

Adgangen til midlertidig ansettelse ved arbeidstopper i virksomhetens ordinære arbeidsoppgaver

Om adgangen til å ansette midlertidig etter aml. § 14-9 andre ledd bokstav
a for å utføre ordinære arbeidsoppgaver i forbindelse med arbeidstopper,
og hvor lenge en slik ansettelse i så fall kan vare

Kandidatnummer: 684

Leveringsfrist: 18.05.2021

Antall ord: 17 226



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Avgrensninger.....	3
1.4	Metode og rettskildebildet	4
1.5	Oppgavens videre fremstilling	5
2	RAMMENE FOR MIDLERTIDIG ANSETTELSE	6
2.1	Skillet mellom fast og midlertidig ansettelse.....	6
2.2	Unntakene i aml. § 14-9 andre ledd	8
2.3	Hensynene bak reguleringen.....	10
2.4	Når en midlertidig ansettelse blir fast	12
2.4.1	Fireårsregelen	12
2.4.2	Fastsettelsesdom og erstatning	14
2.4.3	Læren om fast ansettelse ved varig behov	15
3	ADGANGEN OG VARIGHETEN AV MIDLERTIDIG ANSETTELSE FOR UTFØRELSE AV ORDINÆRE ARBEIDSOPPGAVER VED ARBEIDSTOPPER	17
3.1	Adgangen til midlertidig ansettelse for å utføre ordinære arbeidsoppgaver.....	17
3.1.1	Dagens ordlyd.....	17
3.1.2	Relevansen av forarbeider og rettspraksis knyttet til tidligere versjoner av bestemmelsen.....	17
3.1.3	Et spørsmål om kumulative vilkår.....	18
3.1.4	Kort oppsummert.....	21
3.1.5	Avklaring av spørsmål knyttet til begrepsbruk.....	21
3.2	Lovligheten og varigheten av midlertidig ansettelse på grunnlag av arbeidstopper.....	23
3.2.1	Bakgrunn	23
3.2.2	Skillet mellom sesongbaserte svingninger og svingninger som ikke er knyttet til sesong	23
3.2.3	Arbeidskraftbehov som knytter seg til sesongmessige svingninger.....	25
3.2.4	Arbeidstopper som knytter seg til en ekstraordinær situasjon.....	26
3.2.5	Tidspunktet for vurderingen	28
3.3	Nærmere om kravet til uforutsett og kortvarig ved arbeidstopper utenfor sesong	29
3.3.1	Vilkår eller momenter.....	29
3.3.2	Kravet til en uforutsett arbeidstopp	30

3.3.3	Kravet til kortvarighet	31
3.4	En samlet konkret helhetsvurdering.....	40
3.5	Konklusjon.....	42
4	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER.....	43
5	LITTERATURLISTE	46

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Arbeidsmiljøloven (aml.)¹ inneholder et grunnleggende skille mellom fast og midlertidig ansettelse. Det fremgår klart av aml. § 14-9 første ledd at fast ansettelse er lovens klare hovedregel.² Arbeidsmiljøloven oppstiller flere alternative rettslige grunnlag for å ansette midlertidig. Disse følger av § 14-9 andre ledd bokstav a-f. Sammen med § 14-10 om ansettelse på åremål, er adgangen til å ansette midlertidig uttømmende regulert i denne bestemmelsen.³ Arbeidsmiljøloven er en preseptorisk lov.⁴ Dermed vil det for alle tilfeller som faller inn under lovens anvendelsesområde, ikke kunne ansettes midlertidig utover dette.

Temaet for masteroppgaven er midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd bokstav a, som gir adgang til å ansette midlertidig dersom arbeidet er av «midlertidig karakter». Bestemmelsen regulerer flere typetilfeller. Denne oppgaven vil undersøke adgangen til å ansette midlertidig etter bokstav a for å utføre ordinære arbeidsoppgaver i forbindelse med arbeidstopper, og hvor lenge en slik ansettelse i så fall kan vare. Dette er oppgavens overordnede problemstilling.

Bakgrunnen for problemstillingen er at det ikke er uvanlig at virksomheter i perioder har et større behov for arbeidskraft enn vanlig. For eksempel kan svingninger i markedet føre til høyere etterspørsel av tjenesten en virksomhet tilbyr. Dette kan igjen resultere i såkalte arbeidstopper. Arbeidstopper karakteriseres av et særlig stort behov for arbeidskraft i en avgrenset periode på grunn av økt arbeidsmengde. Typisk for arbeidstoppene er at arbeidsmengden er større enn det de allerede, og gjerne faste, ansatte i virksomheten kan klare å dekke. Mange arbeidstopper er sesongavhengige, men det kan også være snakk om arbeidstopper som *ikke* knytter seg til sesong.

Det er særlig ved arbeidstopper utenfor sesong at vurderingen av lovligheten av den midlertidige ansettelsen viser seg å være vanskelig, spesielt spørsmålet om varighet. Hovedvekten i oppgaven vil derfor knytte seg til arbeidstopper utenfor sesong. Sesongbaserte topper vil behandles i den grad reguleringen er felles eller for å sette ikke-sesongbaserte arbeidstopper i en kontekst.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

² Søreide (2017) s. 113.

³ Dette kommer til uttrykk i arbeidsmiljøloven § 14-6 bokstav e, som oppstiller krav om å angi grunnlaget for midlertidig ansettelse. Se også Fougner (2018) s. 708.

⁴ Aml. § 1-9.

Spørsmålet er om arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd bokstav a kan brukes som hjemmel for midlertidig ansettelse ved arbeidstopper. Bestemmelsens bokstav a gir hjemmel for å ansette midlertidig når arbeidet er av midlertidig karakter. Det er imidlertid ikke opplagt ut ifra ordlyden at bestemmelsen også kan brukes som hjemmel tilfeller hvor det dreier seg om utførelse av ordinære arbeidsoppgaver hvor det på grunn av en arbeidstopp kun er et midlertidig behov for ekstra arbeidskraft. I disse tilfellene er ikke arbeidet i seg selv av midlertidig karakter, men bemanningen er i en midlertidig periode for lav sammenlignet med den plutselige økningen i arbeidsmengden.

For arbeidstopper knyttet til sesong kan det sies å foreligge en naturlig grense for varigheten. For eksempel har landbruket årlig behov for de såkalte jordbærplukkerne under sesongens høsting. I situasjoner hvor det er snakk om utføring av arbeidsoppgaver som kan sies å være en del av virksomhetens ordinære drift og det ikke dreier seg om sesongmessige svingninger, er det mindre klart hvor lenge bokstav a kan brukes som hjemmel for en midlertidig ansettelse.

Koronapandemien har eksempelvis resultert i at flere virksomheter har et økt bemanningsbehov på grunn av økt etterspørsel. Et eksempel er bedriften Kolonial, som driver med hjemlevering av matvarer.⁵ Dreier det seg for denne bedriften om kortvarige ekstraordinære arbeidstopper, slik at Kolonial kan bruke bokstav a som hjemmel for å ansette ekstra lagerarbeidere og sjåførere midlertidig, eller er det slik at pandemien varer såpass lenge at Kolonial må ansette disse fast?

1.2 Aktualitet

Begrensninger knyttet til å ansette arbeidstaker midlertidig ble innført med arbeidsmiljøloven av 1977. Dette skjedde i forlengelsen av at loven gjennomførte et styrket stillingsvern for arbeidstakere, som aktualiserte et behov for å regulere adgangen til midlertidig ansettelse.⁶ Gode grunner taler for både utvidelser og begrensninger i adgangen til å ansette midlertidig. I denne sammenheng er arbeidsgiverhensyn og arbeidstakerhensyn grunnleggende arbeidsrettslige hensyn, som typisk trekker i hver sin retning. Temaet har også en sterk tilknytting til politikken og samfunnslivet ellers.⁷

Lovligheten knyttet til ansettelsesgrunnlaget og ansettelsens varighet er stadig et aktuelt tema. Eksempelvis ble det 06.10.2020 avsagt en dom i Oslo tingrett, som problematiserer oppga-

⁵ Dagsavisen (2020).

⁶ Skarning (2013) s. 23 og 73.

⁷ Mer om dette i kapittel 2.3.

vens overordnede problemstilling.⁸ Saken gjaldt en kvinne som hadde vært midlertidig ansatt i Oslo kommune over totalt 2,5 år. Ansettelsen hadde blitt forlenget flere ganger. I tillegg hadde kvinnen tidligere vært ansatt i andre stillinger i kommunen. Dommen ga arbeidstaker medhold i at ansettelsen ikke var av «midlertidig karakter» etter arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd bokstav a, slik at arbeidstaker fikk dom for fast ansettelse og ble tilkjent erstatning.⁹

Saken gjaldt nettopp en midlertidig ansettelse for å utføre ordinære arbeidsoppgaver på grunnlag av en arbeidstopp. Ansettelsens varighet var et sentralt moment ved den konkrete vurderingen. Avgjørelsen er et eksempel på problemstillingens aktualitet.

1.3 Avgrensninger

Ettersom problemstillingen knytter seg til arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd bokstav a, har fremstillingen ikke som formål å gi en fullstendig oversikt over aktuelle regler knyttet til midlertidig ansettelse. Særlovgivning som regulerer midlertidig ansettelse innenfor bestemte sektorer, faller dermed naturlig utenfor oppgaven.¹⁰

Det er også naturlig å avgrense mot andre hjemler for midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven, herunder § 14-10 om ansettelse etter åremål og § 14-9 andre ledd bokstav b-f. De rettslige grunnlagene i bokstav b-f, og særlig bokstav b og f, vil likevel trekkes frem i den grad dette bidrar til å besvare problemstillingen eller for å sette bokstav a i en kontekst.¹¹

Videre avgrenses oppgaven mot den utvidede adgangen til midlertidig ansettelse på tariffrettslig grunnlag. Denne adgangen følger av arbeidsmiljøloven § 14-9 fjerde ledd, men selve reguleringen fremgår av tariffavtalen selv. Bakgrunnen for avgrensningen er, i likhet med særlovgivningen, at adgangen kun gjelder for noen særlige typer arbeidsgrupper.¹²

Oppgaven behandler heller ikke særskilt problemstillinger knyttet til innleie. Likevel er innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter blant annet aml. § 14-9 andre ledd bokstav a, jf. § 14-12 første ledd. Dermed er oppgaven også relevant for bemanningsforetak.

⁸ 20-040915TVI-OTIR/01.

⁹ Dagsavisen (2021). Saken ble anket, men senere trukket av Oslo kommune. Avgjørelsen er derfor rettskraftig.

¹⁰ Som for eksempel Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven), Lov 1 april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler (universitet- og høyskoleloven) og Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven).

¹¹ Se blant annet kapittel 2.2.

¹² Som for eksempel arbeid innenfor idretten utover adgangen i bokstav e, arbeidstakere som utfører kunstnerisk arbeid og forskningsarbeid. Hentet fra Johansen (2020) s. 640.

Problemstillingen oppgaven reiser knytter seg først og fremst til de materielle reglene for midlertidig ansettelse. Det avgrenses derfor mot saksbehandlingsregler og prosessuelle bestemmelser, herunder prosessuelle regler etter arbeidsmiljøloven kapittel 17, tvisteloven¹³ og domstolloven¹⁴.

1.4 Metode og rettskildebildet

Oppgaven vil i all hovedsak være en rettsdogmatisk fremstilling.¹⁵ Dette innebærer at problemstillingen vil besvares ved å redegjøre, analysere og vurdere gjeldende rett (*de lege lata*) på tidspunktet for innlevering av masteroppgaven. På bakgrunn av dette, vil det avslutningsvis foretas en rettspolitisk analyse.¹⁶ Denne delen består av en vurdering knyttet til hvordan retten bør være med hensyn til adgangen og varigheten av midlertidig ansettelse ved arbeidstopper (*de lege ferenda*).

Reguleringen av ansettelsesform fremgår av aml. § 14-9, og er etter aml. § 1-9 preseptorisk lovgivning. Ordlyden i § 14-9 andre ledd bokstav a legger imidlertid opp til en såpass skjønnsmessig vurdering at ordlyden isolert sett gir helt begrenset veiledning. Dermed står andre rettskilder sentralt for oppgaven, og da spesielt forarbeider og juridisk teori.

Det er enkelte metodiske utfordringer som gjør seg gjeldende i denne oppgaven og som behandles nærmere i det følgende. Før øvrig behandles metodiske spørsmål i oppgaven der de oppstår i den grad det er nødvendig for å besvare problemstillingen.

For det første er det sparsomt med rettspraksis, og spesielt høyesterettspraksis, som omhandler adgangen til og varigheten av midlertidig ansettelse ved sesongtopper. Dette gjelder særlig for arbeidstopper utenfor sesong, som er hovedfokuset i oppgaven.¹⁷ Oppgaven vil derfor vie mer oppmerksomhet til underrettspraksis, som har en mer omdiskutert selvstendig rettskildeverdi. Det er særlig spørsmålet om vekten av underrettspraksis som diskuteres i teorien. Uavhengig av om underrettspraksis har en normativ vekt, er det likevel lite tvilsomt at underrettspraksis kan ha argumentasjons- og overbevisningsverdi.¹⁸ Dette gjelder særlig der det kan utledes en fast og entydig praksis av avgjørelsene.

¹³ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

¹⁴ Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven).

¹⁵ Tusest (2018) s. 20.

¹⁶ Tusest (2018) s. 20.

¹⁷ Om dette i kapittel 1.1 og 1.2.

¹⁸ Se for eksempel Høgberg (2019) s. 271–272.

I denne oppgaven behandles enkelte dommer fra underrettene. Ettersom aml. § 14-9 andre ledd bokstav a legger opp til en konkret helhetsvurdering, er avgjørelsene egnet til å belyse hvordan retten i konkrete tilfeller har foretatt slike vurderinger, herunder hvilke momenter som vektlegges. På bakgrunn av mønstre og likhetstrekk i rettens rettsanvendelse, kan dommene dermed utgjøre et tolkningsbidrag for å besvare problemstillingen. Det gjelder spesielt de delene av oppgavens problemstilling hvor det er sparsomt med rettskilder.

En annen metodisk utfordring er at en betydelig del av forarbeidene, men også rettspraksis, som har betydning for problemstillingen er utarbeidet for den tidligere arbeidsmiljøloven og i forbindelse med lovendringer. Dermed aktualiseres spørsmålet om i hvilken grad disse kan benyttes ved fortolkningen av dagens bestemmelse. Spørsmålet beror i stor grad på om det har skjedd en realitetsendring ved vedtakelsen eller ikke.¹⁹ Dette vil først behandles i kapittel 3.1.2 da det anses som mest hensiktsmessig for å unngå å foregripe en del av hovedproblemstillingen og unødvendig dobbeltbehandling.

En tredje metodisk utfordring er at det er begrenset med rettskilder som behandler spørsmålet om *varigheten* av midlertidig ansettelse ved arbeidstopper utenfor sesong.²⁰ Denne problemstillingen er i svært liten grad omtalt i forarbeider, rettspraksis og juridisk teori. Derfor får reelle hensyn, herunder formåls-, rimelighets- og systembetraktninger, en større plass i denne delen av oppgaven enn det som er normalt i rettskildelæren.²¹

1.5 Oppgavens videre fremstilling

Kapittel 3 er oppgavens hoveddel, og vil besvare den overordnede problemstillingen. I kapittel 2 beskrives utgangspunkter og regler som er nødvendig for å besvare den overordnede problemstillingen. Kapittel 2 setter problemstillingen i en kontekst og redegjør for noen utgangspunkter som er nødvendige for å besvare problemstillingen. Dermed vil kapittel 2 ligge som et bakteppe for kapittel 3. Oppgavens problemstilling besvares ved en fremstilling som beveger seg fra det sikre til det usikre. Den valgte strukturen gjør at jeg står friere til å trekke inn perspektiver fra kapittel 2 underveis i hoveddelen.

I kapittel 3 vil jeg undersøke hvilken adgang det er til å ansette midlertidig etter aml. § 14-9 andre ledd bokstav a for å utføre ordinære arbeidsoppgaver ved arbeidstopper, herunder hvor lenge en slik ansettelse i så fall kan vare. I kapittel 4 vil det avslutningsvis foretas en drøftelse av behovet for ytterligere regulering, for å så trekke frem noen eksempler på måter å regulere midlertidig ansettelse for arbeidstopper utenfor sesong.

¹⁹ Mæhle (2019) s. 129–131.

²⁰ Se kapittel 3.3.3.

²¹ Høgberg (2019) s. 345–346.

2 Rammene for midlertidig ansettelse

2.1 Skillet mellom fast og midlertidig ansettelse

Innledningsvis er det hensiktsmessig å si noe kort om forskjellen på fast og midlertidig ansettelse. Noen av de sentrale forskjellene vil klargjøres, og det grunnleggende skillet mellom disse ansettelsesformene vil ligge som et bakteppe for den videre fremstillingen.

At fast ansettelse er arbeidsmiljølovens klare hovedregel, følger direkte av aml. § 14-9 første ledd første punktum, som eksplisitt sier at «[a]rbeidstaker skal ansettes fast.». Dette utgangspunktet fremgår også klart av forarbeider, rettspraksis og juridisk teori.²²

Hva det vil si å ansettes fast er videre definert i bestemmelsens første ledd andre punktum. Her fremgår det at en fast ansettelse innebærer at ansettelsen «er løpende og tidsbegrenset, at lovens regler om opphør av arbeidsforhold gjelder, og at arbeidstaker sikres forutsigbarhet for arbeid i form av et reelt stillingsomfang.».²³

Denne delen av ordlyden ble tatt inn gjennom lovendringen som trådte i kraft i 2019. Som uttalt i forarbeidene til lovendringen, var endringen ikke ment å medføre noen materielle endringer. Hensikten var å tydeliggjøre det som allerede var etablert praksis før lovendringen.²⁴ Dermed er ordlydens redegjørelse av begrepet «fast ansettelse» først og fremst en konstatering av en allerede gjeldende og langvarig rettsoppfatning.

I tillegg peker Hirst på hvordan kodifiseringen har medført at det i mindre grad enn tidligere gis rom for gråsoner mellom faste og midlertidige ansettelser.²⁵ Fast ansettelse er tett knyttet opp til lovens vernehensyn og fungerer som en forutsetning for andre regler, herunder oppsigelsesreglene.²⁶ På bakgrunn av dette kan fast ansettelse på mange måter sies å være en arbeidsrettslig grunnsetning.

Definisjonen av fast ansettelse inneholder tre hovedelementer.²⁷ Disse hovedelementene tydeliggjør noen sentrale forskjeller mellom fast og midlertidig ansettelse.

For det første skal en fast ansettelse være løpende og tidsbegrenset. Det bakenforliggende ønsket er å sørge for stabile, trygge og forutsigbare arbeidsforhold.²⁸ Dette står i et motset-

²² Se for eksempel Prop. 73 L (2017–2018) s. 24, Rt. 2005 s. 826, Søreide (2017) s. 113.

²³ Aml. § 14-9 første ledd andre punktum.

²⁴ Prop. 73 L (2017–2018) s. 22 og 25.

²⁵ Hirst (2019) s. 209.

²⁶ Mer om oppsigelsesvernet og vernehensynet i kapittel 2.1 og 2.3.

²⁷ Aml. § 14-9 første ledd andre punktum jf. Prop. 73 L (2017–2018) punkt. 6.3.2.

ningsforhold til midlertidig ansettelse, som nettopp gjelder for et bestemt arbeid eller en bestemt tidsperiode. Den tidsmessige begrensingen utgjør altså et grunnleggende skille mellom faste og midlertidige ansettelser. Bakgrunnen for at det gis adgang til å ansette midlertidig er at det foreligger forhold som nødvendiggjør en tidsbegrenset ansettelse.²⁹

Det følger av aml. § 14-9 sjette ledd første punktum at midlertidige ansettelser normalt enten opphører automatisk ved sluttdato eller ved at det bestemte arbeidet avsluttes.³⁰ Dermed er utgangspunktet at det er den avtalte sluttdatoen som avgjør når det midlertidige arbeidsforholdet opphører og dermed også hvor lenge ansettelsen varer.

For det andre gjelder arbeidsmiljølovens kapittel 15, som gir regler om opphør av arbeidsforhold, for faste ansatte. Forarbeidene til nåværende arbeidsmiljølov peker på at hovedregelen om fast ansettelse blant annet skal bidra til å sikte at prosessen ved oppsigelse er saklig og forsvarlig.³¹ Oppsigelsesreglene gjelder også for de midlertidige ansatte innenfor den avtalte ansettelsesperioden.³² På visse punkter er reguleringen ulik for midlertidig ansatte.

En fast ansatt har rett til å fortsette i stillingen ved tvist om et arbeidsforhold lovlig er brakt til opphør, jf. aml. § 15-11. Dette er en viktig del av stillingsvernet som bidrar til forutsigbarhet for arbeidstaker. I tillegg kan det gjøre det enklere for partene å fortsette arbeidsforholdet om arbeidstakeren får medhold i tvisten.³³ At midlertidig ansatte ikke har den samme retten til å stå i stillingen ved tvist følger av aml. § 15-11 tredje ledd. Unntaket er hvis domstolen bestemmer noe annet.³⁴ Konsekvensen av at en midlertidig ansatt ikke har denne retten er at disse arbeidstakerne normalt står i en helt annen posisjon dersom det oppstår tvist.³⁵ Dette er dermed en viktig forskjell mellom fast og midlertidig ansettelse.

Stillingsvernet er et eksempel på at selv om lovens arbeidstakerbegrep omfatter midlertidig ansatte,³⁶ slik at lovens regulering i utgangspunktet er lik uavhengig av om arbeidstaker ansettes fast eller midlertidig, er midlertidig ansatte mindre beskyttet. Hovedregelen om fast ansettelse har til hensikt å gjøre det vanskeligere for arbeidsgiver å ansette midlertidig for å unngå

²⁸ Se kapittel 2.3.

²⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) s. 165 og Skjønberg (2017) s. 125.

³⁰ Det følger videre av aml. § 14-9 sjette ledd andre punktum at noe annet kan avtales skriftlig eller fremgå av tariffavtale.

³¹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 208.

³² Aml. § 14-9 sjette ledd andre punktum jf. Prop. 39 L (2014–2015) s. 137.

³³ Mer om fastsettelsesdom i kapittel 2.4.2.

³⁴ Aml. § 15-11 tredje ledd andre punktum.

³⁵ Aml. § 15-11 tredje ledd.

³⁶ Aml. § 1-8 første ledd.

stillingsvernet.³⁷ Dersom midlertidige ansettelse ikke lovreguleres, og dermed blir for vidt-rekkende, vil dette kunne undergrave stillingsvernet.³⁸

For det tredje skal det for faste ansettelse foreligge et reelt stillingsomfang for å sikre arbeidstaker forutsigbarhet for arbeid.³⁹ Bakgrunnen var blant annet bemanningsbransjens bruk av såkalte nullsumskontrakter. Disse innebærer at arbeidstaker ansettes fast i et vikarbyrå, men da uten noen garanti for omfang og dermed heller ingen sikkerhet for inntekt.⁴⁰

Kravet til et reelt stillingsomfang har blitt omtalt som en presisjon av tidligere rettspraksis og i tillegg en utfyllelse av innholdet i kravet.⁴¹ I denne sammenheng er det tilstrekkelig å påpeke at kravet til et reelt stillingsomfang nå innebærer at det må foreligge et konkret arbeidsomfang, som for eksempel stillingsprosent, som arbeidsgiver gjennom arbeidsavtalen er forpliktet til å oppfylle.⁴²

Kravet til et reelt stillingsomfang uttrykkes i Rt. 2005 s. 826. Avgjørelsen gjaldt en arbeidstaker som var ansatt midlertidig etter arbeidsmiljøloven av 1977 § 58 A som tilkallingshjelp/ekstrahjelp. I avsnitt 27–28 viser Høyesterett til at avtalen inneholdt momenter som tilsynelatende ga arbeidstaker stillingsvern, men at arbeidstakers «situasjon i realiteten var langt unna den situasjon som en fast ansatt arbeidstaker befinner seg i.»⁴³ Ettersom arbeidsavtalen kun formelt sett var fast, men i realiteten ikke inneholdt et reelt stillingsomfang, ble arbeidsforholdet ansett som en omgåelse av reglene om midlertidig ansettelse og derfor likestilt med en ulovlig midlertidig ansettelse.⁴⁴ På bakgrunn av dette er det altså ansettelsens realitet som er avgjørende for om ansettelsen anses som fast eller midlertidig.

2.2 Unntakene i aml. § 14-9 andre ledd

Det neste spørsmålet er hvilke typetilfeller det er adgang til å ansette midlertidig for, og hvilke vilkår som må være oppfylt for at en midlertidig ansettelse skal være gyldig. Selv om oppgaven dreier seg om midlertidig ansettelse for å utføre ordinære arbeidsoppgaver etter bokstav a, vil det for sammenhengens skyld først redegjøres kort for unntakene etter aml. § 14-9 andre

³⁷ Fougner (2018) s. 706.

³⁸ Skarning (2013) s. 23.

³⁹ Prop. 73 L (2017–2018) s. 25.

⁴⁰ Prop. 73 L (2017–2018) s. 25–26.

⁴¹ Wik (2020) s. 102.

⁴² Prop. 73 L (2017–2018) s. 25–26.

⁴³ Rt. 2005 s. 826 avsnitt 28.

⁴⁴ Rt. 2005 s. 826 avsnitt 30.

ledd samlet. Hensikten er å sette bokstav a i en sammenheng og dermed kontekstualisere problemstillingen.

Bokstavene a-e angir spesifikke situasjoner eller stillingstyper som er midlertidige og som utgjør en lovlig ansettelsesform på bestemte vilkår. Bokstav f ble denne tatt inn i loven i 2015.⁴⁵ Bestemmelsen åpner opp for midlertidig ansettelse på generelt grunnlag, som medfører at arbeidsgiver kan ansette midlertidig uten noen særskilt begrunnelse.⁴⁶ Bestemmelsen inneholder likevel både en begrensning for ansettelsens varighet og antallet slike ansettelser.⁴⁷ I tillegg gir aml. § 14-9 åttende ledd et påbud om karantene i gitte situasjoner.

Bokstav b-d regulerer hvert sitt bestemte typetilfelle. I motsetning til bokstav b-d, har bokstav a en mer generell ordlyd. Bokstav a omfatter flere svært ulike typetilfeller, som for eksempel prosjektarbeid og sesongarbeid. Selv om ordlyden har et generelt uttrykk, så er dette ingen generell adgang til midlertidig ansettelse. En slik adgang er som nevnt regulert i bokstav f.

Den uklare og diffuse ordlyden i bokstav a, sammenholdt med bestemmelsens begrenset anvendelsesområde, gjør det uklart både hvilke tilfeller som faller inn under bestemmelsen og hvor lenge ansettelsen kan vare.

Det er viktig å bemerke at de ulike alternativene representerer selvstendige grunnlag for midlertidig ansettelse. Dermed gjelder de uavhengig og uten innvirkning på forståelsen av hverandre.⁴⁸ Det kan likevel tenkes at adgangen etter bokstav f har betydning for den praktiske bruken av bokstav a. Dersom man svært sjelden har behov for en ansatt på grunnlag av en arbeidstopp, og denne ikke varer med enn et år, kan det muligens likegodt ansettes etter bokstav f. Fordelen med å ansette etter bokstav f er at arbeidsgiver ikke trenger å angi hvorfor vedkommende ansettes eller hvilke typer oppgaver arbeidstakeren skal utføre.

En midlertidig ansettelse kan også bygge på flere av grunnlagene. Typiske kombinasjoner er bokstav a, b og f.⁴⁹ Arbeidstaker kan være ansatt på grunnlag av en kombinasjon av grunnlagene, eller først ansettes på et grunnlag og senere et annet. Ansettelseskombinasjoner som dette har betydning for beregning av den maksimale lovlige lengden for midlertidig ansettelser etter aml. § 14-9 sjuende ledd.

⁴⁵ Engelsrud (2016) s. 91.

⁴⁶ Engelsrud (2016) s. 92.

⁴⁷ Jf. § 14-9 andre ledd bokstav f første og andre punktum.

⁴⁸ Engelsrud (2016) s. 93.

⁴⁹ Sett i lys av aml. § 14-9 sjuende ledd andre punktum.

Grunnlaget for den midlertidige ansettelsen, og den forventede varigheten av ansettelsesforholdet, skal fremgå av arbeidsavtalen, jf. aml. § 10-6 første ledd bokstav e. Ordlyden «grunnlaget» er i proposisjonen beskrevet som det *rettslige* grunnlaget.⁵⁰ Forenklet sagt, skal det stå i arbeidsavtalen hvilken bokstav arbeidstaker er ansatt etter.⁵¹ Videre må dette nedfelles skriftlig, jf. aml. § 14-5.

2.3 Hensynene bak reguleringen

Etter EUs rådsdirektiv 1999/70/EF er medlemslandene forpliktet til å innføre nasjonale tiltak med formål om å forhindre misbruk av midlertidig ansettelser.⁵² Vi ser for eksempel i forarbeidene, tilknyttet innføringen av en absolutt grense for lengden av midlertidig ansettelse for bestemte hjemler, i dag aml. § 14-9 sjuende ledd, at bestemmelsen blant annet var ment som et tiltak for å forhindre misbruk i tråd med direktivet.⁵³ Videre ligger ønsket om å unngå omgåelse av stillingsvernet også til grunn for lovgivers valg om å begrense adgangen til å ansette midlertidig.⁵⁴

Det er likevel viktig å ha med seg at lovens begrensinger ved adgangen til å ansette midlertidig ikke er noen selvfølge. Midlertidig ansettelse kunne like så godt vært lovregulert i mindre grad enn det er i dag. Dette ville gitt partene enda større grad av avtalefrihet, og arbeidsgiver ville da fått større fleksibilitet på bekostning av arbeidstakers beskyttelse. Mindre grad av beskyttelse er ikke synonymt med en dårligere posisjon for arbeidstaker. Dette behandles nærmere i det følgende.

Samtidig kunne midlertidig ansettelse vært regulert i større grad enn i dag. For eksempel kunne lovgiver tillatt færre åpninger for arbeidsgiver til å på lovlig vis ansette midlertidig. Dette var situasjonen før den generelle adgangen til midlertidig ansettelse etter bokstav f ble tatt inn i 2015. Den rettslige reguleringen har en sterk tilknytning til politikken, og henger igjen sammen med samfunnsutviklingen. Det er ikke første gang en slik generell adgang har blitt gitt. Reglene har blitt utvidet og snevret inn i takt med skiftende politisk styre.⁵⁵

⁵⁰ Prop. 39 L (2014–2015) pkt. 5.10 s. 121.

⁵¹ Også rettsgrunnlag etter andre regelverk enn aml. § 14-9 andre ledd er aktuelle, jf. Prop. 39 L (2014–2015) pkt. 5.10 s. 121.

⁵² Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 204 og Skjønberg (2017) s. 136. Det følger av Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 204 at Norge gjennom EØS-avtalen er forpliktet til å implementere direktivet, som igjen er basert på en rammeavtale. Rammeavtalen artikkel 1 viser at et av formålene er å hindre misbruk på grunnlag ved gjentatte midlertidig ansettelser. Utover dette har ikke direktivet for å ha noen spesiell relevans for oppgavens problems-tilling.

⁵³ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 218.

⁵⁴ Skjønberg s. 125.

⁵⁵ Se kapittel 3.1.2.

At fast ansettelse er hovedregelen og at midlertidig ansettelse er begrenset, er resultatet av en avveining av ulike hensyn. Hensynene knytter seg i all hovedsak til arbeidstaker og arbeidsgiver. Den arbeidsrettslige reguleringen kan på generelt grunnlag sies å bygge nettopp på denne avveiningen av hensyn.⁵⁶ Særlig relevant for regulering av fast og midlertidig ansettelse, er arbeidstakers behov for beskyttelse på den ene siden og arbeidsgivers behov for å organisere og styre virksomheten på den andre siden. En god forståelse av hensynene er derfor helt grunnleggende for å forstå reglene om midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9, og særlig for bokstav a ettersom den både har en uklar ordlyd og inneholder mange typetilfeller.

Arbeidstaker anses gjerne som den svakere part med et påfølgende behov for beskyttelse. Dette omtales gjerne som vernehensynet, og ligger til grunn for arbeidsmiljølovens preseptoriske virkning.⁵⁷ I korte trekk har arbeidstaker behov for trygge, stabile og forutsigbare arbeidsforhold. Som vist, knytter dette seg særlig til beskyttelsen mot usaklig oppsigelse. I tillegg knytter arbeidstakers behov seg til økonomiske og psykologiske forhold.⁵⁸

I tråd med drøftelsen over, er stillingsvernet en avgjørende faktor for å beskytte arbeidstaker og de som eventuelt blir forsørget av arbeidstakeren. Dermed har stillingsvernet et økonomisk aspekt, som går ut på at arbeidstakeren og de vedkommende eventuelt forsørger er avhengig av inntekt. I tillegg kan arbeidet i seg selv sies å være av avgjørende betydning for følelsen av mening og utvikling.⁵⁹

Forenklet forklart, trekker vernehensynet i retning av mindre adgang til midlertidig ansettelse. Vernehensynet bidrar til å forhindre at arbeidsgiver, for egen vinning, utnytter arbeidstaker ved å ansette midlertidig fremfor fast.

Motsatt vil ofte arbeidsgiver kjenne sin egen virksomhet best. Det skal også være lønnsomt for arbeidsgiver å drive virksomheten. For å kunne drive virksomheten på en hensiktsmessig måte, har arbeidsgiver behov for fleksibilitet og mulighet for omstilling i forhold til arbeidsstyrken.⁶⁰ Dette taler for å la arbeidsgiver avgjøre hvorvidt ansettelsen skal være fast, eller om forholdene taler for en midlertidig ansettelse. Dette er langt på vei bakgrunnen for den ulovfestede rettsnormen om arbeidsgivers styringsrett, som nettopp er arbeidsgivers rett til «å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet (...) innenfor rammen av det arbeidsforhold som

⁵⁶ Se for eksempel Benson (2019) s. 92.

⁵⁷ Jf. aml. § 1-9.

⁵⁸ Benson (2019) s. 94.

⁵⁹ Skjønberg (2017) s. 415.

⁶⁰ Benson (2019) s. 92.

er inngått».⁶¹ Retten til å ansette og avslutte arbeidsforhold står sentralt i sammenheng med retten til å organisere arbeidet. Dette taler i retning av å gi en arbeidsgiver større adgang til midlertidig ansettelse.

Det er likevel ikke slik at det kun foreligger motstridende interesser mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Også arbeidstaker har interesse i at arbeidsgiver har friheten til å drive virksomheten på best mulig måte. En ytterst konsekvens av mangel på en slik frihet er at bedriften går konkurs, slik at arbeidstakerne mister jobben. Det er likevel mange forhold som spiller inn på en bedrifts overlevelse, og begrensinger i adgangen til å ansette midlertidig er ofte ikke alene avgjørende i denne sammenheng.⁶²

I tillegg gjør samfunnsmessige hensyn seg gjeldende. Organisering av arbeidslivet har samfunnsmessige ringvirkninger. Dermed har samfunnet som helhet interesse av best mulig balanse mellom disse hensynene for å skape økonomisk vekst og gode sosiale forhold. Hva som er en god balanse for samfunnet, og hvordan dette skal oppnås, er i stor grad et politisk spørsmål.

2.4 Når en midlertidig ansettelse blir fast

2.4.1 Fireårsregelen

Det følger av aml. § 14-9 syvende ledd at dersom en ansatt «har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter bokstav a», skal vedkommende anses som fast ansatt. I tråd med bestemmelsens ordlyd «skal», er konsekvensen av at det har gått fire år at arbeidstaker automatisk blir fast ansatt. Dette er den såkalte fireårsregelen. Dermed får reglene om oppsigelse anvendelse, slik at den ansatte nå omfattes av det alminnelige stillingsvernet på lik linje som faste ansatte.⁶³

Regelen ble innført med arbeidsmiljøloven av 2005, men da med en annen ordlyd. Ordlyden ble endret i 2008/2009, men uten at dette var ment å innebære noen realitetsendring. Formålet var å endre ordlyden slik at det ble positivt angitt at reglen gjaldt bokstav a og b.⁶⁴ I dag fremgår det direkte av ordlyden i syvende ledd at fireårsregelen kun gjelder for bokstav a, mens det gjelder en treårsregel for midlertidige ansettelser etter bokstav b og f. Dette er derimot en realitetsendring. For oppgavens videre fremstilling, får endringen kun betydning i den grad det ansettes på flere av grunnlagene. I denne sammenheng er det ikke nødvendig å gå nærme-

⁶¹ Rt. 2000 s. 1602 på s. 1609 (Nøkk-dommen). Ifølge Fougner (2019) s. 85 gir avgjørelsen uttrykk for en slags definisjon ettersom den har blitt bygget på av Høyesterett i ettertid.

⁶² For eksempel etterspørsel av virksomhetens varer eller tjenester.

⁶³ Se kapittel 2.1.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 54 (2008–2009) s. 84–85.

re inn på kravet til en sammenhengende ansettelse,⁶⁵ annet enn å nevne at det må foreligge en sammenhengende ansettelse som beror på en samlet vurdering av forholdene.⁶⁶

Fireårsregelen setter også et tak for hva som gyldig kan avtales mellom partene. Det kan derfor spørres om fireårsregelen kan anvendes som noe annet enn en absolutt grense for hvor lenge en ansettelse kan vare etter bokstav a. Medfører fireårsregelen at det lovlig kan ansettes opp til fire år? Neppes. Det fremgår av forarbeidene at fireårsregelen var ment som en *øvre grense* for varigheten av de midlertidige ansettelsene.⁶⁷

Departementets oppfatning var at ansettelsene ikke skulle «vare over et for langt tidsrom eller gjenopptas i alt for stor utstrekning.»⁶⁸ Videre fremgår det et ønske om å gjøre det enda tydeligere at fast ansettelse er hovedregelen, og at midlertidige ansettelser er ment å dekke de midlertidige behovene. Det fremheves også at regelen var ment å oppfylle EU-direktivet om nasjonale tiltak for å unngå misbruk av slike ansettelser.⁶⁹ Departementet ønsket å unngå at ansatte ble gående på midlertidige kontrakter «evigvarende».⁷⁰

Det samme synet kommer frem i litteraturen. For eksempel skriver Johansen at «[d]ette er absolutte maksimums grenser, og det er ingen hjemmel for å ansette midlertidig så lenge.»⁷¹ Fireårsregelen må anses som en yttergrense for hvor lenge en midlertidig ansettelse kan vare etter bokstav a. Dermed kan fireårsregelen sies å trekke en grense mot permanente behov og representerer en yttergrense for tidshorizonten for det midlertidige behovet.⁷²

Selv om fireårsregelen anses som en yttergrense, foreligger det likevel en risiko for at regelen av noen blir oppfattet slik at det er anledning til å ansette midlertidig inntil fire år.⁷³ En slik misforståelse vil være uheldig, og vil kunne bidra til flere tvister.

Vurderingen over gjelder bokstav a generelt. Hvorvidt fireårsregelen skal anses som en ytre ramme for tilfeller hvor arbeidstaker er ansatt midlertidig for å utføre ordinære arbeidsoppgaver ved arbeidstopper utenfor sesong, er usikkert. Dette er vurderingstemaet i kapittel 3.3.3.

⁶⁵ Herunder fradrag for fravær, avbrudd (lufting av ansatte), påfølgende ansettelser, ansettelse etter bokstav a i kombinasjon med bokstav c eller d mv.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 219.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) s. 4.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 218.

⁶⁹ Dir 1999/70/EF i rammeavtalens klausul 5 og Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 218.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 218.

⁷¹ Johansen (2020) s. 624.

⁷² 20-040915-TVI-OTIR/01 punkt 3.1.

⁷³ Johansen (2020) s. 641.

2.4.2 Fastsettelsesdom og erstatning

I forlengelse av fireårsregelen, er det relevant å kort si noe om rettsvirkningene av en ulovlig midlertidig ansettelse. Dette er relevant for å danne en klar ramme for å besvare problemstillingen, og særlig relevant i tilknytning til de avsluttende betraktningene i kapittel 4.

Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-11 at dersom vilkårene for den midlertidige ansettelsen ikke er oppfylt, kan arbeidstaker bringe saken inn for domstolene.⁷⁴ Det følger av første ledd at retten kan, etter påstand fra arbeidstaker, avsi dom for at det foreligger et fast ansettelsesforhold eller at arbeidsforholdet fortsetter. Det første alternativet viser seg å være mest vanlig i praksis.⁷⁵ Det kan blant annet ha sammenheng med at en midlertidig ansettelse ofte har en relativt kort varighet, og at prosessen frem til å få en slik dom kan være lang. Dette kan også begrunne at det gjerne er mer vanlig å bringe inn spørsmål om lovligheten av en midlertidig ansettelse for domstolene når ansettelsen er opphørt enn mens den midlertidige ansettelsen består. Hva stillingen så vil innebære, typisk innhold og omfang, er et annet spørsmål og vil ikke behandles nærmere i denne oppgaven.⁷⁶

Domstolen kan i tillegg, eller i stedet for, fastsettelsesdom tilkjenne arbeidstaker erstatning på grunnlag av brudd på reglene i aml. § 14-9. Erstatningen skal da settes etter reglene i aml. § 15-12 andre ledd om virkningene av usaklig oppsigelse.

For særlige tilfeller kan retten etter en helhetsvurdering komme til at ansettelsen skal opphøre på grunnlag av at det er åpenbart urimelig at ansettelsen fortsetter, jf. aml. §14-11 andre ledd andre punktum. Dette antas å være en snever unntaksregel.⁷⁷

Både når det gjelder fastsettelsesdom og pålegg om erstatning, er det arbeidstaker som må bringe saken inn for domstolene.⁷⁸ Dersom det skulle oppstå tvist vedrørende gyldigheten av en midlertidig ansettelse, har arbeidsgiver bevisbyrden knyttet til at ansettelsen er gyldig.⁷⁹ De prosessuelle reglene følger blant annet av arbeidsmiljøloven kapittel 17 og alminnelige prosessregler etter tvisteloven og domstolloven, jf. aml. § 17-1.

⁷⁴ Se også Benson (2019) s. 117.

⁷⁵ Skjønberg (2017) s. 138.

⁷⁶ Skjønberg (2017) s. 139.

⁷⁷ Se for eksempel Skjønberg (2017) s. 139.

⁷⁸ Unntaket er for tilfellene etter andre punktum. I disse tilfellene kan arbeidsgiver fremlegge påstand.

⁷⁹ Fougner (2018) s. 707.

Det er de alminnelige domstolene som avsier dom i saker etter § 14-11, jf. ordlyden «retten». Det fremkommer også av aml. § 17-2 hvilke saker tvisteløsningsnemda har kompetanse til å avgjøre. Spørsmål knyttet til aml. § 14-9 er ikke angitt, og faller dermed utenfor tvisteløsningsnemdas kompetanse.

Arbeidstilsynet fører tilsyn for å forsikre seg om at reglene blir overholdt, jf. aml. § 18-1 første ledd første punktum. Det følger av aml. § 18-6 at i tilfeller hvor loven blir brutt, kan arbeidstilsynet gi pålegg eller fatte andre enkeltvedtak, for eksempel tillegge gebyrer etter aml. § 18-3. Det følger videre av aml. § 18-6 fjerde ledd at slike enkeltvedtak kun kan fattes på bakgrunn av § 14-9 bokstav f. Dermed omfattes ikke bokstav a hvor grunnlaget for midlertidig ansettelse er at arbeidet er av midlertidig karakter. Heller ikke øvrige bokstaver omfattes av bestemmelsene. Det kan kort nevnes at straff heller ikke kan ilegges for brudd på reglene i § 14-9, jf. aml. § 19-1 fjerde ledd. Betrachninger rundt tilsyn og tvisteløsning vil behandles i kapittel 4.

2.4.3 Læren om fast ansettelse ved varig behov

Læren om fast ansettelse ved varig behov, også kalt grunnbemanningslæren, er en ulovfestet lære utviklet gjennom rettspraksis.⁸⁰ Læren går ut på at dersom det i virksomheten foreligger et mer eller mindre konstant behov for arbeidskraft, skal dette dekkes med en større grunnbemanning.⁸¹ Altså skal et slikt arbeidskraftbehov dekkes av faste og dermed ikke midlertidige ansettelser. Læren har særlig vært utviklet og omtalt i forhold til midlertidig ansettelse av vikarer etter bokstav b.⁸² Relevansen av en slik lære er ikke avgrenset til disse tilfellene, men vil i prinsippet kunne gjelde flere av unntakene i § 14-9 andre ledd. Problemstillingen synes likevel å ha vært mest aktuell i tilknytning til rekkevidden av bokstav b og a, noe som kan begrunnes i faren for omgåelse av regelverket.⁸³ På denne bakgrunn er grunnbemanningslæren også aktuell for tilfellene etter bokstav a. Ettersom læren er relevant for senere drøftelse, vil den i det følgende kort gjøres rede for.

Grunnbemanningslæren synes å være et uttrykk for at domstolene har utviklet skranker som kommer i tillegg til lovens uttrykkelige vilkår som gjelder for reguleringen av midlertidig ansettelser. Grunnbemanningslæren er interessant i denne sammenheng, fordi den gir uttrykk for å se midlertidig ansettelser i sammenheng. På tross av at vilkårene for midlertidig ansettelse

⁸⁰ Rt. 1989 s. 1116 (Statfjorddommen), Rt. 2006 s. 1158 (Ambulanse-saken) og Rt. 2009 s. 578 (Sykehuset Innlandet).

⁸¹ Skjønberg (2017) s. 133.

⁸² Se Rt. 1989 s. 1116 (Statfjorddommen), Rt. 2006 s. 1158 (Ambulanse-saken), Rt. 2009 s. 578 (Sykehuset Innlandet) og Skjønberg (2017) s. 133.

⁸³ Fougner (2009) s. 99.

se er oppfylt, kan domstolene komme til at ansettelsen er ulovlig på grunnlag av at behovet reelt sett ikke er midlertidig.

Det kan videre stilles spørsmål om hensiktsmessigheten av grunnbemanningslæren for tilfellene av bokstav a etter at fireårsregelen ble innført. Det er fordi fireårsregelen, som en ytre grense for varigheten, dekker mye av det den ulovfestede læren omfatter.⁸⁴ Eksempler fra rettspraksis som knytter seg til tiden før innføring av fireårsregelen, synes å bruke grunnbemanningslæren som rettslig grunnlag. To eksempler er Rt. 1985 s. 1141 og Rt. 1988 s. 746. Begge disse tilfellene ville på grunnlag av varigheten av ansettelsene uansett ført til fast ansettelse etter dagens fireårsregel. Begge tilfellene gjaldt en situasjon hvor det ikke forelå kvalifiserte søkere, og det var derfor en annen situasjon enn for arbeidstopper. Dermed vil det være interessant å se noe nærmere på dette, men det er først behov for mer kontekst. Derfor behandles dette nærmere i kapittel 3.4.

⁸⁴ Fougner (2009) s. 103 og Rt. 2009 s. 578.

3 Adgangen og varigheten av midlertidig ansettelse for utførelse av ordinære arbeidsoppgaver ved arbeidstopper

3.1 Adgangen til midlertidig ansettelse for å utføre ordinære arbeidsoppgaver

3.1.1 Dagens ordlyd

Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd bokstav a at midlertidige ansettelser unntaksvis kan inngås dersom «arbeidet er av midlertidig karakter». Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden «midlertidig», kan arbeidet stillingen knytter seg til ikke dekke et permanent behov i den aktuelle virksomheten. Sett i sammenheng med første ledd, kan ansettelsen heller ikke være løpende og tidsubegrenset. Ansettelsen er tvert imot avgrenset.⁸⁵ På bakgrunn av dette, kan det sies at arbeidet er midlertidig hvis det er forbigående.⁸⁶

At midlertidigheten knytter seg til arbeidets «karakter», vil etter en ren ordlydsfortolkning kunne tilsi at det er midlertidigheten som særpreger arbeidet. Nettopp ved at arbeidsoppgavene opphører når arbeidsforholdet avsluttes.⁸⁷

Det er vanskelig å utlede noe mer presist av ordlyden isolert sett. Dermed kan det ikke leses ut fra ordlyden hvorvidt ordinære arbeidsoppgaver faller inn under aml. § 14-9 andre ledd bokstav a. For å si noe mer om hva bestemmelsen er ment å omfatte, herunder om ordinære arbeidsoppgaver omfattes av bestemmelsen, må andre rettskilder analyseres. For å kunne gjøre dette, må først en særskilt metodisk utfordring behandles.⁸⁸ Det vil behandles i neste kapittel.

3.1.2 Relevansen av forarbeider og rettspraksis knyttet til tidligere versjoner av bestemmelsen

Som nevnt innledningsvis, ble begrensninger knyttet til adgangen for midlertidig ansettelse innført for første gang i arbeidsmiljøloven av 1977. Siden da har reglene om midlertidig ansettelse for arbeid av midlertidig karakter gjennomgått flere endringer.

På bakgrunn av endringene foreligger det, som nevnt i kapittel 1.4, mange forarbeider knyttet til bestemmelsen. Spørsmålet er om forarbeider og rettspraksis tilknyttet tidligere versjoner av ordlyden fremdeles er relevant i fortolkningen av arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd bokstav a.

⁸⁵ Se kapittel 2.1.

⁸⁶ Fougner (2019) s. 749.

⁸⁷ Fougner (2018) s. 713.

⁸⁸ Nevnes i kapittel 1.4.

I denne sammenheng er det avgjørende om en lovendring har medført materielle endringer, eller om endringen kun knytter seg til det språklige. Dersom en konkret lovendring *ikke* var ment å utgjøre noen realitetsforskjell, er det nærliggende å forstå det slik at tilhørende rettskilder fremdeles har relevans ved fortolkningen av dagens bestemmelse.⁸⁹

Dagens ordlyd er en videreføring av tilsvarende bestemmelse i 1977-loven.⁹⁰ Derfor er utgangspunktet at forarbeider og tidligere rettspraksis knyttet til tidligere versjoner av bestemmelsen, fremdeles er av betydning for å fastslå gjeldende rett.⁹¹

Den følgende drøftelsen vil være et dypdykk i forarbeider og rettspraksis. Mange av disse knytter seg til tidligere versjoner av bestemmelsen. Om det foreligger konkrete realitetsendringer vil vurderes fortløpende. Med den hensikt å gi en mest mulig ryddig og systematisk fremstilling, vil drøftelsen fremstilles kronologisk. Altså vil den foregående drøftelsen lede frem til konklusjonen på hvorvidt det er adgang til å ansette midlertidig etter bokstav a for ordinære arbeidsoppgaver.

3.1.3 Et spørsmål om kumulative vilkår

Etter ordlyden i arbeidsmiljøloven av 1977 § 58 nr. 7 kunne midlertidig ansettelse skje «når arbeidets karakter tilsier det.». Det var altså *arbeidets karakter* som ga hjemmel for midlertidig ansettelse.

Det fremgår av Rt. 1985 s. 1141 på side 1147, som knytter deg til den tidligere bestemmelsen, at vilkåret «når arbeidets karakter tilsier det» skal tolkes strengt. Den høye terskelen har en naturlig sammenheng med at midlertidig ansettelse er et unntak fra hovedreglene om fast ansettelse. Dersom terskelen ikke anses å være høy, vil faren for omgåelse av stillingsvernet være stor. Samtidig beror lovligheten av en midlertidig ansettelse på en *konkret helhetsvurdering* hvor flere hensyn kan trekkes inn.⁹²

I 1995 ble det foretatt en lovendring, som innebar en utvidelse av daværende ordlyd. Bakgrunnen for endringen var at ordlyden var lite presis og at tidligere forarbeider ga begrenset veiledning. Dette medførte problematiske tolkningsspørsmål.⁹³

⁸⁹ Mæhle (2019) s. 129–131.

⁹⁰ Prop. 39 L (2014–2015) s. 103.

⁹¹ Prop. 39 L (2014–2015) s. 103 og Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) del 10 s. 12.

⁹² Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) s. 165. Retten stadfester uttalelser fra tidligere forarbeider.

⁹³ Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) s. 165.

Utvidelsen innebar at ordlyden «når arbeidets karakter tilsier det» ble supplert med «og arbeidet skiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften».⁹⁴ Ordlyden «og» antyder at bestemmelsen fikk et klart tilleggsvilkår, nemlig at arbeidet i *tillegg* måtte skille seg fra det ordinære. Etter en ordlydsfortolkning må altså både arbeidets karakter tilsi en midlertidig ansettelse og arbeidet må skille seg fra det som ordinært utføres i bedriften.⁹⁵

Denne ordlyden antydte dermed at det måtte foreligge to kumulative vilkår. Etter en slik forståelse, vil det *ikke* være adgang til å ansette for å utføre ordinære arbeidsoppgaver. Dersom ordlyden ikke åpner opp for utførelse av ordinære arbeidsoppgaver, vil det heller ikke være adgang til å ansette midlertidig for arbeidstopper etter bokstav a. Spørsmålet om adgangen til å utføre ordinære arbeidsoppgaver er derfor av avgjørende betydning, og kan formuleres som et spørsmål om vilkåret er absolutt.

Spørsmål knyttet til midlertidig ansettelse ved utførelse av ordinære arbeidsoppgaver etter § 58 A, ble behandlet av Høyesterett i Rt. 2001 s. 1413 (Norsk Folkehjelp). I korte trekk skulle retten avgjøre om en midlertidig ansettelse hos Norsk Folkehjelp var gyldig. Arbeidet besto i utførelse av minerydding. Det ble lagt til grunn at arbeidet var av ordinær karakter.

Særlig interessant i denne sammenheng, er at Høyesterett vurderte hvorvidt ordlyden åpnet opp for midlertidig ansettelser i tilfeller hvor ansettelsen innebærer utførelse av ordinære arbeidsoppgaver. Som vist over medførte lovendringen i 1995 at en midlertidig ansettelse etter ordlyden måtte skille seg fra det ordinære. Til tross for det klare utgangspunktet, uttaler retten at bestemmelsens ordlyd ikke kan tas så strengt på ordet. Dermed var det ikke et absolutt vilkår at arbeidet skiller seg fra det ordinære.⁹⁶

På bakgrunn av en konkret helhetsvurdering, konkluderte Høyesterett med at mineryddingsarbeidet hadde *vesentlige særtrekk* som begrunnet at den midlertidige ansettelsen var lovlig.⁹⁷ Avgjørelsen tar klart til orde for at det *ikke* er et absolutt vilkår at arbeidet skiller seg fra det ordinære.

Det bør likevel bemerkes at Høyesterett gir uttrykk for at de ikke kan ses bort ifra at minerydding kan være et særlig unntakstilfelle i likhet med i § 58 A nr. 1 bokstav b og e.⁹⁸ Uttalelsen

⁹⁴ Bestemmelsen ble flyttet fra § 58 nr. 7 til § 58 A, jf. Skarning (2013) s. 73.

⁹⁵ Skarning (2013) s. 72.

⁹⁶ Rt. 2001 s. 1413 side 1422.

⁹⁷ Rt. 2001 s. 1413 side 1423–1425.

⁹⁸ Rt. 2001 s. 1413 side 1423. Bokstav b gjaldt for praksisarbeid og vikarer, og bokstav e for stillinger innenfor idretten.

kan forstås som et uttrykk for at situasjonen tilknyttet mineryddearbeidet har så spesielle særtrekk, at dette i seg selv kunne begrunne et domstolskapt unntak fra hovedregelen om fast ansettelse.⁹⁹ Uttalelsen kan også forstås som et obiter dictum, som dermed ikke var avgjørende for utfallet i saken, men som antyder en oppfordring til lovgiver om å lovfeste mineryddearbeid som et selvstendig unntak.

I forbindelse med innføringen av arbeidsmiljøloven av 2005, blir Høyesteretts forståelse av ordlyden stadfestet i forarbeidene.¹⁰⁰ Altså at det ikke kan forstås som et absolutt vilkår at arbeidet skiller seg fra det ordinære. På denne bakgrunn foreligger det ikke kumulative vilkår, og ordlyden er dermed heller ikke til hinder for at det kan ansettes midlertidig for å utføre ordinære arbeidsoppgaver ved arbeidstopper.

På tross av et endringsforslag, som ikke trådte i kraft grunnet stortingsvalg og dermed heller ikke medførte noen realitetsendring¹⁰¹, ble ordlyden i 2005-loven endret tilbake i tråd med innholdet i den tidligere § 58 A første ledd bokstav a.¹⁰²

I den forbindelse er det eksplisitt uttalt i forarbeidene at «[b]åde forskjeller i arbeidets art og markante forskjeller i arbeidsmengde og eventuelle ytre omstendigheter *ligger innenfor rammen* av den språklige forståelsen av ordlyden.» [min kursivering].¹⁰³ Deretter sies det eksplisitt at ordlyden ikke er til hinder for å ansette midlertidig ved arbeidstopper som *både* er knyttet til sesong og de toppene som er utenfor sesong.¹⁰⁴

Ordlyden «og skiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften» ble også fjernet fra bestemmelsen i 2015.¹⁰⁵ I den forbindelse stadfester forarbeidene at «[b]åde forskjeller i arbeidets art som skiller seg fra det ordinære, og markerte forskjeller i *arbeidsmengde* skal fortsatt omfattes av ordlyden og gi grunnlag for midlertidig ansettelse.» [min kursivering]¹⁰⁶ Igjen, viser

⁹⁹ Fougner (2019) s. 751–752.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 202 og Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) s. 3.

¹⁰¹ Bondevik-regjeringens endring, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), skulle tre i kraft 01.07.05. Dette ble ingen realitet ettersom endringsforslaget til Stoltenberg-regjeringen, jf. Ot.prp. nr. 24 (2005–2006), trådte i kraft allerede 01.01.06.

¹⁰² Bestemmelsen åpnet som nevnt for midlertidig ansettelse «når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften.». Videre fremgår det uttrykkelig av Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) s. 12 at endringen ikke har noen materiell betydning.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) s. 3 jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 202.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) s. 3 jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 202.

¹⁰⁵ Prop. 39 L (2014–2015) s. 135. Aml. § 14-9 andre ledd bokstav a fikk sin nåværende ordlyd «midlertidig karakter», men som det uttales i de nevnte forarbeidene på side 135 var dette ment å være en forenkling av ordlyden og dermed ingen materiell endring.

¹⁰⁶ Prop. 39 L (2014–2015) s. 135.

forarbeidene at det er adgang til å ansette midlertidig etter § 14-9 andre ledd bokstav a for å utføre ordinære arbeidsoppgaver. For de situasjonene som gjelder arbeidstopper, vil det være adgang på grunnlag av markerte forskjeller i *arbeidsmengde*.¹⁰⁷

Forståelsen av at det er adgang til å ansette midlertidig har senere blitt fulgt opp i underrettspraksis og juridisk teori.¹⁰⁸ Selv om spørsmålet om det foreligger et absolutt vilkår ble klarlagt ved lovendringen i 2015, er det likevel slik at dersom arbeidet skiller seg fra det ordinære vil dette fremdeles være et moment av betydelig vekt ved den konkrete vurderingen.¹⁰⁹

3.1.4 Kort oppsummert

Til tross for bestemmelsens tidligere ordlyd, er det nå klart at det *ikke* foreligger et absolutt vilkår om at arbeidet må skille seg fra det ordinære. Det er etter arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd bokstav a adgang til å ansette midlertidig også for å utføre ordinære arbeidsoppgaver på grunnlag av markerte forskjeller i arbeidsmengde, herunder i forbindelse med både arbeidstopper som knytter seg til sesong og arbeidstopper utenfor sesong.

Dette er av avgjørende betydning for aktualiteten av oppgavens problemstilling. Dersom det ikke var adgang til å ansette midlertidig for ordinære arbeidsoppgaver, så ville ikke være relevant å stille spørsmål om hvor lenge en slik ansettelse kan vare.

3.1.5 Avklaring av spørsmål knyttet til begrepsbruk

3.1.5.1 Kumulative eller absolutte vilkår

Rettskildene knyttet til drøftelsen over har ulik ordbruk. Noen omtaler det som et spørsmål om kumulative vilkår, mens andre omtaler det som et spørsmål om absolutte vilkår. På grunnlag av ulik terminologi, vil jeg kort belyse dette. Hensikten er å sikre et klart utgangspunkt for den videre drøftelsen. Har det betydning *hvordan* man oppstiller spørsmålet om arbeidet må skille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten?

Ordlyden «og» gir gjerne et initiativ til å oppstille dette som et spørsmål om det foreligger *kumulative vilkår* eller ikke. Fougner anvender dette begrepet i sin redegjørelse.¹¹⁰ Eksempelvis gjør lagmannsretten det samme i LE-2014-84084.

¹⁰⁷ Mer om dette i kapittel 3.2.

¹⁰⁸ Se for eksempel 20-040915-TVI-OTIR/01, LG-2013-97744, LE-2014-84084, Rt. 2001 s. 1413, Skjønberg (2017) s. 124, Johansen (2020) s. 627.

¹⁰⁹ Fougner (2018) s. 711.

¹¹⁰ Fougner (2018) s. 711.

Som vist over, oppstiller Høyesterett i Rt. 2001 s. 1413 (Norsk Folkehjelp) et spørsmål om det er snakk om et *absolutt vilkår* at arbeidet skiller seg fra det ordinære. Johansen omtaler ordinære arbeidsoppgaver som et spørsmål om det foreligger absolutt tilleggsvilkår til arbeidets karakter.¹¹¹ Det samme gjør flertallet i for eksempel LG-2013-97744. I tillegg viser lagmannsretten til at på bakgrunn av at det ikke er et absolutt tilleggsvilkår, er det ikke er snakk om kumulative vilkår.

Dersom det foreligger kumulative vilkår, er det samtidig nærliggende å omtale dette som et absolutt vilkår. Terminologien kan sånn sett gi uttrykk for to sider av samme sak. I den videre fremstillingen vil betegnelsene forstås som uttrykk for det samme.

3.1.5.2 *Et unntak fra unntaket eller et moment i helhetsvurderingen*

Adgangen til å ansette midlertidig for å utføre ordinære arbeidsoppgaver kan forstås på ulike måter.

En måte å se det på, er at ordinære arbeidsoppgaver er et unntak fra unntaket. Tanken er at midlertidig ansettelse etter bokstav a er et unntak fra hovedregelen om fast ansettelse. Utgangspunktet er at det kan ansettes midlertidig dersom arbeidet skiller seg fra det ordinære. Dermed faller midlertidig ansettelse for å utføre ordinære arbeidsoppgaver utenfor rammen av unntaket. På grunnlag av at det ikke foreligger et absolutt vilkår, kan det likevel unntaksvis ansettes for å utføre ordinære arbeidsoppgaver. Ansettelse for å ordinære arbeidsoppgaver kan dermed etter mitt syn ses på som et unntak fra unntaket.

En annen måte å se det på, er at ordinære arbeidsoppgaver antas å falle innenfor rammen av unntaket i bokstav a. Dermed faller ordinære arbeidsoppgaver innenfor det *ene* unntaket i bokstav a, men for helt spesielle situasjoner- det må foreligge en arbeidstopp knyttet til sesong eller en ekstraordinær situasjon.¹¹² At det er snakk om ordinære arbeidsoppgaver er da kun et moment i helhetsvurderingen, som i disse tilfellene ikke får avgjørende vekt. Alternativt, at det er et moment av betydelig vekt ved vurderingen.¹¹³ I så fall vil terskelen kunne omtales som høyere dersom det ansettes midlertidig for å utføre ordinære arbeidsoppgaver.

Ettersom ansettelsen for å utføre ordinære arbeidsoppgaver knytter seg til en økning i arbeidsmengden, altså en arbeidstopp, er det for disse tilfellene snakk om helt andre situasjoner med en helt annen begrunnelse for å tillate midlertidige ansettelse enn det bokstav a ellers

¹¹¹ Johansen (2020) s. 626.

¹¹² Mer om dette i kapittel 3.2.

¹¹³ Fougner (2018) s. 711 og Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) s. 178–179. Forarbeidene viser til det at arbeidet skiller seg fra det ordinære som det vesentligste momenter i vurderingen.

regulerer. På bakgrunn av analysen over, antas innholdet i bokstav a å ha utviklet seg til å omfatte flere typetilfeller over tid. Det er nettopp dette som har gitt rom for også å ansette midlertidig for å utføre ordinære arbeidsoppgaver. Bokstav a åpner nå *i tillegg* opp for midlertidige ansettelse for ordinære arbeidsoppgaver. Dermed er det etter mitt syn mest nærliggende å omtale adgangen til å ansette midlertidig for å utføre ordinære arbeidsoppgaver som et unntak fra unntaket.

Selv om terminologien har vært ulik, er det for de fleste praktiske tilfeller av mindre betydning. For oppgavens tilfelle har dette særlig betydning i tilknytning til *varigheten* for arbeidstopper utenfor sesong, herunder hvilken grad fireårsregelen kan anvendes som en ytre ramme for hva som er kortvarig.¹¹⁴ Forståelsen av adgangen til å ansette midlertidig ved utførelsen av ordinære arbeidsoppgaver i tilknytning til arbeidstopper utenfor sesong, som et unntak fra unntaket, legges til grunn for den videre fremstillingen.

3.2 Lovligheten og varigheten av midlertidig ansettelse på grunnlag av arbeidstopper

3.2.1 Bakgrunn

I drøftelsen over ble det sluttet at det kan være adgang for å ansette midlertidig for ordinære arbeidsoppgaver etter bokstav a. Dersom den midlertidige ansettelsen gjelder ordinære arbeidsoppgaver, kan ikke ansettelsen være begrunnet i arbeidets *art*. Midlertidige ansettelse for ordinære arbeidsoppgaver må dermed være begrunnet i *arbeidsmengden*. Spørsmålet videre er når forskjeller i arbeidsmengde gir grunnlag for å ansette midlertidig. Altså, hva kreves for at en midlertidig ansettelse for å utføre ordinære arbeidsoppgaver på grunnlag av arbeidstopper skal være lovlig?

3.2.2 Skillet mellom sesongbaserte svingninger og svingninger som ikke er knyttet til sesong

Når forarbeidene omtaler midlertidig ansettelse for å utføre ordinære arbeidsoppgaver, oppstilles det et skille mellom topper som er sesongavhengige og topper som ikke er sesongavhengige, altså sesongvariasjoner og andre variasjoner knyttet til arbeidsmengde.¹¹⁵ Forarbeidene uttaler videre at det kan være problematisk å trekke dette skillet. Det er altså ikke nødvendigvis opplagt hvilke svingninger som knytter seg til sesong og ikke. På bakgrunn av dette peker forarbeidene videre på at «[g]rensene må vurderes og fastsettes i det enkelte tilfellet.»¹¹⁶ Det må med andre ord vurderes konkret.

¹¹⁴ Se kapittel 3.3.3.2.

¹¹⁵ Prop. 39 L (2014–2015) s. 103 og Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) s. 3–4.

¹¹⁶ Prop. 39 L (2014–2015) s. 103.

Det fremgår videre av forarbeidene at det er *markerte* forskjeller i arbeidsmengde som kan gi adgang til en midlertidig ansettelse.¹¹⁷ Dette er også antatt i teorien, hvor blant annet Fougner skriver at det under markerte forskjeller i arbeidsmengde vil kunne gis adgang til midlertidig ansettelse for å utføre ordinære arbeidsoppgaver. Det vises til at det er et naturlig og viktig utgangspunkt at det ikke kan ansettes midlertidig for ordinære og løpende arbeidsoppgaver. Nettopp fordi loven legger opp til faste ansettelser, som inkluderer stillingsvern for den ansatte.¹¹⁸

På denne bakgrunn, kan det sluttet at det ikke er tilstrekkelig for verken sesongpreget eller ikke-sesongpreget arbeid at det kan vises til at det foreligger en eller annen forskjell i virksomhetens arbeidsmengde. Forskjellen må være markant, og kanskje kan det sies å måtte foreligge en kvalifisert forskjell i arbeidsmengden fra tidligere. En slik markant økning i arbeidsmengde er det som gjør det naturlig å kalle disse situasjonene for *arbeidstopper*. Som vi skal se, utdyper forarbeidene hva som ligger i dette og hvilke krav som stilles ved de ulike formene for svingninger i arbeidsmengden. Kanskje kan det omtales som et inngangsvilkår at det foreligger en markant forskjell i arbeidsmengden.

I avgjørelsen fra 2020 argumenterer tingretten for at det, ut ifra en kontekstuell tolkning av ordlyden «midlertidig karakter» sammenholdt med forarbeidene, er en høyere terskel for å ansette midlertidig etter bokstav a for å utføre ordinære arbeidsoppgaver enn ellers.¹¹⁹

Til sammenligning kan det pekes på at når arbeidstaker ansettes for å delta i et konkret og tidsavgrenset prosjekt, er det ikke lenger behov for arbeidstaker etter ferdigstillelse av prosjektet. Det er nettopp fordi arbeidsoppgavene som knyttet til prosjektet ikke er en del av de ordinære arbeidsoppgavene hos bedriften. Det er viktig å bemerke at det reelt sett må være snakk om et prosjektarbeid. Det er dermed ikke tilstrekkelig at arbeidet betegnes som prosjekter hvis arbeidet som utføres reelt sett er av ordinær karakter.¹²⁰

På denne bakgrunn, skiller arbeidstoppene seg klart fra de andre typetilfellene i bokstav a. Det kan på dette grunnlaget argumenteres for at utførelse av arbeidsoppgaver av ordinær karakter er et unntak fra unntaket eller som et moment som øker terskelen for at ansettelsen skal være lovlig.¹²¹

¹¹⁷ Prop. 39 L (2014–2015) s. 103.

¹¹⁸ Fougner (2018) s. 711.

¹¹⁹ 20-040915-TVI-OTIR/01 punkt 3.1.

¹²⁰ Prop. 39 L (2014–2015) s. 103.

¹²¹ Dette ble redegjort for i kapittel 3.1.5.2.

3.2.3 Arbeidskraftbehov som knytter seg til sesongmessige svingninger

Som nevnt innledningsvis, er det for arbeidstoppene *utenfor* sesong at vurderingen av lovlig-
heten viser seg å være særlig vanskelig. For å kunne gå nærmere inn på tilfellene for arbeid-
stopper utenfor sesong, er det likevel nødvendig å først si noe kort om hva som anses som
sesongbaserte svingninger. Skillet har betydning ved blant annet vurderingen av om en mid-
lertidig ansettelse er tilstrekkelig kortvarig.¹²²

Ikke enhver sesongmessig svingning gir tilstrekkelig grunnlag for å ansette midlertidig etter
bokstav a. Forarbeidene viser blant annet til turistnæringen som et eksempel på næring som er
sesongpreget.¹²³ Videre vises det til at det er adgang til «tidsavgrenset ekstra arbeidskraft som
er det normale og som gjentas årlig».¹²⁴ I denne sammenheng trekkes julehjelp frem som et
eksempel.

Adgangen forutsetter at arbeidet er *sterkt* sesongpreget.¹²⁵ Dermed foreligger det en oppford-
ring til å forstå dette som en restriktiv adgang. Dette bør ses i sammenheng med at det for
arbeidsgiver finnes andre måter å avhjelpe en økt arbeidsmengde på. Som eksempel viser Jo-
hansen til organisering av arbeid, bruk av overtid eller permittering.¹²⁶ Arbeidsgivers mulig-
heter til å organisere arbeidet på en tilpasset måte gjennom styringsretten, medfører en plikt
for arbeidsgiver til å først og fremst ansette fast. Videre skal det foretas en konkret vurdering
av blant annet nødvendigheten av at ansettelsen er midlertidig. Her er nettopp arbeidsgivers
mulighet for organisering et viktig moment.¹²⁷

Arbeidstopper er gjerne forbundet med sesonger. Turistnæringen utgjør et godt eksempel. Det
kan tenkes at det hos restaurantene ved havnen i Tønsberg årlig foreligger et økt behov for
arbeidskraft i forbindelse med fellesferien. I denne perioden kan det være behov for flere ser-
vitører enn ellers, og det vil ofte ikke være mulig for bedriftene å ha så mange servitører som
faste ansatte resten av året. I disse tilfellene kan det være adgang til midlertidig ansettelse
etter bokstav a, til tross for at servering i seg selv er av ordinær karakter for restaurantene.

På den andre siden kan det tenkes at koronapandemien setter begrensinger på utenlandsreiser
for andre året på rad, slik at enda flere mennesker enn vanlig reiser til sommersteder som
bryggen Tønsberg. Det vil da bli et enda større behov for servitører på restaurantene enn det

¹²² Se kapittel 3.3.3.2.

¹²³ Prop. 39 L (2014–2015) s. 103.

¹²⁴ Prop. 39 L (2014–2015) s. 103.

¹²⁵ Johansen (2020) s. 627.

¹²⁶ Johansen (2020) s. 627.

¹²⁷ Johansen (2020) s. 627, LE-2014-84084 og LG-2013-97744.

den vanlige økningen i sommersesongen medfører. Hvorvidt denne arbeidstoppen da knytter seg til sesong eller ikke, er ikke like opplagt. Poenget er å illustrere at grensen ikke nødvendigvis er helt klar. Det kan kanskje heller sies å være en ekstraordinær situasjon, som karakteriseres av å være uforutsett og kortvarig. Hva som ligger i dette, er temaet videre.

3.2.4 Arbeidstopper som knytter seg til en ekstraordinær situasjon

Hvilke arbeidstopper som forekommer uavhengig av sesong er mindre opplagt. Prop. 39 L (2014–2015) side 103 uttaler at det er adgang til å ansette midlertidig for topper som ikke er sesongavhengige «dersom det dreier seg om kortvarige og uforutsigbare situasjoner.». Dette viser hvordan det ikke er tilstrekkelig at virksomheten viser til at det faktisk foreligger en arbeidstopp for å ansette lovlig etter bokstav a. Det må i tillegg stilles krav til at arbeidstoppen er både *uforutsett* og *kortvarig*. Det følger videre på side 103 at:

«[d]et er derimot ikke adgang til å ansette midlertidig for å avhjelpe generelle eller jevne variasjoner i ordretilgang eller usikkerhet om eventuell fremtidig reduksjon i arbeidsmengde, med tanke på omorganisering eller lignende.»¹²⁸

Det er normalt at det oppstår svingninger i arbeidsmengden hos virksomheter, slik som bedrifter som baserer seg på oppdrag.¹²⁹ Håndverkerbransjen er et eksempel på typisk oppdragsbasert virksomhet hvor nedganger i antall oppdrag ikke i seg selv gir adgang til å ansette midlertidig. Det må anses som naturlig at eksempelvis en rørleggerbedrift eller advokatfirma, opplever at det varierer hvor mange oppdrag som foreligger fra år til år. Kanskje er oppdragsmengden økende over tid, men med små variasjoner hvor det med jevne mellomrom oppstår «dupper» i oppdragsmengden uten at dette anses som ekstraordinært.

Som forarbeidsuttalelsen over viser, er det heller ikke adgang til å helgardere seg ved å ansette midlertidig for å utøve ordinære arbeidsoppgaver på grunnlag av usikkerheter som knytter seg til hvor bra det vil gå for bedriften i fremtiden. Johansen trekker frem at det ikke er et tilstrekkelig argument fra arbeidsgivers side, at det ansettes midlertidig fremfor fast når bedriften gjør det bra for å unngå å si opp ved frykt for fremtidig nedgang. Det er situasjonen på ansettelsestidspunktet som er avgjørende.¹³⁰ I likhet med sesongbaserte svingninger, må dette ses i sammenheng med at arbeidsgiver også kan ha andre muligheter i slike situasjoner, for eksempel lovlig bruk av overtid eller permittering. I tillegg kan det skje at ansatte slutter, sykemeldes eller tar ut permisjon. Dette viser at arbeidsgiver alltid vil bære en form for risiko knyttet til bemanning og organisering av bedriften.

¹²⁸ Prop. 39 L (2014–2015) s. 103.

¹²⁹ Johansen (2020) s. 628.

¹³⁰ Johansen (2020) s. 628.

Uttalelsene i forarbeidene sammenholdt med juridisk litteratur kan forstås slik at det må foreligge en ekstraordinær situasjon. Dette utgjør noe mer enn de vanlige svingningene og usikkerhetene knyttet til virksomheten. Med dette utgangspunktet kan det sies at det i kravet til en ekstraordinær situasjon ligger at situasjonen må være kortvarig og uforutsett.

Dette fremgår også av nyere underrettspraksis. Et eksempel er LG-2013-97744, som gjaldt lovligheten av en midlertidig ansettelse av en kirkegårdsbetjent. Det er dissens i dommen som i hovedsak knytter seg til den konkrete vurderingen. Betydningen av rettens uttalelser knyttet til forståelsen av bestemmelsen svekkes dermed ikke av dissensen.

Lagmannsretten konkluderer med at det må foreligge en ekstraordinær situasjon som ikke varer lenge og som dessuten ikke kan forutses. Videre uttaler flertallet at «[e]n økt oppdragsmengde eller arbeidsmengde som ikke kan defineres som korte og utforutsette arbeidstopper, gir ikke grunnlag for bruk av midlertidig ansatte.»¹³¹ På bakgrunn av uttalelsen kan det argumenteres for at det er en svært begrenset adgang til å ansette midlertidig for ordinære arbeidsoppgaver ved arbeidstopper utenfor sesong.

I avgjørelsen fra Oslo tingrett av 2020, med henvisning til LG-2013-97744, betegner retten utførelse av ordinære arbeidsoppgaver ved arbeidstopper som ikke er sesongbaserte, som et unntak fra at arbeidet må være av midlertidig karakter.¹³² Dette forutsetter at situasjonen er ekstraordinær. Her kan det vises til forståelsen over, om at det for disse situasjonene ikke er arbeidets karakter, men *situasjonen* som gir adgang til den midlertidige ansettelsen. Situasjonen må fremdeles være midlertidig, men for arbeidstoppene utenfor sesong må situasjonen *i tillegg* være kortvarig og uforutsett.

Etter dette kan det argumenteres for at terskelen er høy, og at det dermed skal veldig mye til for å lovlig kunne ansette midlertidig på dette grunnlaget. Ikke bare synes terskelen å være høyere enn etter bokstav a generelt, jf. Rt.1985 s. 1141, med det kan virke som at terskelen til og med kan være enda høyere enn ved svingninger som knytter seg til sesong. Dermed kan midlertidig ansettelse for å utføre ordinære arbeidsoppgaver ved arbeidstopper utenfor sesongtilfellene, sies å være helt på grensen for hva som er lovlig. Fra et mer overordnet perspektiv kan dette knyttes opp mot stillingsvernet, som nettopp skal sikre arbeidstakers behov for trygghet og forutsigbarhet ivaretas. At arbeidstoppen ikke er naturlig avgrenset, slik som

¹³¹ LG-2013-97744.

¹³² 20-040915-TVI-OTIR/01.

ved sesong, taler for at det bør stilles enda strengere krav for å unngå omgåelse av reglene og at arbeidstakeren blir gående på «evigvarende» midlertidige ansettelse.¹³³

Ut ifra dette kan det utformes et par eksempler for å gi et tydeligere bilde av hvilke typer situasjoner det kanskje kan være snakk om. Et tidsaktuelt tema er virkningene av pandemisituasjonen.

Et eksempel er at det da pandemien brøt ut ble en kraftig økning av hjemmelevering av matvarer gjennom leverandører som Kolonial. Det er åpenbart at Kolonial da hadde et ekstraordinært behov for flere lagermedarbeidere og sjåførere.¹³⁴

Et annet eksempel er at psykisk uhelse trekkes frem som en ettervirkning av koronasituasjonen. Dette kan medføre at det blir en økt etterspørsel innenfor psykisk helsetjeneste. På bakgrunn av dette kan både offentlige og private bedrifter få en markert økning i arbeidsmengden og dermed et behov for flere psykologer.¹³⁵

For begge disse eksemplene vil det måtte foretas en konkret vurdering av om det foreligger en ekstraordinær situasjon, hvor situasjonen både er *uforutsett* og *kortvarig*.

Det kan tenkes at flere fortsetter å bestille mat via Kolonial etter pandemien, slik at situasjonen ikke lenger kan sies å være *kortvarig*. Kanskje har bemanningsbehovet økt, slik at dette gir grunnlag for en økt grunnbemanning.¹³⁶ Når det gjelder ansettelsen av psykologer, kan det kanskje argumenteres for at ettersom behovet er synlig før pandemien i det hele tatt er over, så er ikke situasjonen lenger *uforutsett*. Nærmere om kravet til kortvarig og uforutsett i kapittel 3.3.

3.2.5 Tidspunktet for vurderingen

Det følger direkte av ordlyden i arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd at «når» det foreligger et behov av midlertidig karakter, kan det ansettes midlertidig. Ordlyden taler for at det må foretas en vurdering av om behovet ved ansettelsen er midlertidig eller ikke *før* ansettelsen. Dette har sammenheng med at grunnlaget for ansettelsens lovliggheit starter allerede på ansettelsestidspunktet.¹³⁷

¹³³ Som nevnt i kapittel 2.4.1 på s. 13.

¹³⁴ Dagsavisen (2020).

¹³⁵ Norsk Psykologiforening (2020).

¹³⁶ Mer om dette i kapittel 2.4.4 og 3.4.

¹³⁷ Skarning (2011) s. 80.

Situasjonen kan endre seg slik at ansettelsen var av midlertidig karakter da arbeidstaker ble ansatt, men at det senere viser seg å ikke lenger være av midlertidig karakter. Spørsmålet videre er om vurderingen av behovet for midlertidig ansettelse *også* bør foretas underveis i ansettelsesperioden.

For det første følger det av aml. §14-9 tredje ledd at bruken av midlertidig ansettelse skal drøftes av arbeidsgiver og tillitsvalgte minimum en gang i året. Det viser at det ikke er tilstrekkelig å kun gjøre en forsvarlig vurdering på forhånd, men at vurderingen også må foretas underveis. I denne situasjonen er det naturlig å vurdere nettopp lovligheten av de midlertidige ansettelsene virksomheten har på tidspunktet for drøftingsmøtet.

For det andre er det slik at hvis det ansettes midlertidig, og kontrakten forlenges flere ganger, så er tidspunktet for forlengelse et naturlig tidspunkt å foreta en ny vurdering av om behovet fremdeles er midlertidig. Forlengelser, og at tiden går, er noe som kan trekke i retning av at ansettelsen på ulike grunnlag blir fast. Derfor er det også hensiktsmessig for arbeidsgiver å foreta en slik vurdering utover tidspunktet for ansettelsen.¹³⁸ Dersom arbeidsgiver stadig forlenger kontrakten slik at varigheten stadig blir lenger, tyder dette på at virksomheten har et mer varig behov for arbeidskraften med det resultat at den midlertidige ansettelsen er eller blir ulovlig.¹³⁹

I avgjørelsen fra Oslo tingrett, hvor den midlertidige ansettelsen bestod av flere forlengelser, bemerker retten nettopp arbeidsgivers plikt til å vurdere hvorvidt vilkårene etter loven er oppfylt for hver enkelt arbeidsavtale, og at denne plikten øker med tiden. Videre legger retten avgjørende vekt på at det for hver enkelt forlengelse ble klarere og klarere at vilkårene for midlertidig ansettelse etter bestemmelsen ikke var til stede i denne saken.¹⁴⁰

På denne bakgrunn taler gode grunner for at vurdering av behovet for midlertidig ansettelse bør foretas også etter ansettelsestidspunktet.

3.3 Nærmere om kravet til uforutsett og kortvarig ved arbeidstopper utenfor sesong

3.3.1 Vilkår eller momenter

For å avgjøre om den midlertidige ansettelsen er lovlig, må det som nevnt tidligere foretas en konkret helhetsvurdering.¹⁴¹ På bakgrunn av dette kan det hevdes at når forarbeidene viser til

¹³⁸ Skarning (2011) s. 80.

¹³⁹ Nærmere om dette i kapittel 3.4.

¹⁴⁰ 20-040915-TVI-OTIR/01 punkt 3.3.

¹⁴¹ Skjønberg (2017) s. 125.

uforutsett og kortvarig, så er disse momentene av betydning for helhetsvurderingen. Hvis kortvarig og uforutsett oppfattes som momenter, vil vekten av disse variere basert på de konkrete forholdene i den enkelte sak.

Ettersom det fremgår klart av forarbeidene at det kan ansettes midlertidig for arbeidstopper utenfor sesong *dersom* det dreier seg om kortvarige og uforutsigbare situasjoner, vurderer jeg det som mest nærliggende å anse disse som vilkår.¹⁴² Siden det skal foretas en konkret helhetsvurdering, forstår jeg vilkårene som nødvendige, men ikke tilstrekkelige for å fastslå at ansettelsen er lovlig. Situasjonen må altså være både uforutsett og tilstrekkelig kortvarig. Samtidig er ikke dette nok i seg selv, slik at ansettelsen etter en helhetsvurdering basert på andre momenter likevel kan være ulovlig.

Det kan diskuteres hvor stor praktisk betydningen dette skillet har. For oppgavens del vil det legges til grunn at uforutsett og kortvarig er vilkår. På denne bakgrunn, vil den videre fremstillingen først gå nærmere inn på hva som ligger i kravet til uforutsett og deretter kortvarig. Ettersom problemstillingen særlig omhandler varigheten, da dette fremstår som mest problematisk, vil dette vies mest plass. Deretter vil det i kapittel 3.4 pekes på noen momenter av betydning i helhetsvurderingen.

3.3.2 Kravet til en uforutsett arbeidstopp

Det er lite veiledning i forarbeidene når det gjelder hva som ligger i at situasjonen er *uforutsigbar*. Likevel fremgår det at det ikke kan ansettes midlertidig for å «avhjelpe generelle eller jevne variasjoner i ordretilgang eller ved usikkerhet om eventuell fremtidig reduksjon i arbeidsmengde».¹⁴³ I juridisk litteratur har *uforutsigbart* flere steder blitt omtalt som *uforutsett*.¹⁴⁴ Dermed er det naturlig å anse uforutsigbart og uforutsett som uttrykk for det samme. I og med at forarbeidene presiserer at usikkerhet knyttet til situasjonen ikke i seg selv er tilstrekkelig, synes det mer nærliggende å kalle dette vilkåret for *uforutsett*.

En ren språklig forståelse tilsier at uforutsett er en situasjon som virksomheten ikke kunne forutse, for eksempel ut ifra tidligere erfaringer. Dette er til kontrast fra arbeidstopper som knytter seg til sesong, og da særlig de som gjentas årlig.¹⁴⁵ Ved sesongarbeid er arbeidsgiver på forhånd klar over, gjerne på grunnlag av tidligere erfaring, at det under en gitt sesong vil være et behov for å øke arbeidskraften.

¹⁴² Prop. 39 L (2014–2015) s. 103.

¹⁴³ Prop. 39 L (2014–2015) s. 103. Se også Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) s. 3 og Ot.prp. nr. 40 (2004–2005) s. 202.

¹⁴⁴ For eksempel Johansen (2020) s. 628.

¹⁴⁵ Prop. 39 L (2014–2015) s. 103.

På bakgrunn av forarbeidsuttalelsene knyttet til variasjon og usikkerhet,¹⁴⁶ kan det også argumenteres for at dersom arbeidstoppen er typisk for den bransjen virksomheten opererer i, og dette er synlig eller tilgjengelig for arbeidsgiver, vil dette også kunne utgjøre en grense for hva som antas å være uforutsett eller uforutsigbart for virksomheten. Noen bransjer har større svingninger i etterspørsel enn andre. Hvis disse svingningene forekommer ofte nok, så er det ikke nærliggende å anse situasjonen som uforutsett, men heller noe arbeidsgiver i større grad kan forutse og planlegge for.

3.3.3 Kravet til kortvarighet

3.3.3.1 *Vurderingstema*

Generelt vil hva som kan karakteriseres som kortvarig være svært ulik avhengig av i hvilken kontekst og rettsområdet betegnelsen benyttes. Som vist over, gir lovteksten og forarbeidene lite veiledning når det gjelder hva som ligger i uttrykket *kortvarig* i denne sammenhengen. Av forarbeidene fremgår det at for arbeidstopper utenfor sesong må situasjonen være uforutsett og kortvarig, men uten å redegjøre noe nærmere for hva dette innebærer.

Den videre analysen vil diskutere ulike holdepunkter for hva som er tilstrekkelig kortvarig. På bakgrunn av dette vil tre forhold undersøkes. For det første om fireårsregelen skal forstås som en ytre ramme i disse tilfellene, deretter om varigheten for arbeidstopper utenfor sesong skal ses i sammenheng med sesongbaserte topper, og til slutt hva rettspraksis har ansett som tilstrekkelig kortvarig.

3.3.3.2 *Fireårsregelen som en ytre ramme for arbeidstopper utenfor sesong*

Det første forholdet er hvorvidt fireårsregelen utgjør en ytre ramme for hva som er kortvarig. Det er ikke tvilsomt at en arbeidstaker automatisk blir fast ansatt etter fire år, og det er heller ikke det som er problematisk i denne sammenheng. Tanken bak vurderingstemaet er at ved å si at fireårsregelen fungerer som en ytre ramme for disse tilfellene, sier man samtidig at kortvarig potensielt kan vare fire år. Spørsmålet er om dette kan anses som en riktig anvendelse av fireårsregelen for disse tilfellene.

Det er viktig å huske at selv om fireårsregelen ikke skulle få en materiell virkning på den måten at den sier noe materielt sett om varigheten for disse arbeidstoppene, så har bestemmelsen naturligvis en prosessuell virkning. Det innebærer at fireårsregelen alltid sier noe om hvorvidt arbeidstakeren må få dom for fast ansettelse eller om dette skjer automatisk.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Prop. 39 L (2014–2015) s. 103.

¹⁴⁷ Se kapittel 2.4.1.

På den ene siden fremgår det direkte av ordlyden at fireårsregelen gjelder for tilfeller som faller inn under bokstav a, og kun disse. Bestemmelsen sier derimot ikke noe om typetilfeller som eventuelt faller utenfor virkningen av fireårsregelen. Når lovgiver ikke positivt har angitt at fireårsregelen ikke kan anvendes også for disse såkalte unntakene fra unntaket,¹⁴⁸ så taler det for at fireårsregelen gjelder også her.

Videre regulerer fireårsregelen nettopp tidsaspektet, og den sørger for at slike midlertidige ansettelse i praksis skiller seg fra det løpende og tidsbegrensede som fast ansettelse er. Dermed kan det ut ifra systembetraktninger og hensynet til sammenheng i regelverket, argumenteres for at fireårsregelen utdyper innholdet i bokstav a når det kommer til spørsmålet om varighet. Når det da er varighet som er det avgjørende vurderingstemaet for lovligheten av midlertidig ansettelse for å utføre ordinære arbeidsoppgaver, vil en slik sammenheng i regelverket kunne synes naturlig. Det er ikke uvanlig at lovbestemmelser må leses i sammenheng på denne måten.

Som vist i kapittel 2.4.1, omtales fireårsregelen av mange teoretikere som en ytre ramme, men uten at det problematiseres nærmere hvorvidt dette gjelder for alle typetilfellene under bokstav a. Dette er alle argumenter som trekker i retning av at fireårsregelen *er* en ytre ramme også i disse tilfellene.

På den andre siden er det ingenting i ordlyden eller forarbeidene til verken bokstav a eller sjuende ledd, som direkte åpner opp for å bruke fireårsregelen til å si noe om hva som ligger i *kortvarig*. På bakgrunn av forståelsen av loven som uttrykk for lovgivers vilje, kan det argumenteres for at dersom fireårsregelen skal forstås som en ytre ramme for hva som kan anses tilstrekkelig kortvarig, burde dette fremgått av loven eller forarbeidene.

Formålet med arbeidsmiljøloven, som en vernlov, trekker ytterligere i retning av at dersom lovgiver ikke eksplisitt har sagt at fireårsregelen skal forstås som en ytre ramme i disse tilfellene, kan den heller ikke anvendes på den måten. Av hensyn til sammenhengen i regelverket og formålsbetraktninger, er det viktig å tolke bestemmelsen på bakgrunn av de hensyn bestemmelsen er ment å verne om. Dette er etter mitt syn et argument av avgjørende betydning.

I tillegg er midlertidig ansettelse for å utføre ordinære arbeidsoppgaver i forbindelse med arbeidstopper utenfor sesong helt i grenseland av hva som er lovlig under bokstav a.¹⁴⁹ Det fremgår av forarbeidene til 2005-loven, hvor fireårsregelen ble tatt inn for første gang, at re-

¹⁴⁸ Se kapittel 3.1.5.2 for beskrivelse av resonnementet bak at midlertidig ansettelse for å utføre ordinære arbeidsoppgaver er et unntak fra unntaket.

¹⁴⁹ Se kapittel 3.2.4 s. 27.

gelen «vil gjelde (...) når arbeidstaker ansettes for å utføre et bestemt oppdrag, samt midlertidig ansettelse av arbeidstaker som ikke fyller lovbestemte kvalifikasjoner.»¹⁵⁰ Det at arbeidstopper utenfor sesong ikke er nevnt i forarbeidene til innføringen av fireårsregelen, kan tyde på at det ikke var disse særlige tilfellene fireårsregelen ble utformet for å regulere. Enten hadde lovgiver til hensikt å *ikke* inkludere tilfellene for ordinære arbeidsoppgaver ved arbeidstopper utenfor sesongtilfellene, eller så tenkte ikke lovgiver over denne problemstillingen.

Ansettelser for å utføre ordinære arbeidsoppgaver på grunnlag av en arbeidstopp kan anses som et unntak fra unntaket i bokstav a. Som vist over, skiller arbeidstopp-tilfellene seg klart fra de øvrige tilfellene regulert i bokstav a. Ordinære arbeidsoppgaver er allerede et unntak fra hovedregelen om fast ansettelse. Unntaket knytter seg til arbeidsoppgavene (arbeidets art). For det såkalte unntaket fra unntaket, knytter imidlertid midlertidigheten seg til selve varigheten (arbeidets mengde). På bakgrunn av dette skillet, kan det videre argumenteres for at tilfellene også skiller seg fra det fireårsregelen i utgangspunktet regulerer.

Dette trekker i retning av at fireårsregelen ikke uten videre kan trekkes inn i vurderingen av varigheten for disse tilfellene som en ytre ramme for varigheten av arbeidstoppene som ikke er sesongbaserte.

På bakgrunn av at det for arbeidstopper er tale om en helt annen situasjon som medfører et annet resonnement enn for typiske bokstav-a tilfeller, kan det videre være lett å se for seg at den absolutte grensen ville blitt satt mye tidligere enn ved fire år dersom lovgiver hadde vurdert dette eksplisitt. Hensikten med fireårsregelen var nettopp å tydeliggjøre at midlertidig ansettelse knytter seg til et midlertidig behov, og å hindre at arbeidstakere ble gående på «evigvarende kontrakter» som medfører omgåelse av stillingsvernreglene.¹⁵¹ Fireårsregelen er, som nevnt, ment som en sikkerhetsventil for de ansatte.

Som vist i kapittel 2.2, kan en midlertidig ansettelse være hjemlet i flere grunnlag, altså at det foreligger kombinasjoner av grunnlag. Systembetragtninger og hensyn til sammenheng i regelverket kan derfor tale ytterligere at fireårsregelen ikke var ment for å si noe nærmere om det materielle innholdet i de ulike grunnlagene for midlertidig ansettelser. En slik bruk av fireårsregelen vil være problematisk i en vurdering av lovligheten av en midlertidig ansettelse med sammensatte rettslige grunnlag. Det kan tenkes at alle ansettelsene isolert sett er uforutsett og kortvarig, men at de til sammen strekker seg over fire år. I så fall vil dette medføre fast ansettelse, men fireårsregelen sier ikke noe om hvorvidt den enkelte ansettelsen er kortvarig.

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 49 (2005–2006) s. 333.

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 218–219.

For sesongmessige svingninger rettferdiggjøres behovet for et unntak fra unntaket i større grad ved at forarbeidene sier at det ville vært upraktisk å ansette og deretter si opp den ansatte hvert år. Dette kan forstås som en rimelig begrunnelse for å ikke ansette fast for sesongtopper. Ikke bare er det lite praktisk, men det er heller ingen tvil om at det reelt sett foreligger et slikt behov for midlertidig ansettelse.

For arbeidstopper utenfor sesong kan den samme begrunnelsen også utgjøre en rimelig grunn for å ansette midlertidig dersom ansettelsen for eksempel varer i tre måneder. Det vil også her være et reelt behov for å slippe å ansette fast for å så kort tid etterpå si opp vedkommende igjen. Men dersom varigheten er flere år, er det vanskeligere å se for seg en rimelig grunn til at arbeidstaker ikke skal ansettes fast. Hvis en ansettelse varer så lenge, kan det argumenteres for at man beveger seg langt bort fra utgangspunktet om «midlertidig karakter». Det kan da stilles spørsmål om arbeidet i det hele tatt kan sies å reelt sett være midlertidig.

På tross av dette kan det likevel tenkes grunner som taler for at det er rimelig og rettferdig å ansette med en varighet opp mot fire år. Dette henger sammen med kravet til at arbeidstoppen skal være uforutsett. En slik situasjon vil kunne være svært krevende for arbeidsgiver. I disse situasjonene kan det argumenteres for at arbeidsgiver bør få større frihet når det gjelder varigheten av ansettelsen enn ellers.

Sammenlignet med for eksempel sesongarbeid, hvor situasjonen motsetningsvis er antesipert basert på arbeidsgivers erfaring med situasjonen fra tidligere, så kan det i disse tilfellene anses som rimelig å gi arbeidsgiver mer frihet knyttet til varigheten. Dette på bekostning av noe av arbeidstakers trygghet og forutsigbarhet, altså arbeidstakerens vern, men da alltid innenfor rammen av fire år. Kanskje kan disse uforutsette arbeidstoppene være uttrykk for et behov for å likestille partene i større grad enn ellers. Nettopp fordi arbeidsgiver ikke har den samme kontrollen som ellers, eller at han ikke kan bygge på tidligere erfaringer og kunnskap.

Tidligere i oppgaven er det vist til psykisk uhelse som et eksempel på en mulig konsekvens av koronapandemien. Sett bort ifra spørsmålet om situasjonene er uforutsett, kan det argumenteres for at behandling av psykiske plager kan ta lang tid. For mange lenger tid enn en sesong og gjerne over flere år. I tillegg kan omstillingsprosesser som dette være store og derfor krevende for bedrifter, og spesielt for store virksomheter. Det kan da oppstå et behov for en lengre periode med midlertidige ansettelser. At denne prosessen skal kunne kreve en varighet i fire år, er likevel vanskelig å tenke seg.

Drøftelsen over er en diskusjon som til syvende og sist handler om hvorvidt kortvarighet skal forstås til gunst for arbeidsgiver eller arbeidstaker. På arbeidstakersiden taler vernehensynet

mot at fireårsregelen skaper en ytre ramme for kortvarigheten. På arbeidsgiversiden taler arbeidsgivers styringsrett og plikt til å styre virksomheten på en lovlig måte for at fireårsregelen skal kunne oppstilles som en ytre ramme.

På bakgrunn av vernehensynets grunnleggende og avgjørende betydning, er det nærliggende å konkludere med at fireårsregelen ikke kan anvendes som en ytre ramme for å si noe om varigheten av arbeidstopper utenfor sesong. Dersom fireårsregelen skal brukes på denne måten, er dette noe som i så fall bør fremgå eksplisitt som lovgivervilje. Dette er også i tråd med at unntaket i bokstav a reelt sett må være av midlertidig.

Rettskildenes taushet kan føre til misforståelser. Siden det ikke står noe annet i lovteksten, vil det for mange arbeidsgivere være naturlig å anta at syvende ledd kan forstås som at den sier noe om hva som er kortvarig. Faren for at regelen misforstås av partene, eller andre, kan ikke anses som et argument for å anvende fireårsregelen som en ytre ramme ved arbeidstopper utenfor sesong. Det vil derimot kunne være en oppfordring til at dette bør avklares.

3.3.3.3 Sammenhengen mellom sesong- og ikke sesongbaserte svingninger

Det andre forholdet er om kortvarig må ses i sammenheng med varigheten for de sesongbaserte arbeidstoppene. I så fall tilsier dette at kravet til kortvarighet ikke er ment å gi større adgang for arbeidstopper utenfor sesong enn for arbeidstopper knyttet til sesong. Som vist i kapittel 3.2.3, er det åpenbart at midlertidig ansettelse for sesongtopper varer under ett år, og heller ikke nær opp til ett år. Dersom det er slik at arbeidstoppene må ses i sammenheng, vil heller ikke de andre arbeidstopper kunne vare lenger enn dette. Hvorvidt det foreligger en slik adgang, må også vurderes konkret for å være lovlig.

Det fremgår av forarbeidene at grensen mellom variasjoner som skyldes sesong og variasjoner som skyldes andre forhold utenfor sesong, kan være vanskelig å trekke.¹⁵² På den ene siden kan det at det faktisk foreligger en grense, være et argument for at arbeidstoppene ikke uten videre kan ses i sammenheng. På den andre siden taler det at grensen ofte er vanskelig å trekke for at tilfeller som er såpass like også bør ses i sammenheng. Videre må grensen trekkes basert på det konkrete tilfellet.¹⁵³ Dette tyder på at arbeidstoppene noen ganger gjelder for situasjoner som er svært like og andre ganger ikke. I så fall taler dette for å kun se arbeidstoppene i sammenheng dersom den konkrete ikke-sesongbaserte arbeidstoppen har store likhetstrekk med sesongtoppene. Det er med andre ord ikke noen automatikk i at de skal ses i sammenheng.

¹⁵² Prop. 39 L (2014–2015) s. 103.

¹⁵³ Prop. 39 L (2014–2015) s. 103 og Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) s. 3.

Et argument for å se arbeidstoppene i sammenheng, er at de begge karakteriseres ved at arbeidstaker utfører ordinære arbeidsoppgaver. Fellestrekket om at arbeidstoppene kan karakteriseres som et unntak fra unntaket, trekker i retning av at alle arbeidstopper etter bokstav a skal behandles likt. Det at arbeidstoppene har likheter som gjør at de skiller seg fra de andre tilfellene etter bestemmelsen, som for eksempel prosjektarbeid, taler for at varigheten av arbeidstoppene bør være relativt lik sammenlignet med arbeid som skiller seg fra det ordinære.

I forlengelsen av dette henger tidsmomentet også sammen med hensynet til arbeidstakers tilknytning til virksomheten. Jo lenger arbeidstakeren er ansatt i virksomheten, desto sterkere tilknytning oppstår. Det kan tenkes at tilknytningen til virksomheten vil skje raskere ved utførelse av ordinære arbeidsoppgaver enn ellers, for eksempel fordi man jobber sammen med andre fast ansatte. Vernehensynet trekker i retning av at arbeidstoppene bør ses i sammenheng, men kun i den grad det gir et bedre vern for arbeidstaker.

For arbeid som skiller seg fra det ordinære og med et tidsavgrenset behov, som for eksempel prosjektarbeid, vil behovet for arbeidstakeren falle bort etter at prosjektet er avsluttet. Det kan argumenteres for at det i disse tilfellene ikke er behov for å sette en grense på ett år, slik som ut ifra konteksten kan gjøres for sesongarbeid. Prosjekters lengde er naturlig tidsavgrenset, men hvor lenge prosjekter varer vil variere kraftig.

En slik naturlig tidsavgrensning finnes også for sesongmessige arbeidstopper, men ikke for arbeidstoppene utenfor sesong. For sesongbaserte topper er tidsaspektet i større grad gitt ut ifra konteksten enn for arbeidstopper utenfor sesong. Ansettelsen varer ut sesongen, som normalt ikke varer lenger enn maksimalt noen måneder. Alt fra juletider, sommerferien og landbruks sesonger brukes som eksempel i forarbeidene.¹⁵⁴ På bakgrunn av en kontekstuell tolkning vil ansettelsen uansett ikke ha en varighet på ett år.

For arbeidstopper som ikke er tilknyttet sesong er det motsatt. Her har forarbeidene oppstilt ekstra vilkår, «kortvarig og uforutsett»¹⁵⁵, særskilt for disse arbeidstoppene. De har fått egne vilkår som kun gjelder for disse arbeidstoppene. Det at arbeidstoppene på denne måten behandles forskjellig i forarbeidene, i motsetning til å fastslå at de er like, taler mot at de uten videre skal forstås i sammenheng.

¹⁵⁴ Se for eksempel Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 202 og Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) s. 179.

¹⁵⁵ Se for eksempel Prop. 39 L (2014–2015) s. 103.

Alternativt kan de særskilte vilkårene forstås slik at terskelen kan sies å være enda høyere for de ikke-sesongbaserte arbeidstoppene enn for sesongtoppene. I så fall taler dette for at varigheten bør være *enda* kortere for topper som ikke er knyttet til sesong. Dette medfører at en sesong kan anses som en øvre ramme også for arbeidstopper utenfor sesong.

På tross av at arbeidstoppene har flere likhetstrekk, så foreligger det også forskjeller. Når arbeidsgiver i forarbeidene oppstiller særskilte vilkår kun for arbeidstopper utenfor sesong, synes det vanskelig å konkludere med at arbeidstoppene *må* ses i sammenheng på en slik måte at varigheten av en sesong også setter grensen for varigheten for arbeidstopper ellers. Ettersom de ikke-sesongbaserte toppene forekommer i svært ulike situasjoner, vil det for noen topper passe å forstå varigheten i tråd med sesongtilfellene, mens det for andre ikke passer like godt. På samme måte som fireårsregelen, er det naturlig å anse analysen som et ytterligere argument for at lovgiver bør regulere dette nærmere.

3.3.3.4 Eksempler fra rettspraksis

I det følgende skal det undersøkes om retten sier noe om varigheten, og hvordan de eventuelt har vurdert kravet til kortvarig konkret. Rettspraksis kan i så fall bidra som eksempler. Når det gjelder bruken og vekten av underrettspraksis viser jeg til drøftelsen i kapittel 1.4.

Det er naturlig å starte ved å igjen vise til Rt. 2001 s. 1413 (Norsk Folkehjelp). Her var mine-rydderen ansatt i nesten et og et halvt år, og vi er dermed godt over varigheten for sesongarbeid. Likevel ble ansettelsen av Høyesterett ansett som gyldig etter en konkret vurdering. Her må det fremheves at retten ikke synes å legge avgjørende på vekt på ansettelsens varighet, men heller virksomhetens særpreg.¹⁵⁶ Med henvisning til tidligere drøftelse, gir Norsk Folkehjelp-dommen, utover å si at det *er* adgang til å ansette midlertidig etter bokstav a også for å utføre ordinære arbeidsoppgaver, liten veiledning vedrørende ansettelsens varighet. Det avgjørelsen derimot kan ta til orde for er at helt særlige tilfeller heller bør lovfestes i en egen bokstav i § 14-9 andre ledd. Mer om en slik betraktning i kapittel 4.

I dommen fra Oslo tingrett av 2020 ble en programrådgiver ansatt midlertidig etter bokstav a. Grunnlaget for ansettelsen var at Oslo kommune hadde behov for en programrådgiver knyttet til introduksjonsprogrammet for flykninger, ettersom flykningskrisen i 2015 medførte en kraftig økning i antall flyktninger til Norge.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Om avgjørelsens virkning for oppgavens tema i kapittel 3.1.3.

¹⁵⁷ 20-040915TVI-OTIR/01 punkt 3.2

Etter en konkret vurdering kom tingretten til at ansettelsen, som varte i overkant av to år, var ugyldig. Det ble her antatt at kravet til kortvarighet måtte gjelde alle arbeidsavtalene mellom partene samlet. Selv om det var flere momenter som talte i samme retning, synes varigheten å være et avgjørende moment for utfallet i saken.¹⁵⁸ Retten uttalte at selv om det forelå en tidsbegrensing på to år, var dette å anse som «en ganske lang periode». Sammenholdt med andre momenter, trakk dette i retning av at det ikke var snakk om et midlertidig behov.¹⁵⁹

I LG-2013-97744 var en kirkegårdsbetjent ansatt midlertidig i seks måneder. Også her kom retten etter en konkret vurdering til at den midlertidige ansettelsen var ugyldig. Det var ikke tilstrekkelig bevist at det forelå en ekstraordinær situasjon, som var akutt og kortvarig. Retten uttaler at «[f]or retten er det her tilstrekkelig å nevne at ankemotparten var ansatt innpå seks måneder».¹⁶⁰ Retten kan tolkes slik at de anser det som utvilsomt at seks måneder *ikke* kan anses som tilstrekkelig kortvarig. I så fall taler dette for at hva som anses som kortvarig er under et halvt år. Det vil kunne være et argument for at hva som ligger i *kortvarig* bør ses i sammenheng med sesongtopper.

Et siste eksempel er LE-2014-84084. Saken gjaldt tre midlertidig sesongansatte ved en golfbane. Retten argumenterte, på bakgrunn av den lovforståelsen lagmannsretten har gitt uttrykk for under punkt 2, med at en driftssesong på ni måneder som utgangspunkt gir arbeidsgiver en rimelig mulighet til å organisere arbeidet og arbeidsforholdet slik at årets resterende tre måneder dekkes av arbeidsforholdet. Retten viser til at man her befinner seg utenfor de tilfellene der loven *særlig* skulle gi åpning for midlertidige ansettelse.¹⁶¹

Selv om saken gjelder sesongtopper, så kan en tilsvarende argumentasjon også anvendes for arbeidstoppene utenfor sesong. Nemlig at jo lenger ansettelsen varer, desto mer skal til for at ansettelsen anses som nødvendig.

Avgjørelsene sett i sammenheng, tyder på at grensen for varigheten i alle fall ligger nærme en sesong, og synes i alle fall ikke å åpne opp for at en ansettelse skal kunne være i over et år. Ettersom det i alle de nevnte dommene er foretatt en sammensatt vurdering med en vekting av flere forhold, kan det basert på dette ikke uten videre trekkes en grense for hvor lange midlertidig ansettelse kan vare for arbeidstoppene utenfor sesong på generelt grunnlag.

¹⁵⁸ 20-040915TVI-OTIR/01 punkt 3.3 jf. punkt 3.2.

¹⁵⁹ 20-040915TVI-OTIR/01 punkt 3.3.

¹⁶⁰ LG-2013-97744.

¹⁶¹ LE-2014-84084 punkt 4 jf. punkt 2.

3.3.3.5 Konklusjon av hva som er tilstrekkelig kortvarig

Oppsummert, er det uklart hvor langt ansettelsen kan strekke seg og fremdeles falle inn under kravet til at ansettelsen må være kortvarig. Rettstilstanden er med andre ord uklar, og det er få rettslige holdepunkter for å trekke en konklusjon utover dette.

På et teoretisk nivå kan det umiddelbart virke av liten betydning å avgjøre akkurat hvor lenge det er lovlig å ansette før ansettelsen ikke er kortvarig nok. Man kan tenke at et sted mellom noen måneder og et par år er lite for en gjennomsnittlig yrkeskarriere. Så hvorfor er dette aktuelt? Jo, fordi retten til å stå i stillingen ved tvist er av stor betydning for arbeidstaker. For arbeidstaker kan dette få store konsekvenser dersom vedkommende tvinges i en lang prosess, som tvister etter dagens regler nettopp er.¹⁶² Arbeid er jo tross alt helt nødvendig og uansett av stor betydning både når det gjelder helt nødvendige utgifter, kontinuitet i yrkeslivet og livskvalitet. I tillegg er det å ha en fast ansettelse i seg selv av stor betydning for arbeidstakers stabilitet og trygghet.

Dermed er det svært avgjørende om det er fireårsregelen eller eventuelt varigheten av en sesong som setter en øvre grense for varigheten av disse midlertidige ansettelsene knyttet til arbeidstopper utenfor sesong. Det er snakk om alt fra maksimalt noen måneder til fire år. Etter en gjennomgang av rettspraksis, synes retten i hvert fall tilbakeholden med å anse fireårsregelen som en ytre ramme.

Retten, og særlig i LG-2013-97744, synes heller å legge til grunn at hva som kan anses som kortvarig ligger nærmere en sesong. Dette taler for at hva som er kortvarig for arbeidstopper utenfor sesong, bør plasseres nærme det som gjelder for sesongtoppene. Det kan likevel ikke trekkes en sikker slutning om at det foreligger en ytre grense tilsvarende en sesong. Det vil dermed være opp til lovgiver og eventuelt Høyesterett å avklare dette nærmere.

På denne bakgrunn er det etter mitt syn usikkert hvor lenge en midlertidig ansettelse for å utføre ordinære arbeidsoppgaver ved arbeidstopper utenfor sesong kan vare. Det som derimot for meg virker sikkert, er at vilkårene «kortvarig og uforutsett» er nærmest umulig å håndtere. Gode grunner taler for at lengden for de arbeidstoppene utenfor sesong bør avklares.¹⁶³

¹⁶² Se kapittel 2.4.2.

¹⁶³ Se kapittel 4 om behovet for nærmere regulering og noen tanker rundt hvordan dette *kan* gjøres.

3.4 En samlet konkret helhetsvurdering

Som nevnt flere ganger, vil spørsmålet om den enkelte ansettelsen faller inn under ordlyden bero på en konkret helhetsvurdering.¹⁶⁴ Dette gir en henvisning til at det ikke er noe eksplisitt svar på hvilke momenter som kan ha relevans. Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) s. 165–166 peker blant annet på nødvendigheten for å ansette midlertidig, et saklig behov, ryddig organisering og klare forutsetninger som relevante momenter.¹⁶⁵

Et eksempel hvor retten legger avgjørende vekt på flere forhold på arbeidsgivers side, er tingrettsdommen fra 2020. Blant annet anser retten Oslo kommune som *en* arbeidsgiver. Dette får betydning når retten vurderer hvilke muligheter arbeidsgiver har til å organisere arbeidet, slik at arbeidstaker kan ansettes fast. Hensynet til arbeidstakers usikkerhet ved stadige forlengelser og arbeidstakers tilknytning til virksomheten var momenter av stor betydning.¹⁶⁶

Arbeidstopper forekommer i mange ulike bransjer. Dette vil påvirke hvilke momenter som er aktuelle i saken. Formålet i denne delen av oppgaven er naturligvis ikke å gi en uttømmende oversikt over aktuelle momenter, men å kort kaste lys over noen aktuelle momenter som knytter seg spesielt til midlertidige ansettelse for utførelse av ordinære arbeidsoppgaver ved arbeidstopper. Fokuset vil særlig ligge på nødvendigheten av å ansette midlertidig for disse tilfellene.

La oss vende tilbake til utgangspunktet, nemlig at behovet for å ansette noen midlertidig må være tidsbegrenset.¹⁶⁷ Dermed kan det anses som en forutsetning at ansettelsen ikke varer for lenge. Gjør den det, så taler dette for at det foreligger et permanent behov hos arbeidsgiver.¹⁶⁸ Dersom behovet for eksempel opphører underveis, taler dette for at ansettelsen ikke lenger er lovlig. Dette kan sammenlignes med fast ansettelse, hvor et av vilkårene er at ansettelsen reelt sett må være fast. Tilsvarende må midlertidige ansettelser reelt sett være kortvarige.

Er situasjonen slik at behovet viser seg å fortsette å vare over lengre tid, for eksempel gjennom stadige forlengelser, så taler dette for at det foreligger et permanent behov. Det må altså være *nødvendig* å organisere arbeidet gjennom en tidsbegrenset avtale.¹⁶⁹ Dersom arbeidsgiver har mulighet til å organisere arbeidet på en annen måte slik at det ikke er nødvendig, vil

¹⁶⁴ Se for eksempel Rt. 2001 s. 1413.

¹⁶⁵ Disse momentene henvises også til i for eksempel LE-2014-84084 punkt 2.

¹⁶⁶ 20-040915TVI-OTIR/01 punkt 3.3.

¹⁶⁷ Fougner (2018) s. 713.

¹⁶⁸ Fougner (2019) s. 752.

¹⁶⁹ Fougner (2018) s. 713–714.

dette tale for at ansettelsen etter en konkret helhetsvurdering er ulovlig. Nødvendighetsmomentet oppfordrer arbeidsgiver til å se virksomhetens forhold i en helhetlig sammenheng.

Som vist over, peker lagmannsretten på at jo lenger ansettelsen varer, desto mer skal til for at ansettelsen anses som nødvendig.¹⁷⁰ Dette viser hvordan nødvendighet er tett knyttet opp til ansettelsens lengde. Varigheten er dermed et avgjørende, men uklart, moment for ansettelse ved arbeidstopper. Her kan det vises til argumentasjonen knyttet til grunnbemanningslæren, som ble redegjort for i kapittel 2.4.3. Det kan tenkes at en arbeidstaker har blitt ansatt for å utføre ordinære arbeidsoppgaver på grunnlag av en arbeidstopp, og at arbeidskontrakten blir forlenget flere ganger. Dette kan medføre en situasjon hvor hver enkelt ansettelse i seg selv er lovlig, men fordi virksomheten stadig har et slikt behov, kan det argumenteres for at virksomheten har behov for økt grunnbemanning.

For de tilfellene hvor det stadig oppstår arbeidstopper med behov for midlertidig ansatte, kan det argumenteres for at virksomheten likegodt kan ansette en fast. Tanken er at virksomheten da heller har et mer permanent behov for denne arbeidskraften. Man kan da også anføre at det ikke lenger dreier seg om uforutsette behov. Dermed er det ikke nødvendig å dekke behovet gjennom midlertidig ansettelse etter bokstav a.

Videre kan arbeidsgivers drøftingsplikt sies å ha to nivåer.¹⁷¹ For det første skal arbeidsgiver vurdere om det er et lovlig grunnlag for den enkelte ansettelsen. Dersom det ikke foreligger et slikt grunnlag, taler dette for at ansettelsen etter en helhetsvurdering er ulovlig. For det andre er tanken at arbeidsgiver nettopp skal se overordnet på de midlertidige ansettelsene i virksomheten, og på dette grunnlaget ta stilling til behovet og andre muligheter. Dette er en vurdering i et større og mer helhetlig perspektiv. De midlertidige ansettelsene kan dermed være lovlig, men samtidig unødvendig. Nødvendigheten av å ansette midlertidig fremfor fast er en viktig del av drøftelsesplikten for midlertidig ansettelse ved utførelse av ordinære arbeidsoppgaver.

Grunnbemanningslæren kan virke mer aktuell for arbeidstopper som ikke er sesongbaserte, sammenlignet med øvrige grunnlag etter bokstav a. Det er på bakgrunn av konklusjonen om at fireårsregelen ikke kan anses som en ytre ramme for arbeidstopper utenfor sesong, med den begrunnelse at en varighet på fire år synes utenfor hva som er lovlig i disse tilfellene. Det synes likevel fjernt å anvende grunnbemanningen for arbeidstopper knyttet til sesong. Det er fordi begrunnelsen for å godta slike midlertidige ansettelse nettopp er at det *ikke* er et økt

¹⁷⁰ LE-2014-84084 punkt 4. Her viser lagmannsretten til at når ansettelsen varte i ca. 9 måneder og arbeidsgiver hadde mulighet til å omorganisere, var det ikke nødvendig å ansette de tre mennene midlertidig.

¹⁷¹ Om drøftingsplikten i kapittel 3.2.5.

gunnbemanningsbehov. Etter mitt syn virker behovet for å anvende grunnbemanningslæren betydelig og særlig aktuelt for de ikke-sesongbaserte arbeidstoppene.

3.5 Konklusjon

Svaret på om det er adgang til å ansette midlertidig etter bokstav a for utførelse av ordinære arbeidsoppgaver ved arbeidstopper, og hvor lenge en slik ansettelse i så fall kan vare, er sammensatt. Som vist, gjelder bokstav a i utgangspunktet for arbeidsoppgaver som skiller seg fra det ordinære. Det kan likevel være adgang til en slik ansettelse ved markerte endringer i arbeidsmengde som enten knytter seg til sesongtopper eller andre arbeidstopper. Som vist, gir ordlyden ingen veiledning og de rettslige holdepunktene for en slik adgang er forarbeidsuttalelser sammenholdt med Norsk Folkehjelp-dommen. Dette har blitt videreført i underrettspraksis og juridisk litteratur, noe som gjør at det ikke er tvilsomt at en slik adgang foreligger.

Sesongrelaterte arbeidstopper må være sterkt sesongpreget, og vurderes ut ifra lengden på den aktuelle sesongen. Dersom det foreligger en ekstraordinær situasjon som knytter seg til arbeidstopper som ikke er sesongpreget, må situasjonen være både være uforutsett og kortvarig. Vilkårene er nødvendige, men ikke tilstrekkelige. Dermed kan ansettelsen etter en konkret helhetsvurdering likevel være ulovlig, til tross for at disse to vilkårene er oppfylt. Som vist over er nødvendigheten et sentralt moment i vurderingen for disse tilfellene. Dette taler for at det er en høyere terskel for å ansette midlertidig etter bokstav a for å utføre ordinære arbeidsoppgaver, og kanskje en ytterligere høy terskel for akkurat arbeidstoppene som ligger utenfor sesongtilfellene.

Etter analysen over er det naturlig å konkludere med at det er uavklart hvor lenge en slik ansettelse kan vare. Det foreligger et krav om at ansettelsen må være kortvarig, men hva som nærmere ligger i dette er usikkert. På tross av at det kan argumenteres for både at fireårsregelen ikke kan anvendes som en ytre ramme i disse særlige tilfellene, og at kravet til kortvarighet tolkes i lys av det tidsrommet som gjelder for sesongbaserte topper, er det nærliggende å konkludere med at det er usikkert hvor lenge ansettelsen kan vare for å innfri kravet til kortvarighet. Rettstilstanden er uavklart, og det foreligger få rettslige holdepunkter for å ta stilling til spørsmålet om varighet.

4 Avsluttende betraktninger

På bakgrunn av den øvrige fremstillingen, vil jeg i det følgende kommentere hensiktsmessigheten av utformingen av nåværende bestemmelse i forhold til midlertidig ansettelse for å utføre ordinære arbeidsoppgaver i forbindelse med arbeidstopper.

På den ene siden er behovet for midlertidig ansettelse i forbindelse med arbeidstopper svært ulikt fra virksomhet til virksomhet, spesielt for arbeidstopper utenfor sesong. Det er arbeidsgiver som er nærmest til å vurdere virksomhetens behov. En skjønnsmessig regel hvor det foretas en konkret helhetsvurdering kan derfor være hensiktsmessig. Kompleksiteten og variasjonen i forholdene som bestemmelsen skal regulere gjør det vanskelig å regulere dette presist.

I tillegg vil en skjønnspreget regel gjøre det enklere å tilpasse bestemmelsens innhold i tråd med samfunnsutvikling uten å måtte gjøre hyppige lovendringer. Koronapandemien er et eksempel på at det vil kunne være behov for å i større grad åpne opp for midlertidige ansettelser for å stimulere til økonomisk vekst og mindre arbeidsledighet. Samtidig kan det vises til at bokstav f langt på vei er tilstrekkelig for slike situasjoner.¹⁷² Dette taler for at nåværende regulering er tilstrekkelig.

På den andre siden har vi sett hvordan vernehensynet står sterkt, og utgjør et viktig grunnlag for hvorfor fast ansettelse er hovedregelen og midlertidig ansettelse er et unntak.¹⁷³ De arbeidstakerne som har mulighet til å takke ja til midlertidig ansettelser i forbindelse med uforutsette og kortvarige arbeidstopper, er gjerne personer som i arbeidssammenheng er i ekstra sårbare posisjoner. Som vi har sett, har den lovlige varigheten stor praktisk betydning. Vernehensynet taler for at nåværende regulering ikke er tilstrekkelig.

I tillegg er det slik at en nærmere regulering ikke bare er viktig for å beskytte arbeidstakere. Det må antas at de fleste arbeidsgivere ønsker å ansette på lovlig vis. Problemet er at det verken for arbeidsgiver, arbeidstaker eller jurister er enkelt å finne frem til hva som er en lovlig ansettelse etter bokstav a, og da særlig ved arbeidstopper utenfor sesong. Det er spesielt problematisk at den lovlige varigheten er uklar, og særlig dersom «kortvarig» tolkes i lys av fireårsregelen som en ytre ramme.

¹⁷² Se kapittel 2.2.

¹⁷³ Se kapittel 2.3.

I disse tilfellene synes rimelighetshensyn og hensynet til å unngå omgåelse av reglene å tale for at arbeidstaker har fått en såpass sterk tilknytning til arbeidsplassen at vedkommende bør omfattes av stillingsvernet.

Det er for arbeidstakers del nærmest umulig å vite hvor lang periode arbeidstaker kan ansettes for. Når verken ordlyden, forarbeider eller rettspraksis gir et tilstrekkelig tydelig svar på dette, hvordan kan det da forventes at arbeidsgiver klarer å handle i tråd med reglene? Som vist, kan arbeidsgiver bli erstatningsansvarlig i disse tilfellene.¹⁷⁴ Dette kan virke uforholdsmessig inngripende dersom arbeidsgiver ikke etter en rimelig innsats kan lese ut ifra bestemmelsen hva som er gjeldende rett. Det er heller ikke sikkert at hjelp fra en jurist vil være tilstrekkelig. Dermed taler innrettelseshensyn for at nåværende regulering ikke er tilstrekkelig.

Det er viktig for både arbeidsgiver og arbeidstaker at både grunnlaget og den påfølgende lengden er tilstrekkelig regulert. Dette bidrar til ryddige arbeidsforhold og prosesser knyttet til ansettelse og avslutning av arbeidsforhold. Dette vil igjen skape tydelighet og forutsigbarhet for begge parter. I tillegg vil en slik klargjøring kunne bidra til å redusere antall konflikter mellom partene, herunder unngå at konflikten ender opp som tvist for domstolene. Slike tvister er ressurskrevende for både partene og samfunnet.

På bakgrunn av dette, er min oppfatning at det foreligger et klart behov for å regulere midlertidig ansettelse for å utføre ordinære arbeidsoppgaver ved arbeidstopper utenfor sesong på en betraktelig mer presis måte. Både når det gjelder å tydeliggjøre adgangen til å ansette midlertidig på dette grunnlaget, og ytterligere veiledning knyttet til varighetene av disse ansettelsene. Likevel må nok reglene fortsatt til en viss grad være skjønnsmessig.

Et første alternativ er å regulere dette tydeligere i ordlyden. For eksempel vil adgangen til å ansette ved arbeidstopper, i tråd med uttalelsen i Norsk Folkehjelp-dommen, kunne kodifiseres i en egen bokstav. For eksempel under betegnelsen «utføring av ordinære arbeidsoppgaver», og dermed inkludert sesongtopper og topper utenfor sesong. Et annet alternativ er å kun trekke ut arbeidstoppene utenfor sesong fra bokstav a og plassere de i en egen bokstav i bestemmelsen.

Et tredje alternativ er å gjøre slik som det nylig ble gjort for fast ansettelse i første ledd, som er å trekke inn etablert praksis som en del av ordlyden i bokstav a. På denne måten vil det blant annet kunne presiseres at det ikke er et absolutt vilkår at arbeidet skiller seg fra det ordinære, slik at arbeidstopper faller inn under bestemmelsen. Særlig klargjørende synes det å

¹⁷⁴ Se kapittel 3.4.2.

være dersom det presiseres hvorvidt arbeidstoppenes varighet skal ses i sammenheng eller ikke. Som et siste eksempel kan det også angis i syvende ledd at fireårsregelen ikke kan anses som en ytre ramme for arbeidstopper utenfor sesong.

En annen måte å sikre at reglene blir overholdt, er å åpne opp for tilsyn.¹⁷⁵ Arbeidstilsynet kan for eksempel gis kompetanse til å føre tilsyn med virksomhetene. Som vist i kapittel 2.4.2, er det ikke adgang til å ilegge straff eller for andre instanser, slik som arbeidstilsynet, å fatte enkeltvedtak på bakgrunn av brudd på reglene om midlertidig ansettelse. Dersom det åpnes for en slik adgang, kan dette tenkes å bidra til at arbeidsgivere strekker seg lenger i å forsikre seg om at ansettelsen er lovlig.

Ettersom domstolsprosessen er både lang og kostbar for partene, vil det også kunne være et alternativ å innføre en nemnd, på lik linje med diskrimineringsnemda, som kostnadsfritt og på en nøytral måte kan behandle klager på saker om ulovlig midlertidig ansettelse. Avgjørelsene vil også kunne fungere som en veiledning for andre arbeidsgivere og arbeidstakere. Likevel vil større grad av lovregulering gi mindre behov for tilsyn, som tross alt er mer kostnads- og ressursbesparende for partene og samfunnet ellers.

¹⁷⁵ Som vist i kapittel 2.4.2 foreligger det ikke en slik adgang.

5 Litteraturliste

Litteratur

- Benson (2019) Benson, Thomas. *Arbeidsrettsboka*. 3. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2019.
- Dagsavisen (2021) Dagsavisen. «Alenemor måtte kjempe i retten mot Oslo for å få fast jobb etter 11 år. Nå gir byrådet seg.» *Dagsavisen*, 04. februar 2021
<https://www.dagsavisen.no/oslo/nyheter/2021/02/04/alenemor-matte-kjempe-i-retten-mot-oslo-for-a-fa-fast-jobb-etter-11-ar-na-gir-byradet-seg/>
hentet 15.04.2021.
- Dagsavisen (2020) Dagsavisen. «Kolonial.no øker bemanningen for å møte større pågang under koronautbruddet.» *Dagsavisen*, 12. mars 2020
<https://www.dagsavisen.no/nyheter/innenriks/2020/03/12/kolonialno-okker-bemanningen-for-a-mote-storre-pagang-under-koronautbruddet/>
hentet 10.05.2021.
- Engelsrud (2016) Engelsrud, Gerd. «Tidsbegrenset midlertidig ansettelse på generelt grunnlag.» *Arbeidsrett* vol. 13, nr. 1 (2016) s. 91–103. [Sitert fra Idunn.no].
- Fougner (2009) Fougner, Jan. «Læren om fast ansettelse ved varig behov.» *Arbeidsrett* vol. 6, nr. 1 (2009) s. 98–104. [Sitert fra Idunn.no].
- Fougner (2018) Fougner, Jan mfl. *Arbeidsmiljøloven: Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.: Lovkommentar*, 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Fougner (2019) Fougner, Jan. *Norsk arbeidsrett: Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.

- 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* vol. 16, nr. 1 (2019), s. 202–220 [Sitert fra Idunn.no].
- Høgberg (2019) Høgberg, Alf Petter. «Domstols praksis som rettskildefaktor.» I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 271–272.
- Høgberg (2019) Høgberg, Alf Petter. «Reelle hensyn.» I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 345–346.
- Johansen (2020) Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland (red.) *Arbeidsmiljøloven: Kommentarer og praksis*. 3. utg., Oslo: Gyldendal, 2020.
- Mæhle (2019) Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aaril. «Juridisk metode for morgendagens jurister.» I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 120–131.
- Norsk Psykologiforening (2020) Norsk Psykologiforening. «Revidert nasjonalbudsjett. Stortinget må prioritere psykisk helse post korona.» (28.05.2020)
<https://www.psykologforeningen.no/foreningen/aktuelt/aktuelt/stortinget-maa-prioritere-psykisk-helse-post-korona> hentet. 03.05.21.

- Skarning (2013) Skarning, Nicolay. *Midlertidige ansettelse, innleie og vikarbrådirektivet*. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Skjønberg (2017) Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt. *Individuell Arbeidsrett*. 2. utg., Oslo: Gyldendal, 2017.
- Søreide (2017) Søreide, Christel. «Grensen mellom fast og midlertidig ansettelse.» *Arbeidsrett* vol. 14, nr. 1 (2017) s. 113–127. [Sitert fra Idunn.no].
- Tuseth (2018) Tuseth, Bård Sverre og Nikolai K. Winge. *Masteroppgave i juss*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Wik (2020) Wik, Jonas Thorsdalen. «Kravet til «forutsigbarhet for arbeid» etter aml. § 14-9 første ledd». *Arbeidsrett* vol. 17, nr. 2 (2020) s. 101–113. [Sitert fra Idunn.no].
- Lovgivning**
- 1915 Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstol-loven).
- 1977 Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven). [Opphevet].
- 2005 Lov 2. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler (universitet- og høyskoleloven).
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

2013	Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven).
2017	Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statsansatte mv. (statsansatteloven).
Forarbeider	
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. 49 (2004–2005)	<i>Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).</i>
Ot.prp. nr. 24 (2005–2006)	<i>Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).</i>
Ot.prp. nr. 54 (2008–2009)	<i>Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skrift- og turnusarbeidere mv.).</i>
Prop. 39 L (2014–2015)	<i>Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livs- opphold).</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. 1988 s. 746

Rt. 1989 s. 1116

Statfjorddommen

Rt. 2000 s. 1602

Nøkk-dommen

Rt. 2000 s. 1314

Norsk Folkehjelp

Rt. 2005 s. 826

Bråthen-dommen

Rt. 2006 s. 1158

Ambulansedommen

Rt. 2009 s. 578

Sykehuset Innlandet

LG-2013-97744

LE-2014-84084

20-040915-TVI-OTIR/01

Oslo tingrett, 06.10.2020.

EU-direktiv

Dir 1999/70 EF

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