakelig fortsatt måtte løses i rettspraksis. Likevel ville en tydeliggjøring i lovteksten ha gjort arbeidsgivere og arbeidstakere oppmerksomme på at midlertidig ansettelse etter forholdene kan være tillatt ved sesongarbeid, og tilsvarende for typetilfellet om mangel på kvalifiserte søkere og andre typetilfeller.

Kildeliste

Litteratur

- Allstrin (2012) Allstrin, Tor, Gry Brandshaug Dale og Jon Østensvig. *Endring og opphør av arbeidsforhold*. 2. utg., Oslo: Kommuneforlaget, 2012.
- Borgerud (2019a) Borgerud, Ingeborg Moen og Mona Næss. *Arbeidsrett – Omstilling, nedbemanning og virksomhetsoverdragelse i offentlig sektor*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Borgerud (2019b) Borgerud, Ingeborg Moen. "Kommentar til arbeidsmiljøloven.", note 500, i *Norsk Lovkommentar, Gyldendal Rettsdata 2019* hentet 20.10.2019.
- Dege (2009) Dege, Jan Tormod. *Den individuelle Arbeidsrett Del I*. Oslo: Minerva, 2009.
- Edwardsen (2012) Edwardsen, Kjetil. "Retten til fast ansettelse – Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren." *Arbeidsrett* Volum 9, nr. 2 (2012), s. 103-141 [Sisert fra Idunn.no].
- Egeland (løpende oppdatert) Egeland, Lill. "Arbeidsmiljøloven med kommentarer.", kommentarer til § 14-9, i *Arbeidsrett.no* løpende oppdatert, hentet 18.9.2019.
- Engh (2005) Engh, Einar. "Midlertidig ansettelse for et bestemt oppdrag." *Arbeidsrett* Volum 2, nr. 3 (2005), s. 170-174 [Sisert fra Idunn.no].
- Evju (2011) Evju, Stein. "Utviklingstrekk i den individuelle arbeidsretten." *Arbeidsrett* Volum 8, nr. 3-4 (2011), s. 143-163 [Sisert fra Idunn.no].
- Fanebust (2015) Fanebust, Arne. *Innføring i arbeidsrett – Den individuelle del*. 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2015.

- Fougner (2006) Fougner, Jan og Lars Holo. *Arbeidsmiljøloven – Kommenta-
rutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2006.
- Fougner (2016) Fougner, Jan mfl. *Omstilling og nedbemanning*. 3. utg.,
Oslo: Universitetsforlaget, 2016.
- Fougner (2019a) Fougner, Jan. *Norsk arbeidsrett – Styringsrett, samarbeid
og arbeidstakervern*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Fougner (2019b) Fougner, Jan mfl. "Lovkommentar: arbeidsmiljøloven.",
kommentar til § 14-9, i *Juridika.no* 2019 hentet 19.11.2019.
- Hirst (2015) Hirst, Marion Holthe og Sven Ivar Lønneid. *Arbeidsrett i et
nøtteskall*. Oslo: Gyldendal, 2015.
- Hirst (2019) Hirst, Marion Holthe og Mårten Brandsnes Faret. "Om fast
og midlertidig ansettelse etter lovendring 1. januar 2019, og
om betydningen av nyere høyesterettspraksis for adgangen
til midlertidig ansettelse i forbindelse med omstillinger."
Arbeidsrett Volum 16, nr. 1 (2019), s. 202-220 [Sisert fra
Idunn.no].
- Jakhelln (2006) Jakhelln, Henning og Helga Aune. *Arbeidsrett.no - Kom-
mentarer til arbeidsmiljøloven*. 2. utg., Oslo: Damm, 2006.
- Johansen (2015) Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland red. *Arbeidsmiljø-
loven – Kommentarer og praksis*. 2. utg., Oslo: Gyldendal,
2015.
- Mortensen (2015) Mortensen, Ynvild. "50 kommuner sier nei til den nye ar-
beidsmiljøloven." 2015 *FriFagbevegelse*,
[https://frifagbevegelse.no/nyheter/50-kommuner-sier-nei-til-
den-nye-arbeidsmiljolooven-6.158.313308.eedf92ba08](https://frifagbevegelse.no/nyheter/50-kommuner-sier-nei-til-den-nye-arbeidsmiljolooven-6.158.313308.eedf92ba08) hentet
26.9.2019.

- Nordaas (2004) Nordaas, Ragnhild. "Ny lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern – En oversikt over Arbeidslivslovutvalgets forslag i NOU 2004: 5." *Arbeidsrett* Volum 1, nr. 2 (2004), s. 110-122 [Sitert fra Idunn.no].
- Oslo kommune (u.å.) Oslo kommune. "Oslo modellen." u.å. <https://www.oslo.kommune.no/politikk-og-administrasjon/for-vare-leverandorer/oslo-modellen/#gref> hentet 22.11.2019.
- Rønning (2015) Rønning, Frode, Eline Lønnå og Eva Ler Nilsen. "Det blir streik 28. januar." 2015 *FriFagbevegelse*, <https://frifagbevegelse.no/nyheter/det-bli-streik-28-januar-6.158.206314.70289870ad> hentet 27.9.2019.
- Skarning (2013) Skarning, Nicolay. *Midlertidige ansettelser, innleie og vikarbyrådirektivet*. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Statistisk sentralbyrå (2019) Statistisk sentralbyrå. "Arbeidskraftundersøkelsen." 2019 <https://www.ssb.no/aku> hentet 28.10.2019.
- Store norske leksikon (2018) Store norske leksikon. "Generalstreik." 2018 <https://snl.no/generalstreik> hentet 27.9.2019.
- Storeng (2016) Storeng, Nils H. mfl. *Arbeidslivets spilleregler*. 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2016.
- Thorvaldsen (2014) Thorvaldsen, Lars. "LO, Unio og YS varsler politisk streik mot regjeringen." 2014 *E24*, <https://e24.no/norsk-oekonomi/i/b5q1nA/lo-unio-og-ys-varsler-politisk-streik-mot-regjeringen> hentet 27.9.2019.

Lover

1977	Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven). Opphevet.
1983	Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven). Opphevet.
1992	Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven).
2005	Lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler (universitets- og høyskoleloven).
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
2017	Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

Forarbeider

Innst.O.nr.2 (1994-1995)	<i>Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.</i>
NOU 2004:5	<i>Arbeidslivslovutvalget - Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.</i>
Ot.prp.nr.41 (1975-1976)	<i>Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.</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.64 (2001-2002)	<i>Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (informasjon om ledige stillinger).</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>
Prop. 39 L (2014-2015)	<i>Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold).</i>
Prop. 73 L (2017-2018)	<i>Endringer i arbeidsmiljøloven (fast og midlertidig ansettelse og innleie fra bemanningsforetak).</i>

Rettspraksis

Rt. 1985 s. 1141.

Rt. 1989 s. 1116.

Rt. 1991 s. 872.

Rt. 1992 s. 729.

Rt. 1997 s. 277.

Rt. 2001 s. 1413.

Rt. 2005 s. 1395.

Rt. 2006 s. 1158.

Rt. 2007 s. 129.

Rt. 2009 s. 578.

HR-2017-561-A.

HR-2018-2371-A.

LB-2004-11520.

LE-2014-84084.

LF-1994-418.

LG-2013-97744.

RG 2012 s. 440 (Gulating).

RG 2013 s. 674 (Frostating).

EU-direktiver

Dir 1999/70 EF

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

Dir 2019/1152 EU

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1152 af 20. juni 2019 om gennemsigtige og forudsigelige arbejdsvilkår i Den Europæiske Union.