

UiO : **Det juridiske fakultet**

Adgangen til å ansette midlertidig i bemanningsforetak etter aml. § 14-9 første ledd

Kandidatnummer: 788

Leveringsfrist: 25.04.15

Antall ord: 16 708



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Om emnet og problemstillingen.....	1
1.2	Rettskilder	4
1.3	Begreper	5
1.4	Avgrensning og videre fremstilling	6
2	DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKTET	8
2.1	Hovedregel om fast ansettelse.....	8
2.2	Vilkårene for midlertidig ansettelse	11
2.2.1	Generelt om midlertidig ansettelse	11
2.2.2	Om arbeidets karakter tilsier det.....	12
2.2.3	Midlertidig ansettelse i vikariat	16
2.3	Adgangen til å leie inn arbeidskraft fra bemanningsforetak	18
3	MIDLERTIDIG ANSETTELSE I BEMANNINGSFORETAK	20
3.1	Hva slags arbeid som (ordinært) utføres i bemanningsforetak	20
3.2	Midlertidig ansettelse når arbeidets karakter tilsier det	21
3.2.1	Om arbeidstaker kan ansettes midlertidig for å leies ut på oppdrag.....	21
3.2.2	Avskjæring ved løpende tilgang på oppdrag	24
3.2.3	Oppdrag bestående av annet arbeid	25
3.2.4	Markerte forskjeller i arbeidsmengde.....	28
3.2.5	Bemanningsforetak er sårbare for variasjoner i etterspørsel	31
3.2.6	Forlengelse av den midlertidige ansettelsen.....	33
3.3	Midlertidig ansettelse i vikariat.....	34
3.3.1	Ansettelse for å utføre arbeid i stedet for en annen eller andre	34
3.3.2	Forlengelse eller fornyelse av vikariatansettelsen	36
3.3.3	Den ulovfestede læren om retten til fast ansettelse ved et varig arbeidskraftbehov	38
3.3.4	Den ulovfestede læren anvendt på vikariatansettelser i bemanningsforetak	41
3.4	Generell adgang til midlertidig ansettelse i inntil tolv måneder	48
4	OPPSUMMERING	51
	LITTERATURLISTE.....	53

1 Innledning

1.1 Om emnet og problemstillingen

Emnet for avhandlingen er arbeidsmiljølovens¹ vilkår for midlertidig ansettelse anvendt på ansettelser i bemanningsforetak.

Norsk arbeidsliv er preget av at hoveddelen av arbeidstakerne er ansatt fast og at flesteparten av ansettelsene skjer direkte mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Med direkte ansettelse menes at det er en topartsrelasjon mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren.² Ansettelser i bemanningsforetak skiller seg fra dette ved at arbeidsforholdet består av en trepartsrelasjon, mellom arbeidsgiver, arbeidstaker og oppdragsgiver.³ Mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren er det et ansettelsesforhold, mens det mellom arbeidsgiveren og oppdragsgiveren (innleievirksomheten) er et kontraktsforhold. Selv om det er bemanningsforetaket som er arbeidsgiveren, vil arbeidstakeren være underlagt oppdragsgivers instruksjonsmyndighet under utførelsen av et oppdrag. Oppdragsgiveren vil videre ha ansvaret for å ivareta arbeidsmiljøhensyn overfor arbeidstakeren.⁴

Et annet særtrekk ved ansettelser i bemanningsforetak er at de er kortvarige og at det er høy gjennomstrømming i bransjen.⁵ Av de som var sysselsatte i bemanningsbransjen i 2007 var det kun en fjerdedel som fremdeles var ansatt i samme bransje to år senere. I 2010 var tallet nede i 20 prosent i forhold til 2007. Dette må både ses i sammenheng med at mange arbeidstakere er nyutdannede med korte oppdrag, og med at ansettelsesforholdet kan opphøre i perioden mellom oppdrag.⁶ At noen arbeidstakere har påfølgende midlertidige ansettelser i bemanningsforetak illustreres av at tolv prosent av nyansatte i 2010 arbeidet i samme foretak i 2009.⁷

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

² Prop.74 L (2011-2012) s. 8.

³ Prop.74 L (2011-2012) s. 8.

⁴ Prop.74 L (2011-2012) s. 25.

⁵ Fafo- rapport 2011: 33 s. 14.

⁶ Prop.74 L (2011-2012) s. 20.

⁷ Prop.74 L (2011-2012) s. 20.

Lovgiver har lagt til grunn at bemanningsbransjen spiller en viktig rolle i norsk arbeidsliv, fordi den gir virksomheter mulighet til å dekke opp for svingninger i arbeidskraftbehovet eller midlertidig fravær blant deres arbeidstakere. Alternativene til arbeidsleie i perioder med økt arbeidskraftbehov kan være overtidspress og bruk av midlertidige ansettelser. Lovgiver la imidlertid til grunn at bemanningsbransjen for å ha en slik effekt må være gjennomgående seriøs. Videre må ikke omfanget av innleie og arbeidsvilkårene i bemanningsforetakene undergrave målene om et arbeidsmarked dominert av faste ansettelser, høy organisasjonsgrad og ansettelsesavtaler som inngås direkte mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.⁸

I perioden mellom 1971 og 2000 gjaldt det et generelt forbud mot utleie av arbeidskraft i Norge. Forbudet fulgte av sysselsettingsloven § 27.⁹ Gjennom forskrift ble det gjort unntak fra forbudet for utleie til arbeid i kontorsektoren. I tillegg kunne det etter søknad gis en generell dispensasjon eller dispensasjon for et enkelt oppdrag innenfor andre yrkessektorer enn kontorarbeid.¹⁰ Ved opphevelsen av forbudet i 2000, ble utleie av arbeidskraft tillatt innenfor alle områder av arbeidslivet.¹¹ Adgangen til utleie følger i dag av arbeidsmarkedsloven § 25.¹² Siden opphevelsen av forbudet har bemanningsbransjen økt i omfang.¹³ Mens det i 1999 var 207 bemanningsforetak i Norge, økte antallet til 927 i 2010. I 2010 utgjorde bemanningsbransjen litt under to prosent av det norske arbeidsmarkedet.¹⁴ Bransjen er imidlertid sterkt konjunkturutsatt, slik at antallet sysselsatte varierer.¹⁵

Hovedregelen i norsk rett er at arbeidstakere skal ansettes fast, jf. aml. § 14-9 første ledd første punktum. Bestemmelsen åpner i likevel for midlertidig ansettelse etter fem alternative vilkår. Vilkårene følger av aml. § 14-9 første ledd bokstav a til e. Bestemmelsen åpner for midlertidig ansettelse om arbeidets karakter tilsier det, i vikariat, i praksisarbeid, som ledd i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller samarbeid med Arbeids- og velferdsetaten, eller for bestemte stillinger innen den organiserte idretten.

⁸ Prop.74 L (2011-2012) s. 8.

⁹ Lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven) (Opphevet).

¹⁰ Ot.prp. nr. 70 (1998-99) s. 7.

¹¹ Ot.prp. nr. 70 (1998-99) s. 44.

¹² Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven).

¹³ Fafo- rapport 2013: 20 s. 7.

¹⁴ Fafo- rapport 2013: 20 s. 22.

¹⁵ Prop.74 L (2011-2012) s. 15-16.

Bruken av midlertidige ansettelser er utstrakt i bemanningsbransjen. I 2008/ 2009 var 43 prosent av arbeidstakerne i bemanningsforetakene midlertidig ansatt.¹⁶ Til sammenligning utgjorde andelen midlertidig ansatte i underkant av åtte prosent av det totale arbeidsmarkedet i siste kvartal i 2014.¹⁷ Denne andelen har ligget stabilt på under ti prosent siden år 2000.¹⁸ Som det fremkommer av disse tallene er andelen arbeidstakere som er midlertidig ansatt i bemanningsforetak mye høyere enn andelen i norsk arbeidsliv totalt sett. Selv om bemanningsbransjen utgjør en liten del av det norske arbeidslivet, gjør omfanget av midlertidig ansettelser i denne bransjen det interessant å vurdere nærmere hvordan slike ansettelser forholder seg til lovens regulering.

I forarbeidene til likebehandlingskravet har det blitt lagt til grunn at det er midlertidig ansettelse på grunn av arbeidets karakter eller i vikariat som er mest praktisk i bemanningsforetak.¹⁹ Det er derfor naturlig å avgrense den videre fremstillingen til disse to alternativene.

Den 24. mars 2015 fattet Stortinget vedtak om et tillegg til arbeidsmiljølovens bestemmelse om midlertidig ansettelse. Tillegget går ut på at det skal være en generell adgang til midlertidig ansettelse i en periode på inntil tolv måneder.²⁰ Endringen innebærer en utvidelse i adgangen til midlertidig ansettelse i forhold til det som har vært gjeldende rett frem til nå. Endringen har per 24. april 2015 ennå ikke blitt gjennomført.²¹

Lignende tillegg har vært foreslått tidligere. I denne forbindelse vises det til at arbeidsmiljøloven ved vedtakelsen i 2005 inneholdt et tilleggsvilkår i bokstav g om at arbeidstaker kunne ansettes midlertidig i seks måneder, med adgang til fornyelse i ytterligere seks måneder.²² En slik utvidelse av adgangen til midlertidig ansettelse var politisk omstridt, og tilleggsvilkåret ble opphevet før lovens ikrafttredelse 1. januar 2006.²³ Det er derfor av interesse for avhand-

¹⁶ Prop.74 L (2011-2012) s. 17.

¹⁷ <http://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/statistikker/aku>. Det opplyses på nettsiden at publisering av neste kvartalsrapport er 30.04.15.

¹⁸ Johansen og Stueland (2011) s. 567.

¹⁹ Prop.74 L (2011-2012) s. 29-30.

²⁰ Lovvedtak 54 (2014-2015).

²¹ Se <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=61527> for oversikt over saksgang.

²² Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 363.

²³ Endringslov nr. 121/ 2005.

lingen å knytte noen vurderinger til hvor stor betydning lovtillegget kan antas å få for ansettelser i bemanningsforetak.

Problemstillingen for avhandlingen er etter dette: Når har et bemanningsforetak adgang til å midlertidig ansette en arbeidstaker som skal leies ut etter aml. § 14-9 første ledd?

1.2 Rettskilder

Den sentrale rettskilden for vurderingen av problemstillingen er aml. § 14-9 første ledd. Bestemmelsen regulerer ansettelser av arbeidstakere i privat og kommunal sektor.²⁴ Etter aml. § 1-8 skal arbeidstaker forstås som «enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste.» At ansettelser i bemanningsforetak reguleres av aml. § 14-9 er også lagt til grunn i forarbeidene til opphevelsen av forbudet mot utleie av arbeidskraft, og i forarbeidene til kravet om likebehandling ved utleie av arbeidstakere.²⁵

Regelen i aml. § 14-9 viderefører det som var gjeldende rett etter den tidligere arbeidsmiljøloven 1977²⁶ § 58 A.²⁷ Av denne grunn vil forarbeider og rettspraksis knyttet til den tidligere loven fremdeles være av betydning. Også disse rettskildene vil vektlegges i vurderingene som foretas i avhandlingen.

Internasjonale rettskilder stor betydning på arbeidsrettens område.²⁸ I forbindelse med implementeringen av EUs direktiv for midlertidige ansettelser²⁹ og EUs bemanningsdirektiv³⁰ har det blitt lagt til grunn at norsk rett, etter visse endringer, er i samsvar med det som følger av disse direktivene.³¹ Omfanget på avhandlingen tillater ikke en vurdering av hvorvidt lovgivers antagelser på dette punktet er riktig. Bestemmelser i direktivene vil derfor ikke behand-

²⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 202.

²⁵ Jf. Ot.prp. nr. 70 (1998-99) s. 17 og Prop.74 L (2011-2012) s. 29.

²⁶ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (heretter arbeidsmiljøloven 1977) (Opphevet)

²⁷ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 5.

²⁸ Jakhelln (2009) s. 546.

²⁹ Rdir. 1999/70/EF.

³⁰ EP/Rdir. 2008/104/EF.

³¹ Ot.prp. nr. 64 (2001-2002) s. 2 og Prop.74 L (2011-2012) s. 7.

les nærmere i avhandlingen. Heller ikke andre internasjonale rettskilder vil behandles nærmere.

1.3 Begreper

Med bemanningsforetak menes en virksomhet som har til formål å drive utleie av arbeidskraft. Definisjonen følger av overskriften i aml. § 14-12, sammenholdt med første ledd hvor det fremgår at det er utleie av arbeidskraft det er tale om. At en virksomhet har dette formålet kan kjennetegnes ved at den ikke har, eller i liten grad har, noen egenaktivitet utover utleie.³² I grensedragningen mellom bemanningsforetak og produksjonsvirksomheter er det relevant å ta i betraktning omfanget og hyppigheten av utleie, og hvor stor del av virksomheten utleie utgjør. Virksomheter som har utleie til formål vil regelmessig leie ut ansatte og ha innrettet virksomheten etter dette. Dette istedenfor at utleie av arbeidskraft kun skjer sporadisk, på grunn av et overskudd på arbeidskraft.³³ Som eksempel på virksomheter som ikke anses for å ha til formål å drive utleie nevner forarbeidene produksjonsvirksomheter innen olje- og verkstedindustrien.³⁴

Istedenfor bemanningsforetak benyttes ofte begrepet «vikarbyrå».³⁵ I avhandlingen vil jeg konsekvent benytte begrepet bemanningsforetak, med unntak for der annet begrep er benyttet i kilde som siteres. Begrepet «vikar» vil i avhandlingen benyttes om arbeidstaker som er midlertidig ansatt for å utføre arbeid i stedet for en annen eller andre, jf. vilkåret i aml. § 14-9 første ledd bokstav b.³⁶

Ordlyden i aml. § 14-12 inneholder ikke noen nærmere definisjon på hva som er utleie. Definisjonen av begrepet følger av arbeidsmarkedsloven § 25 annet ledd. Av bestemmelsen fremgår det at det med «utleie av arbeidstakere menes leie av arbeidstakere fra en arbeidsgiver (utleier) til en oppdragsgiver (innleier) der de innleide er underlagt oppdragsgivers ledelse». Utleievirksomheten stiller arbeidskraft til innleievirksomhetens disposisjon for en viss tidspe-

³² NOU 1998: 15 s. 134.

³³ Ot.prp. nr. 70 (1998-99) s. 44.

³⁴ Ot.prp. nr. 70 (1998-99) s. 49.

³⁵ Se for eksempel Prop.74 L (2011-2012) s. 21 (heretter omtalt som forarbeidene til likebehandlingskravet).

³⁶ Se Prop.74 L (2011-2012) s. 21, hvor det vises til forskjellige begreper som benyttes.

riode. Arbeidstakeren som leies ut kan være fast eller midlertidig ansatt i utleievirksomheten.³⁷

I avhandlingen benyttes ofte begrepene arbeidsgiver og oppdragsgiver. Disse begrepene er av forskjellig innhold og det er derfor viktig å definere hva som skiller dem fra hverandre. Med «arbeidsgiver» siktes det i avhandlingen til bemanningsforetaket hvor arbeidstakeren har sitt ansettelsesforhold. Det er i følge forarbeidene bemanningsforetaket som i de fleste tilfeller har det ansvaret som loven pålegger arbeidsgivere.³⁸ Med «oppdragsgiver» menes den virksomheten som leier inn arbeidskraft fra bemanningsforetaket.³⁹ Enkelte steder i avhandlingen er begrepet «innleievirksomhet» benyttet om det samme. Bruken av begrepene kan variere etter som det er relasjonen til bemanningsforetaket eller arbeidstakeren det er tale om. Der disse begrepene brukes i avhandlingen vil det i begge tilfeller være tale om den virksomheten som leier inn arbeidskraft.

1.4 Avgrensning og videre fremstilling

Vurderingene i avhandlingen er avgrenset til de første alternativene midlertidig ansettelse, som er når arbeidets karakter tilsier det og i vikariat. Det nærmere innholdet i de to vilkårene vil bli nærmere presentert i kapittel 2. Det ses i avhandlingen bort fra midlertidig ansettelse med grunnlag i tariffavtale og midlertidig ansettelse på åremål.⁴⁰ Avhandlingen avgrenses videre mot midlertidig ansettelse etter andre lover enn arbeidsmiljøloven.⁴¹ Videre avgrenses avhandlingen mot innleie fra produksjonsbedrifter, som det er adgang til i medhold av aml. § 14-13. Produksjonsvirksomheter er etter definisjonen i overskriften til aml. § 14-13 å forstå som en virksomhet «som ikke har til formål å drive utleie.» Etter ordlyden i bestemmelsen forutsetter innleie fra slike virksomheter at arbeidstakeren er fast ansatt i utleievirksomheten. Av denne grunn er det ikke nødvendig å vurdere adgangen til midlertidig ansettelse i slike virksomheter.

³⁷ NOU 2004: 5 s. 70.

³⁸ Ot.prp. nr. 70 (1998-99) s. 41.

³⁹ Se Ot.prp. nr. 70 (1998-99) s. 41.

⁴⁰ Jf. aml. § 14-9 annet ledd og § 14-10.

⁴¹ Et annet grunnlag for midlertidig ansettelse er Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) § 3, som regulerer ansettelser i statlig sektor.

Etter redegjørelsen for vilkårene i aml. § 14-9 første ledd bokstav a og b, vurderes vilkårene opp mot ansettelsesforholdet i bemanningsforetak i kapittel 3. Dette kapittelet er delt opp etter de nevnte vilkårene. Under dette er kapittel 3.2 inndelt etter hva som er arbeidets karakter i bemanningsforetak og om dette kan begrunne midlertidig ansettelse. I tillegg behandles adgangen til å fornye midlertidige ansettelser. I kapittel 3.3 behandles adgangen til å ansette midlertidig i vikariat, og adgangen til å forlenge eller fornye slike midlertidige ansettelser.

Gjennom høyesterettspraksis er det utviklet en ulovfestet lære som begrenser adgangen til midlertidig ansettelse etter bokstav b, ved at en arbeidstaker kan kreve på fast ansettelse dersom virksomheten har et varig behov for ekstra arbeidskraft.⁴² Det vil vurderes hvordan denne ulovfestede læren begrenser adgangen til å ansette i gjentatte vikariater. I siste kapittel går jeg deretter kort over til å vurdere hva slags betydning det nylig vedtatte lovtillegget om en generell adgang til midlertidig ansettelse kan antas få på ansettelser i bemanningsforetak.

Det er tatt utgangspunkt i aml. § 14-9 første ledd slik bestemmelsen lyder på nåværende tidspunkt (24.04.2015). I siste kapittel vil jeg likevel ta for meg en kort vurdering av hvilken betydning det nye alternativet i bokstav f kan antas å få for ansettelse i bemanningsforetak.

⁴² De sentrale avgjørelsene å vise til i denne forbindelse er Rt. 1989 s. 1116, Rt. 2006 s. 1158 og Rt. 2009 s. 578. Det nærmere innholdet i dommene vil bli redegjort for i kapittel 3.3.3.

2 Det rettslige utgangspunktet

2.1 Hovedregel om fast ansettelse

Hovedregelen i norsk arbeidsliv er som nevnt at arbeidstaker skal ansettes fast, jf. aml. § 14-9 første ledd første punktum. Sammen med prinsippet om at oppsigelse krever saklig grunn, utgjør denne hovedregelen en sentral del av lovens regler om arbeidstakernes stillingsvern.⁴³

Den rettspolitiske begrunnelsen for hovedregelen er at en fast ansettelse innebærer «stabile og forutsigbare rammebetingelser for begge partene i et arbeidsforhold».⁴⁴ Ved siden av å gi arbeidstakerne trygghet i ansettelsesforholdet, sikrer fast ansettelse en saklig og forsvarlig prosess i forbindelse med oppsigelser. Videre bidrar fast ansettelse til kompetanseutvikling hos arbeidstakerne, at arbeidsgiver får mer nytte av arbeidstakerens kompetanse, og det fremmer en positiv lojalitet mellom arbeidstakerne og arbeidsplassen, som gir gode forutsetninger for virksomhetenes HMS-arbeid.⁴⁵ De nevnte hensynene veies i lovgivningen opp mot arbeidsgivers behov for å kunne disponere arbeidsstokken fleksibelt i forhold til arbeidsmengde, og antatte virkninger av lovens regulering av ansettelsesavtaler og oppsigelse på sysselsettingen for utsatte arbeidstakergrupper og arbeidsmarkedet generelt.⁴⁶

Hva som ligger i en fast ansettelse er ikke utdypet videre i aml. § 14-9. I forarbeidene til bestemmelsen uttalte Arbeidsdepartementet at: «Utgangspunktet i norsk rett er at arbeidsavtaler normalt skal inngås fast, det vil si for et ubestemt tidsrom.»⁴⁷ At en arbeidsavtale inngås for et ubestemt tidsrom er naturlig å forstå som at det ikke på forhånd er bestemt når den skal avsluttes. En slik forståelse av begrepet får også støtte i uttalelser gjort av det så kalte Blaalidutvalget i forarbeidene til opphevelsen av forbudet mot utleie av arbeidskraft. Selv om utvalgets uttalelse ikke er gitt i direkte tilknytning til aml. § 14-9 som sådan, illustrerer den forståelsen av begrepet på en god måte. Uttalelsen lød som følger:

⁴³ NOU 2004: 5 s. 289.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 208.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 208.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 208-209.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 202.

«Bestemmelsene om oppsigelse og midlertidig ansettelse utgjør de mest sentrale deler av lovens stillingsvernsregler. Arbeidsmiljølovens hovedregel er at arbeidstakeren skal ansettes fast. Det innebærer at ansettelsesforholdet er løpende og først opphører når arbeidsavtalen er sagt opp av en av partene. Det gjelder krav til saklig grunn for oppsigelse av arbeidsforholdet og det gjelder regler om oppsigelsesfrister.»⁴⁸

Uttalelsen fra Blaalid- utvalget viser også til en annen sentral del av en fast ansettelse, nemlig at en som er fast ansatt nyter et bestemt oppsigelsesvern ved at loven stiller krav til form og saklig grunn for at arbeidsgiver skal kunne bringe ansettelsesforholdet til opphør. Reglene om opphør av ansettelsesforhold fremgår av arbeidsmiljøloven kapittel 15. For at et fast ansettelsesforhold skal kunne sies opp fra arbeidsgiversiden stiller loven krav om at det foreligger en saklig grunn, basert enten på virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold, jf. aml. § 15-7. I tillegg stiller lovens krav om at oppsigelsen skal avgis i en bestemt form (skriftlig), og at det gjelder en oppsigelsestid på minimum en måned, jf. § 15-3. I tillegg gis en arbeidstaker som en hovedregel rett til å fortsette i stillingen så lenge det pågår en tvist om oppsigelsens gyldighet. Dette følger av aml. § 15-11.

Også i juridisk litteratur er en fast ansettelse kjennetegnet ved at den er tidsbegrenset og at arbeidstakeren er gitt det oppsigelsesvern som følger av lovens vanlige regler.⁴⁹

Et annet spørsmål er om det ligger et krav i begrepet «fast ansatt» om at arbeidstakeren er gitt noen garanti for en bestemt mengde arbeid eller lønn. Dette momentet ble berørt i dommen i Rt. 2005 s. 826 (Braatendommen). Spørsmålet i saken var om en tilsigelsesavtale var fast eller midlertidig i relasjon til den tidligere arbeidsmiljøloven § 58 A. Arbeidstakeren i saken var ansatt som «ekstrahjelp ved behov», uten noen definert arbeidstid. I vurderingen av ansettelsen viste førstvoterende til at avtalen ikke inneholdt noen tidsbegrensning, og at den tilsynelatende ga arbeidstakeren et stillingsvern ved at den inneholdt en bestemmelse om oppsigelsestid.⁵⁰ Som et utgangspunkt kunne ansettelsesforholdet da tolkes som fast. Dette ble imidlertid ikke resultatet.⁵¹ Under henvisning til lovens formål om å sikre trygghet i ansettelsesforhold

⁴⁸ NOU 1998: 15 s. 52.

⁴⁹ Egeland (2011) s. 806.

⁵⁰ Rt. 2005 s. 826, avsnitt 27.

⁵¹ Rt. 2005 s. 826, avsnitt 30.

konkluderte et enstemmig Høyesterett med at ansettelsesforholdet ikke kunne oppfattes som fast, fordi det ga arbeidstakeren en beskjeden forutsigbarhet i forhold til arbeid og lønnsinntekt.⁵² Resultatet i saken berodde på en konkret vurdering. Dette fremkommer av Høyesteretts formulering om at ansettelsen «slik avtalen lyder» kunne anses for å være fast.⁵³

En slutning som kan trekkes fra det ovennevnte er at en fast ansettelse, i tillegg til å være tidsubegrenset og gi arbeidstakeren et oppsigelsesvern, også må inneholde en angivelse av avtalt arbeidsmengde og derav lønn. En slik forståelse kan støttes av at Arbeidsdepartementet i forarbeidene til likebehandlingskravet uttalte at Høyesterett i denne dommen trakk en nedre grense for hva som kan sies å være en fast ansettelse.⁵⁴ Arbeidsdepartementet gikk imidlertid på dette sted ikke nærmere inn på hva det vil innebære at hovedregelen om fast ansettelse også stiller et krav om forutsigbarhet.⁵⁵ At fast ansettelse i forarbeidene til aml. § 14-9 kun er definert som at ansettelsesavtalen er tidsubegrenset taler mot at momentet om forutsigbarhet for arbeid og lønn skal forstås som en del av definisjonen på en fast ansettelse.⁵⁶ Det kan være mer naturlig å forstå arbeidstakerens forutsigbarhet som et moment som kan komme i betraktning ved vurderingen av om et konkret ansettelsesforhold er midlertidig eller fast.

I juridisk litteratur har det blitt vist til at en mulig tolkning av Braatendommen er at en ansettelsesavtale ikke kan anses for å være fast om den lar en arbeidstakers rett på arbeid og lønn være avhengig av arbeidsgiverens behov og vilje til å benytte seg av vedkommende. Dersom avtalen er «åpen» i forhold til dette må avtalen i henhold til en slik forståelse oppfattes som en form for midlertidig ansettelse, selv om den i formen er fast.⁵⁷ Forslaget til tolkning av dommen innebærer ikke nødvendigvis noe annet enn det som er lagt til grunn ovenfor, men kan også tas til inntekt for at momentet om forutsigbarhet spiller inn ved vurderingen av et konkret ansettelsesforhold.

At en arbeidstaker er fast ansatt betyr etter dette at ansettelsesforholdet er tidsubestemt, og at arbeidsmiljølovens bestemmelser om oppsigelsesvern kommer til anvendelse ved oppsigelse

⁵² Rt. 2005 s. 826, avsnitt 30.

⁵³ Rt. 2005 s. 826, avsnitt 30.

⁵⁴ Prop.74 L (2011-2012) s. 29.

⁵⁵ Prop.74 L (2011-2012) s. 29-30.

⁵⁶ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 202 og Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 3.

⁵⁷ Evju (2005) s. 4.

av avtaleforholdet. Om ansettelsesforholdet etter avtalen gir arbeidstakeren noen definert arbeidstid eller mengde oppfattes som et moment som kan få betydning i vurderingen av et konkret ansettelsesforhold.

2.2 Vilkårene for midlertidig ansettelse

2.2.1 Generelt om midlertidig ansettelse

Arbeidsmiljøloven åpner for at arbeidstaker i visse tilfeller kan ansettes midlertidig, jf. aml. § 14-9 første til tredje ledd, og aml. § 14-10. At en arbeidstaker er midlertidig ansatt betyr at arbeidsavtalen er inngått med en begrensning av varigheten. Dette kom uttrykkelig frem av den tidligere bestemmelsen i arbeidsmiljøloven 1977 § 58 A, som sa at «Arbeidsavtaler som gjelder for et bestemt tidsrom eller for et bestemt arbeid av forbigående art...» bare kunne avtales dersom vilkårene i bokstav a til e var oppfylt. Etter ordlyden sier aml. § 14-9 første ledd at avtale om midlertidig ansettelse kan inngås:

- «a) når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten,
- b) for arbeidet i stedet for en annen eller andre (vikariat),
- c) for praksisarbeid,
- d) deltaker i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med Arbeids- og velferds-etaten,
- e) for idrettsutøvere, idrettstrenerne, dommere og andre ledere innen den organiserte idretten».

Tidspunktet for vurderingen av om vilkårene er oppfylt er ved inngåelsen av ansettelsesavtalen.⁵⁸ Dersom vilkårene for midlertidig ansettelse ikke er oppfylt på dette tidspunktet skal ansettelsesavtalen inngås fast.⁵⁹ En arbeidstaker som mener seg midlertidig ansatt i strid med

⁵⁸ Ot.prp. nr. 64 (2001-2002) s. 2.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 203.

lovens bestemmelser kan gå til søksmål mot arbeidsgiver med krav om fast ansettelse, jf. aml. § 14-11. Dette gjelder både under og etter opphøret av arbeidsforholdet.⁶⁰

Det som særpreger en midlertidig ansettelse til forskjell fra en fast er at opphørstidspunktet er fastsatt på forhånd. Dette følger av ordlyden i aml. § 14-9 femte ledd, som sier at ansettelsesforholdet opphører «ved det avtalte tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeidet er avsluttet». Det har vært usikkert om det er en adgang til å avslutte midlertidige ansettelsesforhold i løpet av ansettelsestiden, og hvilke regler som i så fall gjelder.⁶¹ I forarbeidene til arbeidsmiljøloven 2005 la Arbeids- og sosialdepartementet til grunn at det må bero på en tolkning av ansettelsesavtalen hvorvidt denne skal være oppsigelig i løpet av avtaleperioden eller ikke. Dersom den er oppsigelig kommer arbeidsmiljølovens regler om oppsigelse av ansettelsesforhold til anvendelse, jf. særlig § 15-7 om kravet til saklig grunn for oppsigelse fra arbeidsgiver.⁶²

Et viktig hensyn som ligger bak reguleringen av adgangen til å ansette midlertidig er å forhindre at virksomheter begrenser andelen fast ansatte til kun en «kjernestab», og lar resten av arbeidskraftbehovet dekkes av arbeidstakere med en løsere tilknytning til virksomheten.⁶³

Etter å ha klarlagt hva som nærmere ligger i begrepet «midlertidig ansettelse» vil det nærmere innholdet i vilkårene i bokstav a og b gjøres nærmere rede for nedenfor.

2.2.2 Om arbeidets karakter tilsier det

2.2.2.1 Innledning

Etter ordlyden i aml. § 14-9 første ledd bokstav a kan en arbeidstaker ansettes midlertidig når «arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten». Ordlyden i vilkåret tilsier at det er en skjønnsmessig vurdering som skal foretas. I forarbeidene til bestemmelsen er det uttalt:

⁶⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 203.

⁶¹ Dette spørsmålet ble reist av Høyesterett i dommen i Rt. 2012 s. 168, hvor det ble lagt til grunn at avtalen ikke kan sies opp i løpet av avtaletiden, med mindre dette er avtalt, jf. avsnitt 51. Denne uttalelsen i dommen har blitt kritisert i Evju (2012), se s. 341 og 364.

⁶² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 203.

⁶³ Innst.O. nr. 2 (1994-95) s. 29.

«Både forskjeller i arbeidets art og markerte forskjeller i arbeidsmengde og eventuelle ytre omstendigheter ligger innenfor rammen av den språklige forståelsen av ordlyden.»⁶⁴

Bestemmelsen kan således forstås som at den åpner for midlertidig ansettelse både der arbeidsoppgavene som skal utføres er annerledes enn de som andre arbeidstakere utfører, eller der arbeidsoppgavene er de samme, men at det grunnet økt arbeidsmengde trengs flere arbeidstakere til å utføre dem. Hva som ligger i ytre omstendigheter er ikke åpenbart ut fra forarbeidsuttalelsen, men det er naturlig å oppfatte dette som at forhold utenfor ansettelsen i seg selv begrunner at den er midlertidig.

2.2.2.2 *Arbeidets karakter*

I følge forarbeidene er prosjektarbeid, som er en type arbeid hvor arbeidsoppgavene både har et tidsbegrenset preg og atskiller seg fra det som løpende utføres hos arbeidsgiver, et typisk eksempel på når vilkåret er oppfylt.⁶⁵ Av andre eksempler på når arbeidets karakter tilsier midlertidig ansettelse nevner forarbeidene tilfeller hvor en virksomhet har variasjoner i arbeidskraftbehov som knytter seg til sesongmessige svingninger. Også tidsavgrensede behov for ekstra arbeidskraft som er normale og gjentas årlig, og kortvarige, uforutsigbare arbeidstopper er momenter som taler for at midlertidig ansettelse etter dette vilkåret er tillatt.⁶⁶

Konkrete særtrekk ved et arbeidsforhold kan også etter omstendighetene tilsi at arbeidstakere kan ansettes midlertidig. For eksempel har Høyesterett godtatt midlertidig ansettelse for å utføre løpende arbeidsoppgaver dersom arbeidstakeren mangler den nødvendige formelle kompetansen som kreves for stillingen. I denne forbindelse vises til Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1985 s. 1141 (Ergoterapeutdommen). I Ergoterapeutdommen tok Høyesterett stilling til gyldigheten av midlertidige ansettelser av arbeidstakere som ikke oppfylte de formelle kvalifikasjonskravene for stilling som ergoterapeuter. Arbeidstakerne i saken var utdannet som aktivører. Under henvisning til blant annet forarbeidene til arbeidsmiljøloven 1977 og for-

⁶⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 202.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 165-166.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 202.

skjellen i faglig kompetanse mellom ergoterapeuter og aktivører, kom Høyesterett til at arbeidsforholdene var av en slik særegen karakter at loven ikke stengte for midlertidig ansettelse i disse stillingene. Det ble oppstilt som forutsetning for midlertidig ansettelse i slike tilfeller at det foreligger et saklig behov for det og at den midlertidige ansettelsen begrenses til det som er strengt nødvendig.⁶⁷

Et annet sentral premiss fra denne dommen er Høyesteretts uttalelse om at formålet med reguleringen av midlertidige ansettelser var å styrke arbeidstakernes oppsigelsesvern. På denne bakgrunn skal alternativet «arbeidets karakter» tolkes strengt, og uttalelser i forarbeidene skal tillegges stor vekt.⁶⁸

2.2.2.3 Om arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten

Etter ordlyden i aml. § 14-9 første ledd bokstav a er det to vilkår som begge må være oppfylt for at en arbeidstaker skal kunne ansettes midlertidig etter aml. § 14-9 første ledd bokstav a. At arbeidets karakter tilsier det, og at arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten. Forarbeidene til den tidligere lovens § 58 A gir på den andre siden holdepunkter for at ikke bokstav a skal tolkes bokstavelig. Vurderingen av om arbeidets karakter begrunner midlertidig ansettelse beror etter forarbeidene på en helhetsvurdering, hvor en rekke forhold vil spille inn.⁶⁹ Hvorvidt arbeidet som skal utføres atskiller seg er et moment som skal tillegges vesentlig vekt i denne vurderingen.⁷⁰

Ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven 1977 stilte ordlyden kun krav om at arbeidets karakter tilsa midlertidig ansettelse. Tillegget om at arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres ble lagt til i 1995 fordi det i praksis ble ansatt midlertidig i mye større grad enn det som hadde vært lovgivers intensjoner.⁷¹ Formålet med tillegget var å avgrense den skjønnsmessige vurderingen av innholdet i regelen. Det ble uttalt at det ikke er den faktiske sysselsettings-situasjonen i virksomheten eller om prosjektet er av tidsavgrenset karakter som skal tillegges

⁶⁷ Rt. 1985 s. 1141.

⁶⁸ Rt. 1985 s. 1141.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 165.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 178.

⁷¹ Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 167.

vekt, men om arbeidet etter sin art atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten.⁷² Om arbeidet atskiller seg skal etter forarbeidene være det vesentligste momentet ved vurderingen av arbeidets karakter. Dersom arbeidstakeren skal utføre arbeid som normalt og løpende utføres i den ordinære virksomheten, vil det ikke være adgang til midlertidig ansettelse.⁷³

Rettspraksis har vært i samsvar med uttalelsene i forarbeidene. I avgjørelsen i Rt. 2001 s. 1413 (Norsk Folkehjelpdommen) ble det lagt til grunn at en arbeidstaker kunne ansettes midlertidig for å utføre mineryddingsarbeid, selv om ikke arbeidet atskilte seg fra det som ordinært ble utført ved virksomheten. I begrunnelsen ble det vist til at spørsmålet om arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten er et sentralt kriterium i vurderingen av om arbeidets karakter tilsier midlertidig ansettelse, men ikke et selvstendig vilkår.⁷⁴ Den for avhandlingen relevante delen av dommen gjaldt spørsmålet om en midlertidig ansettelse av en minerydder var gyldig etter arbeidsmiljøloven 1977 § 58 A nr. 1 bokstav a. Arbeidstakeren hadde vært ansatt som minerydder i Bosnia med en ettårig kontrakt som ble forlenget to ganger. Totalt var han ansatt fra 17. oktober 1996 til 22. oktober 1998, det siste året som utleid til FN. Arbeidsoppgavene bestod av å lede et mineryddingsprosjekt. Partene var enige om at dette var en sentral del av den ordinære virksomheten ved Norsk Folkehjelp. Førstvoterende i Høyesterett viste til de ovenfor nevnte uttalelsene i forarbeidene, og uttalte at:

«Flertallets egen forståelse av tilføyelsen, som jeg har gjengitt, gir ikke holdepunkter for at bestemmelsen skal tas strengt på ordet. Det heter der at det først og fremst er arbeidets likhet med det som ordinært utføres i virksomheten, som skal tillegges vekt.»⁷⁵

Det ble videre lagt til grunn at momentet har fått større tyngde i vurderingen etter at det ble lagt til i lovteksten.⁷⁶ I dommen var det flere særtrekk ved arbeidsoppgavene som tilsa at arbeidstakere kunne ansettes midlertidig. Det ble vist til at et formål med mineryddingsvirksomhet er at arbeidet skal være midlertidig, ved at aktivitetene konsentreres om akutt rydding, opplæring til lokale organisasjoner og deretter utfasing av virksomheten. Det ble også

⁷² Innst. O. nr. 2 (1994-95) s. 29.

⁷³ Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 178.

⁷⁴ Rt. 2001 s. 1413.

⁷⁵ Rt. 2001 s. 1413, på s. 1421.

⁷⁶ Rt. 2001 s. 1413, på s. 1422.

vist til at en forutsetning for bistandsyttere som bidrar til å finansiere slikt arbeid er at det skal være midlertidig. Dette fordi det er mindre kostnadskrevende å overføre kompetanse til lokale organisasjoner, som deretter kan overta.⁷⁷

Selv om bestemmelsen som var vurderingstemaet i de nevnte forarbeidene og avgjørelsene nå har blitt avløst av aml. § 14-9 første ledd, er vilkårene i dagens bestemmelse heller ikke kumulative. Dette følger av at aml. § 149 er en videreføring av den tidligere lovens § 58 A.⁷⁸ Det innebærer at bestemmelsen skal tolkes som at den bare inneholder et vilkår, nemlig om arbeidets karakter tilsier midlertidig ansettelse.

2.2.3 Midlertidig ansettelse i vikariat

Det følger av aml. § 14-9 første ledd bokstav b at en arbeidstaker kan ansettes midlertidig i vikariat. Etter ordlyden i bestemmelsen er det tale om et vikariat når arbeidstakeren utfører «arbeid i stedet for en annen eller andre». Ordlyden i bestemmelsen gir således en ganske god forklaring på hva som ligger i dette alternativet. En språklig forståelse av ordlyden i dette vilkåret kan tilsi at det stilles krav om at den som er vikaransatt utfører oppgavene til en arbeidstaker som er midlertidig fraværende.

Tidligere fremgikk det ikke uttrykkelig av ordlyden at vikaren skulle utføre arbeid i stedet for en annen eller andre. Bestemmelsen ga derfor rom for tolkningstvil. På denne bakgrunn ble tillegget i ordlyden om at arbeidstakeren må utføre arbeid i stedet for en annen eller andre lagt til ved vedtakelsen av aml. § 14-9.⁷⁹

Det fremgår av forarbeidene til den tidligere bestemmelsen i arbeidsmiljøloven 1977 at «den som vikarierer skal fylle bestemte arbeidsoppgaver eller en bestemt stilling, ved fravær av andre arbeidstakere».⁸⁰ Det ble videre uttalt at det ikke er «ubetinget avgjørende at navnet på den personen man vikarierer for eller varigheten av vikariatet, er oppgitt på forhånd».⁸¹

⁷⁷ Rt. 2001 s. 1413, på s. 1423.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 5 og 12.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 213.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 165.

⁸¹ Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 165.

Selv om det ikke er et krav om at vikariatet knytter seg til en bestemt person, må det allikevel være avgrenset på en eller annen måte. Dette kan være ved at vikariatet knyttes til bestemte personers fravær, eller ved angivelse av behovet vikarløsningen skal dekke. Det er likevel tillatt å ansette en vikar midlertidig i forbindelse med ferieavviklingen i en virksomhet.⁸² Som andre eksempler på fraværssituasjoner som kan begrunne midlertidig ansettelse i vikariat nevnes at arbeidstakere er fraværende på grunn av sykdom eller permisjon.⁸³

I juridisk litteratur har det blitt vist til at selv om ansettelsen i et vikariat må være knyttet til en bestemt persons fravær, stilles det ikke et ubetinget krav om at vikaren skal utføre den fraværendes arbeidsoppgaver. Det blir lagt til grunn at en arbeidstaker kan ansettes i vikariat for å utføre oppgaver for en som er i arbeid i en bedrift, men som midlertidig har overtatt arbeidsoppgavene til en som er fraværende.⁸⁴

Formuleringen tilsier at en virksomhet kan omfordele arbeidsoppgavene internt, slik at andre arbeidsoppgaver enn den fraværendes blir stående udekkede. Det er nærliggende å forstå uttalen som at vikariatet også i slike tilfeller vil anses for å være knyttet til bestemte arbeidstakers fravær, selv om vikaren ikke utfører den eller de fraværendes konkrete arbeidsoppgaver.⁸⁵

Vedrørende varigheten av en vikariatansettelse er det lagt til grunn at et vikarforhold vil kunne anses for å være rettmessig selv om vikariatet fortsetter etter at den midlertidig fraværende arbeidstakeren har kommet tilbake. Dette ble lagt til grunn av Høyesteretts kjæremålsutvalg i kjennelsen i Rt. 2005 s. 1395. Det ble vist til at sykemeldinger vanligvis gis for kortere perioder av gangen, og at arbeidsgiver ikke nødvendigvis vet når den fraværende arbeidstakeren kommer tilbake.⁸⁶ Videre viste kjæremålsutvalget til at lagmannsretten hadde lagt til grunn at det er adgang til å forlenge et vikariat mens arbeidsgiver vurderer om det skal opprettes en ny stilling i virksomheten. I den konkrete saken hadde vurderingen pågått sommeren og høsten

⁸² Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 165.

⁸³ Johansen og Stueland (2011) s. 573.

⁸⁴ Johansen og Stueland (2011) s. 573.

⁸⁵ Johansen og Stueland (2011) s. 573 og Egeland (2011) s. 809.

⁸⁶ Rt. 2005 s. 1395, avsnitt 18.

2004. Lagmannsretten fant ikke at tiden arbeidsgiver brukte i prosessen med å opprette den nye stillingen vært uforsvarlig lang. Kjæremålsutvalget gikk ikke i mot dette.⁸⁷

Det er ikke tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret for midlertidig ansettelse etter denne bestemmelsen at noe betegnes som et vikariat.⁸⁸ Om ansettelsesforholdet i realiteten er et vikariat beror etter forarbeidene på en vurdering av de reelle forholdene. Dersom den midlertidige ansettelsen er i strid med vilkårene for ansettelse i vikariat, kan den settes til side av domstolene.⁸⁹ Det følger av nyere forarbeider at ansettelsen da ikke opphører, men at det skal legges til grunn at den er fast.⁹⁰

2.3 Adgangen til å leie inn arbeidskraft fra bemanningsforetak

Presentasjonen hittil har vist at lovgiver har satt strenge grenser for hvordan arbeidsgiver kan velge å løse mer eller mindre kortvarige behov for arbeidskraft. I tillegg til å ansette midlertidig åpner loven for at arbeidsgiver (i dette tilfellet innleievirksomhet) kan leie inn arbeidskraft fra bemanningsforetak, jf. aml. § 14-12.

Etter hovedregelen i § 14-12 første ledd er adgangen til å leie inn arbeidskraft fra bemanningsforetak begrenset til situasjoner hvor vilkårene i § 14-9 første ledd er oppfylt. I forarbeidene til likebehandlingskravet er det lagt til grunn at det er alternativene i bokstav a og b som er mest praktiske i innleiesammenheng.⁹¹ For at arbeidsgiver skal kunne leie inn arbeidskraft fra et bemanningsforetak må således arbeidskraftbehovet være midlertidig på grunn av arbeidets karakter eller andre arbeidstakeres fravær, jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav a og b.

Koblingen mellom vilkårene for innleie og midlertidig ansettelse har også blitt understreket i rettspraksis. I denne forbindelse vises til Gulating lagmannsretts dom av 8. februar 2007.⁹² Arbeidstakeren ble leid inn til arbeid som bartender over flere måneder. Da avtalen ikke inne-

⁸⁷ Rt. 2005 s. 1395, avsnitt 19-20.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 71.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 71.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 165.

⁹¹ Prop.74 L (2011-2012) s. 27.

⁹² LG-2007-94292.

holdt noen opplysning om hvem arbeidstakeren skulle vikariere for, eller om det i det hele tatt var tale om et vikariat, fant lagmannsretten at innleieforholdet var i strid med aml. § 14-12 første ledd, jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav b.⁹³

En av hovedbegrunnelsene for at lovgiver har valgt en slik parallellitet mellom reguleringen av midlertidig ansettelse og innleie fra bemanningsforetak, er at de blir ansett for å være alternative måter for arbeidsgiver å dekke opp arbeidskraftbehov på. Hensynet til å unngå at arbeidsgivere omgår lovens begrensninger på midlertidig ansettelse gjennom å leie inn arbeidskraft talte mot en videre adgang til det sistnevnte.⁹⁴

Aml. § 14-12 annet ledd åpner for et unntak fra hovedregelen, ved at arbeidsgivere kan inngå avtale med tillitsvalgte ved virksomheten om en adgang til innleie uten begrensning av vilkårene i aml. § 14-9 første ledd. Etter ordlyden i bestemmelsen er adgangen til å inngå slik avtale begrenset til virksomheter som er bundet av tariffavtale. Videre må de tillitsvalgte ved virksomheten representere et flertall av arbeidstakerne innen den konkrete arbeidstakerkategorien avtalen gjelder. Begrunnelsen for en slik utvidet adgang til innleie er at begrensningene i første ledd kan være for streng i visse situasjoner, for eksempel der arbeidsgiver ønsker å leie inn arbeidstakere som besitter en spesiell form for spisskompetanse.⁹⁵

Adgangen til å leie inn arbeidskraft fra et bemanningsforetak er således ikke i alle tilfeller begrenset til når oppdragstakeren skal utføre arbeid av midlertidig karakter. Den utvidede adgangen til innleie vil på den andre siden også være tidsbegrenset. Dette følger av ordlyden i § 14-12 annet ledd, som gir adgang til å «inngå skriftlig avtale om *tidsbegrenset* innleie...».

Etter å ha avklart hva som er det rettslige utgangspunktet for ansettelser og innleie av arbeidskraft, vil jeg nå benytte det som her er sagt i vurderingen av adgangen til å ansette arbeidstakere midlertidig i bemanningsforetak.

⁹³ LG-2007-94292, dommens s. 5.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 70 (1998-99) s. 44.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 70 (1998-99) s. 45.

3 Midlertidig ansettelse i bemanningsforetak

3.1 Hva slags arbeid som (ordinært) utføres i bemanningsforetak

Som nevnt er et bemanningsforetak definert som en «virksomhet som har til formål å drive utleie» av arbeidskraft, jf. aml. § 14-12. Denne definisjonen tilsier at det å dekke oppdrag er et arbeid som ordinært utføres av ansatte i foretaket.

At utleie til oppdrag er en ordinær arbeidsoppgave i bemanningsforetak er også lagt til grunn i forarbeidene til likebehandlingskravet.⁹⁶ Et bemanningsforetak kan også tilby andre tjenester enn utleie av arbeidskraft, for eksempel rekruttering og formidling av arbeidskraft, outsourcing, bemanningsentrepriser og omstillingstjenester (bistand i forbindelse med omstilling eller nedbemanning). Blant foretakene som tilbyr slike tjenester har noen organisert dette under egne selskaper, mens tjenestene i andre tilfeller blir utført i bemanningsforetaket.⁹⁷ I juridisk litteratur har det videre blitt tatt til orde for at arbeidet som ordinært utføres av ansatte i bemanningsforetak består i å dekke oppdrag i innleievirksomheter.⁹⁸

Tall fra NHO Service, som er en bransjeorganisasjon for blant annet bemanningsforetak, viser imidlertid at utleie av arbeidskraft stod for 93 prosent av omsetningen til deres medlemsforetak i 2011.⁹⁹ At bemanning av oppdrag utgjør en så stor del av omsetningen til bemanningsforetak underbygger en antagelse om at dette er en ordinær aktivitet i foretakene.

På denne bakgrunn litteratur legges det i den videre fremstillingen til grunn at det å dekke oppdrag hos en innleievirksomhet er et arbeid som ordinært utføres i bemanningsforetak.

I forarbeidene til likebehandlingskravet er det vist til at utleie av arbeidskraft skjer til arbeid innen flere forskjellige felt, både innenfor offentlig og privat sektor. Blant annet leies arbeidstakere ut til arbeid innen helse og omsorg, økonomi, bygg og anlegg, industri, hotell, restau-

⁹⁶ Prop. 74 L (2011-2012) s. 15.

⁹⁷ Prop. 74 L (2011-2012) s. 15.

⁹⁸ Johansen og Stueland (2011) s. 594.

⁹⁹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 15-16.

rant og catering.¹⁰⁰ Et raskt søk på nettsidene til to store bemanningsforetak i Norge, Manpower og Adecco, viser at foretakene leier ut til yrkesområder som bank/ finans og forsikring, butikk, bygg/ anlegg og industri, helse, media og markedsføring, samt til pedagogiske yrker.¹⁰¹ Et annet etablert bemanningsforetak, Proffice, tilbyr tjenester innenfor yrkessektorer som administrasjon og kontor, bygg og anlegg, fly- og reisebransjen og helse og sykepleie.¹⁰² Flere yrkesområder nevnes også på hjemmesidene. Det som er sentralt å vise til i denne forbindelse er at flere bemanningsforetak driver utleie til arbeid innen forskjellige yrkessektorer.

3.2 Midlertidig ansettelse når arbeidets karakter tilsier det

3.2.1 Om arbeidstaker kan ansettes midlertidig for å leies ut på oppdrag

Det er ovenfor avklart at den ordinære virksomheten i et bemanningsforetak er å dekke oppdrag hos innleievirksomheter. Dette innebærer at det ikke i seg selv betyr at arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres at en arbeidstaker skal dekke et oppdrag. Dersom aml. § 14-9 første ledd bokstav a skulle tolkes bokstavelig ville midlertidig ansettelse i et bemanningsforetak ikke utelukkende kunne begrunnes med at vedkommende skal leies ut til et bestemt oppdrag. Som det er vist i punkt 2.2.2 er imidlertid gjeldende rett at vilkåret i bokstav a ikke skal tolkes bokstavelig. I det følgende vurderes om det at arbeidstakeren skal dekke et oppdrag innebærer at arbeidets karakter tilsier midlertidig ansettelse.

Det første spørsmålet som kan stilles er om arbeidet som arbeidstakeren skal utføre i bemanningsforetaket kan avgrenses tidsmessig eller til et bestemt arbeid av forbigående art. Som eksempel på arbeid som kan avgrenses på denne måten nevner forarbeidene til arbeidsmiljøloven 1977 «bygningsarbeidere som ansettes for å fullføre et bestemt bygg, [og] spesielle eksperter som ansettes for å utføre et bestemt utredningsarbeid».¹⁰³

¹⁰⁰ Prop.74 L (2011-2012) s. 15. De nevnte yrkesområdene er bare et utvalg av de som er nevnt. De er tatt med her for å illustrere omfanget av arbeidsoppgaver som arbeidstakerne i bemanningsforetak kan bli leid ut for å utføre.

¹⁰¹ www.manpower.no og www.adecco.no/Fagomrader-og-tjenester/Pages/Fagomrader-og-tjenester.aspx.

¹⁰² <https://www.proffice.no/om-proffice/>.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 71.

I forarbeidene til den tidligere bestemmelsen i arbeidsmiljøloven 1977 § 58 A la Kommunal- og moderniseringsdepartementet til grunn at alternativet om midlertidig ansettelse på grunn av arbeidets karakter vil gi den nødvendige fleksibilitet til virksomheter hvor en stor del av arbeidsmengden består i tidsavgrensede prosjekter, slik at arbeidsomfang og personalbehov varierer med antallet oppdrag.¹⁰⁴

Vilkårene for å leie inn arbeidskraft fra et bemanningsforetak etter aml. § 14-12 første ledd er som nevnt i punkt 2.3 at vilkårene for midlertidig ansettelse er oppfylt. Det enkelte oppdraget som en arbeidstaker skal dekke skal derfor la seg avgrense, for eksempel til utførelsen av et bestemt arbeid, til ferieavviklingen et bestemt år er overstått, eller til en bestemt arbeidstaker returnerer fra sykdom eller permisjon. At det enkelte oppdrag skal la seg avgrense tilsier videre at bemanningsforetakets behov for arbeidskraften til den enkelte lar seg avgrense på tilsvarende måte. Avslutningen av ansettelsesforholdet kan i kontrakten defineres til tidspunktet for avslutningen av det konkrete oppdraget. Det samme antas å gjelde dersom arbeidstakeren skal ansettes for å leies ut til innleievirksomheter i medhold av aml. § 14-12 annet ledd. Selv om det ikke er et kriterium for slik innleie at vilkårene for midlertidig ansettelse er oppfylt, vil avtaler om utvidet adgang til innleie være tidsbegrensede. Bemanningsforetakets behov vil således som et utgangspunkt kunne avgrenses til et bestemt tidsrom.

At det er adgang til å ansette en arbeidstaker midlertidig for et konkret oppdrag er også lagt til grunn i Gulating lagmannsretts dom av 10. juli 2014.¹⁰⁵ Dommen gjaldt spørsmålet om en arbeidstaker var fast eller midlertidig ansatt i et bemanningsforetak, og om en eventuell midlertidig ansettelse var gyldig etter vilkåret om arbeidets karakter i aml. § 14-9 første ledd bokstav a. Det fremgikk av arbeidsavtalen at arbeidstakeren var ansatt for å arbeide i et bestemt oppdrag/ prosjekt, og avtalens varighet var begrenset til dette. Arbeidstakeren skulle fungere som prosjektleder for et prosjekt hvor en rørledning skulle knyttes opp mot en av ExxonMobils installasjoner.¹⁰⁶ Retten fant at det fremgikk med tydelighet at ansettelsesavtalen var midlertidig. Lagmannsretten la til grunn at arbeidet som skulle utføres i innleievirksomheten var avgrenset. Varigheten av innleieforholdet var satt til seks måneder, og arbeidet som skulle utføres var avgrenset til utførelsen av et bestemt arbeid. Etter en vurdering av de konkrete

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 179.

¹⁰⁵ LG-2013-157422.

¹⁰⁶ Se LG-2013-157422, dommens s. 1 og 6.

omstendighetene i saken fant lagmannsretten at den midlertidige ansettelsen tilfredsstilte vilkårene i aml. § 14-9 første ledd bokstav a.¹⁰⁷

Resultatet i dommen støtter den slutning at en arbeidstaker kan ansettes midlertidig i et bemanningsforetak for å utføre et bestemt oppdrag.

Et ytterligere moment som tilsier at en arbeidstaker kan ansettes midlertidig for å dekke et bestemt oppdrag er at formuleringen i aml. § 14-9 første ledd bokstav a opprinnelig var foreslått endret til dette. Etter ordlyden sa vilkåret i forslaget at en arbeidstaker kunne ansettes midlertidig dersom vedkommende «bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag.»¹⁰⁸ I forarbeidene ble det fremhevet at den endrede formuleringen ikke skulle innebære noen realitetsendring, men heller klargjøre innholdet i bestemmelsen. Vedrørende forståelsen av ordlyden ble det lagt til grunn at arbeidet for å falle inn under formuleringen måtte ha en noenlunde klar arbeidsmessig avgrensning og en naturlig avslutning. Videre ble det fremhevet at det skal være mulig å lese tidsrammen for oppdraget eller å definere dets avslutning i arbeidskontrakten.¹⁰⁹ Før lovens ikrafttreden ble ordlyden i bestemmelsen endret tilbake til den opprinnelige.¹¹⁰ I juridisk litteratur har det likevel blitt lagt til grunn at forslaget til formulering kan gi en viss veiledning til hva som er innholdet i vilkåret om at arbeidets karakter tilsier midlertidig ansettelse.¹¹¹

Utgangspunktet er etter dette at en arbeidstaker kan ansettes midlertidig i et bemanningsforetak for å dekke et bestemt oppdrag. Som jeg skal vise i det følgende er dette imidlertid bare et utgangspunkt.

¹⁰⁷ LG-2013-157422, dommens s. 6. I dommen behandles også spørsmålet om bemanningsforetaket hadde behov for arbeidstakeren utover det enkelte oppdraget. Dette aspektet vil behandles nærmere i punkt 3.3.3.

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

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 214.

¹¹⁰ Endringslov nr. 121/2005.

¹¹¹ Fougner m.fl. (2013) s. 639 og Egeland (2011) s. 807.

3.2.2 Avskjæring ved løpende tilgang på oppdrag

Selv om utgangspunktet er at arbeidstakere kan ansettes midlertidig for å utføre et bestemt oppdrag, er det et akseptert standpunkt at midlertidig ansettelse ikke alltid vil være tillatt. Hvordan vil vises i det følgende.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven 1977 § 58 A ble det uttalt at alternativet arbeidets karakter ikke kunne tolkes slik at det kan ansettes midlertidig i større virksomheter med en relativt jevn oppdragsmengde.¹¹² Dette synspunktet har blitt fremhevet også i forarbeidene til arbeidsmiljøloven 2005. Der ble det uttalt at dersom virksomheten har en løpende tilgang på oppdrag er utgangspunktet at arbeidsgiver skal anses for å ha et permanent behov for arbeidstakeren.¹¹³ I slike tilfeller må også andre momenter enn at arbeidet er organisert i prosjekter tilsi midlertidig ansettelse. Som eksempler ble nevnt der det enkelte prosjekt forutsetter en bestemt form for kompetanse, eller at virksomheten opplever et økt behov for arbeidskraft i en avgrenset periode.¹¹⁴

Den ovennevnte uttalelsen tilsier at det ikke er adgang til å ansette arbeidstakere midlertidig for å dekke et bestemt oppdrag, dersom foretaket har en løpende tilgang på oppdrag.

I forarbeidene til likebehandlingskravet uttalte Arbeidsdepartementet om ansettelsesforholdet i bemanningsforetak spesifikt at arbeidstakeren vil ha krav på fast ansettelse dersom det i bemanningsforetaket er et «stadig eller varig behov for arbeid som den konkrete arbeidstakeren er ansatt for å utføre».¹¹⁵ Dette ville gjelde selv om de enkelte oppdragene i innleievirksomheten var av kortvarig karakter.¹¹⁶ Selv om denne uttalelsen ikke ble avgitt i forarbeidene til aml. § 14-9 har Arbeidsdepartementet her klart tatt stilling til hvordan bestemmelsen skal forstås for ansettelser i bemanningsforetak. Det taler for at uttalelsen tillegges vekt ved anvendelsen av aml. § 14-9 på ansettelser i bemanningsforetak.

¹¹² Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 179.

¹¹³ Ot.prp. nr. 59 (2004-2005) s. 214.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 214.

¹¹⁵ Prop.74 L (2011-2012) s. 30.

¹¹⁶ Prop.74 L (2011-2012) s. 30.

At adgangen til å ansette arbeidstakere midlertidig for å dekke et bestemt oppdrag er avskåret dersom foretaket har et varig behov for arbeidskraft har således bred støtte i forarbeidene til både den någjeldende og tidligere arbeidsmiljøloven. Hensynet til å ivareta lovens hovedregel om fast ansettelse taler for den samme tolkningen av aml. § 14-9. Dersom et bemanningsforetak skal gis adgang til å ansette arbeidstakere midlertidig til tross for at de har en løpende tilgang på oppdrag, vil det kunne lede til at midlertidige ansettelser benyttes for å dekke opp for et varig arbeidskraftbehov. En slik praksis vil stride mot lovens forutsetning om at midlertidige ansettelser begrenses til tilfeller hvor arbeidsgiver har et tidsavgrenset behov for den enkeltes arbeidskraft.

Det ovennevnte innebærer at arbeidstaker ikke kan ansettes midlertidig for å utføre et bestemt oppdrag, dersom det aktuelle bemanningsforetaket har en varig tilgang på oppdrag. Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor bemanningsforetakets behov for arbeidstakeren er midlertidig, selv om foretaket har en løpende tilgang på oppdrag. Dersom bemanningsforetaket mottar et enkelt oppdrag som består av et annet arbeid enn de øvrige, kan det argumenteres for at behovet for arbeidskraft kun er knyttet til det enkelte oppdraget. Dette vil behandles i det følgende.

3.2.3 Oppdrag bestående av annet arbeid

3.2.3.1 *Andre arbeidsoppgaver eller en annen form for kompetanse?*

I forarbeidene til likebehandlingskravet ble det lagt til grunn at det ikke er adgang til å ansette arbeidstakere midlertidig dersom bemanningsforetaket har et varig behov for arbeid som en arbeidstaker er ansatt for å utføre.¹¹⁷ Et spørsmål som kan stilles er om det er tilstrekkelig til å begrunne midlertidig ansettelse at det enkelte oppdraget består av andre arbeidsoppgaver, eller om det må kreves at oppdraget forutsetter en annen form for kompetanse enn de øvrige oppdragene som bemanningsforetaket får inn.

Uttalelsen fra forarbeidene som det er vist til kan tale for at det er adgang til å ansette midlertidig for å dekke et oppdrag som består av annet arbeid. En slik tolkning vil være i overensstemmelse med det som følger av en språklig forståelse av ordlyden i aml. § 14-9 første

¹¹⁷ Prop.74 L (2011-2012) s. 30.

ledd bokstav a, som åpner for midlertidig ansettelse dersom «arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten». En slik tolkning av ordlyden støttes videre av uttalelser i forarbeidene til opphevelsen av forbudet mot utleie av arbeidskraft. Blaalid- utvalget uttalte der følgende:

«Dersom vikarbyrået mottar et enkeltstående oppdrag som skiller seg fra vikarbyråets ordinære oppdrag, må det i utgangspunktet antas at vikaren kan ansettes midlertidig for å utføre oppdraget.»¹¹⁸

På den andre siden kan det vises til at Arbeids- og sosialdepartementet i forarbeidene til arbeidsmiljøloven 2005 uttalte at en arbeidstaker kan ansettes midlertidig for å dekke et bestemt oppdrag dersom det krever en spesiell kompetanse som virksomheten normalt ikke etter-spør.¹¹⁹ At departementet la dette til grunn i forarbeidene til den någjeldende arbeidsmiljøloven kan tale for at det må stilles krav om at det enkelte oppdraget forutsetter en annen form for kompetanse, dersom et bemanningsforetak med løpende tilgang på oppdrag skal kunne ansette midlertidig under henvisning til arbeidets karakter.

Fra rettspraksis vises til Gulating lagmannsretts avgjørelse av 10. juli 2014.¹²⁰ Det nærmere saksforholdet i dommen er redegjort for i kapittel 3.2.1. Lagmannsretten fant at den midlertidige ansettelsen av en arbeidstaker for å utføre et bestemt oppdrag var tillatt. Som begrunnelse for resultatet ble det vist til at oppdraget som arbeidstakeren hadde blitt midlertidig ansatt for å dekke forutsatte økonomisk utdanning. De øvrige oppdragene bemanningsforetaket normalt leie ut arbeidskraft til var til arbeid som forutsatte spisskompetanse innenfor ingeniørfagene.¹²¹ Lagmannsretten fant at behovet for arbeidstakeren i bemanningsforetaket var av klart avgrenset karakter, og at det ville bortfalle ved utløpet av oppdraget.¹²²

Et sentralt moment i avgjørelsen var således at det enkelte oppdraget forutsatte en bestemt form for kompetanse som skilte seg fra de øvrige i foretaket. Det var ikke kun tale om at ar-

¹¹⁸ NOU 1998: 15 s. 55.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 214.

¹²⁰ LG-2013-157422.

¹²¹ LG-2013-157422, dommens s. 6.

¹²² LG-2013-157422, dommens s. 6.

beidstakeren skulle utføre arbeid av en annen art enn de øvrige oppdragene i virksomheten gikk ut på.

At det enkelte oppdraget må forutsette en bestemt kompetanse, ikke bare gå ut på forskjellige arbeidsoppgaver, har også blitt lagt til grunn i juridisk litteratur.¹²³ I litteraturen blir dette formulert som et spørsmål om kompetansebehovet ved de ulike prosjektene eller oppdragene er så forskjellige eller spesialiserte at det forutsetter særskilt opplæring for at en arbeidstaker skal kunne dekke et annet prosjekt. Det blir lagt til grunn at dette etter omstendighetene vil kunne bety at arbeidets karakter tilsier midlertidig ansettelse.¹²⁴ At det skal gjelde en slik forutsetning kan få støtte i lagmannsrettsdommen som det er henvist til ovenfor.¹²⁵ Arbeidstakeren hadde der utdanning som økonom, mens bemanningsforetaket vanligvis leide ut arbeidskraft til oppdrag som forutsatte spisskompetanse innenfor ingeniørfag. Det var således ikke bare tale om forskjellige arbeidsoppgaver, men en faktisk forskjell i nødvendig formell kompetanse, og det på et ganske høyt nivå.

Dersom alternativet for midlertidig ansettelse i bokstav a skal tolkes strengt, slik som ble uttalt i Rt. 1985 s. 1141, taler det for at det må stilles krav om at det enkelte oppdraget forutsetter en bestemt form for kompetanse, for at arbeidets karakter skal tilsi midlertidig ansettelse. Dersom det skal være tilstrekkelig å vise til at det enkelte oppdraget består av andre arbeidsoppgaver, uten at dette forutsetter en egen form for kompetanse, vil det åpne for at en stor andel av arbeidstakerne kan ansettes midlertidig. Det kan hevdes at en slik tolkning av alternativet ikke er egnet til å ivareta lovens hovedregel om at arbeidstakere skal ansettes fast.

Det ovennevnte tilsier at det ikke vil være tilstrekkelig at oppdraget kun består av andre arbeidsoppgaver, dersom de kan utføres av en person med samme kompetansebakgrunn. Arbeidets karakter kan etter dette tilsi midlertidig ansettelse dersom et oppdrag som bemanningsforetaket mottar forutsetter en bestemt form for kompetanse som skiller seg fra de øvrige oppdragene i virksomheten.

¹²³ Egeland (2011) s. 808 og Fougner m.fl. (2013) s. 639.

¹²⁴ Egeland (2011) s. 808.

¹²⁵ LG-2013-157422.

3.2.3.2 *Et enkelt oppdrag eller et fåtall*

Det kan problematiseres om bemanningsforetaket ikke kan ha noen andre oppdrag som forutsetter den samme kompetansen, eller om det er tilstrekkelig at dette utgjør et mindretall av oppdragene i virksomheten.

Uttalelsen fra forarbeidene om at det kan begrunne midlertidig ansettelse om bemanningsforetaket mottar et enkeltstående oppdrag som atskiller seg fra de øvrige,¹²⁶ taler for det førstnevnte. Det er vanskelig å ta avgjørelsen fra Gulating lagmannsrett til inntekt for noe bestemt standpunkt, da avgjørelsen berodde på en totalvurdering. Imidlertid kan det poengteres at det også i denne saken var tale om et konkret oppdrag som forutsatte en annen kompetanse enn de øvrige.¹²⁷ Resultatet i dommen taler således for den samme forståelsen som uttalelsen fra forarbeidene.

Mot dette kan det innvendes at et bemanningsforetak vil kunne ha vanskelig for å forutberegne behovet for arbeidstakere med en bestemt kompetanse, dersom bemanningsforetaket kun mottar et fåtall av oppdrag som forutsetter denne kompetansen. Det legges imidlertid til grunn at vurderingen i det konkrete tilfellet vil måtte bero på hvor jevnlig bemanningsforetaket har mottatt oppdrag av den bestemte arten. Dersom det har vært en relativt jevn tilgang på oppdrag som forutsetter for eksempel økonomisk kompetanse vil det ikke nødvendigvis være grunnlag for å ansette en økonom midlertidig, selv om de nevnte oppdragene utgjør et mindretall av oppdragene i virksomheten.

3.2.4 Markerte forskjeller i arbeidsmengde

3.2.4.1 *Innledning*

Ovenfor er det avklart at et bemanningsforetak vil ha adgang til å ansette en arbeidstaker midlertidig dersom vedkommende skal utføre arbeid i et oppdrag som forutsetter en bestemt form for kompetanse. Forarbeidene til likebehandlingskravet nevner ikke uttrykkelig noen andre tilfeller hvor arbeidstaker kan ansettes midlertidig i bemanningsforetak. Henvisningen til vil-

¹²⁶ Jf. NOU 1998: 15 s. 55.

¹²⁷ LG-2013-157422.

kårene i aml. § 14-9 første ledd tilsier imidlertid at også andre momenter kan spille inn i hetsvurderingen av om arbeidets karakter tilsier midlertidig ansettelse.¹²⁸

I det følgende vurderes om arbeidets karakter kan tilsi midlertidig ansettelse når arbeidstaker skal utføre sesongpreget arbeid, for å dekke arbeidstopper og for å dekke variasjoner som er vanlige og som gjentas årlig.¹²⁹ Det legges i det videre til grunn at de nevnte momentene vil komme til uttrykk ved at bemanningsforetaket tildeles flere oppdrag, slik at foretaket opplever en økning i arbeidsmengden.

3.2.4.2 Sesongpreget arbeid

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven 1977 ble det lagt til grunn at arbeidets karakter kunne tilsi midlertidig ansettelse når det var *sterkt sesongpreget*. Som eksempel ble det vist til arbeid som bare kan utføres på vinterstid.¹³⁰ Av forarbeidene til arbeidsmiljøloven 2005 fremgår videre at det kan anses midlertidig for å dekke arbeidskraftbehov som skyldes sesongmessige svingninger i varehandelen, turistnæringen, næringsmiddelindustrien og annen sesongpreget virksomhet.¹³¹ Som eksempel på bransje hvor det antas å forekomme sesongmessige svingninger nevnes hotell- og restaurantbransjen. Også serveringssteder og butikker som bare holder åpent i sommer- og ferienesonger antas det at kan ha et økt arbeidskraftbehov på grunn av sesongmessige svingninger.¹³² Ut fra dette kan det slutes at for at noe skal regnes som sesongmessig arbeid må det være forhold som tilsier at det kun er behov for arbeidskraften i enkelte perioder av året.

Når forarbeidene nevner svingninger i varehandelen og turistnæringen ligger det nært å anta at slike svingninger vil kunne begrunne midlertidige ansettelser i sommer- eller feriemånedene, for eksempel mai til og med august. Om det økte arbeidskraftbehovet varer over en så lang periode som et halvt år har det blitt hevdet at dette vil falle utenfor alternativet.¹³³

¹²⁸ Jf. Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 165.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 3-4.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 71.

¹³¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 202.

¹³² Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 179.

¹³³ Johansen og Stueland (2011) s. 569-570.

Det er nærliggende å anta at et bemanningsforetak som driver utleie til slike bransjer, for eksempel til hotell- og resepsjonsarbeid, kan oppleve en økning i antallet oppdrag som tildeles i sesong. Et bemanningsforetak vil i slike situasjoner ha et økt behov for arbeidskraft, noe som taler for at det er adgang til å ansette midlertidig for å dekke dette.

Et argument mot dette er at arbeidet som utføres i et bemanningsforetak, å dekke oppdrag i innleievirksomheter, ikke i seg selv er sesongpreget. Videre er det uttalt i forarbeidene til arbeidsmiljøloven 1977 at det avgjørende bevis for om arbeidets karakter tilsa midlertidig ansettelse ofte vil finnes i de «faktiske sysselsettingsmuligheter vedkommende virksomhet har ved avtalens utløp».¹³⁴ De to momentene taler for at lovligheten av en midlertidig ansettelse for å dekke en økning i antallet oppdrag til sesongpreget arbeid beror på om bemanningsforetaket har andre oppdrag som arbeidstakeren kan dekke, etter utløpet av det første.

3.2.4.3 Variasjoner i arbeidsmengde som er vanlige og gjentas årlig

I følge forarbeidene til arbeidsmiljøloven kan arbeidets karakter videre tilsa midlertidig ansettelse dersom arbeidstakeren skal dekke et arbeidskraftbehov som er vanlig og gjentas årlig. Som eksempel nevnes julehjelper.¹³⁵

Det kan stilles spørsmål ved om dette alternativet er et like relevant grunnlag for midlertidig ansettelse i bemanningsforetak. Selv om potensielle innleievirksomheter opplever et økt arbeidskraftbehov som skyldes julehandelen, vil et bemanningsforetak som driver utleie til for eksempel butikker ikke nødvendigvis ha et like tidsavgrenset behov. Dersom et bemanningsforetak opplever en økning i antallet oppdrag det tildeles hvert år, som går ut på for eksempel utleie til butikker rundt julehandelen, kan det likevel i følge forarbeidene gjøre at arbeidets karakter tilsier midlertidig ansettelse. Følgelig vil en arbeidstaker kunne ansettes midlertidig for å dekke et slikt oppdrag.

¹³⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 71.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 202.

3.2.4.4 Midlertidig ansettelse for å dekke arbeidstopper

Med arbeidstopp menes en økning i arbeidsmengden og det dertil hørende behovet for arbeidskraft.¹³⁶ En slik arbeidstopp kan begrunne midlertidig ansettelse forutsatt at den er uforutsigbar og av kort varighet.¹³⁷ I juridisk litteratur har det blitt argumentert for at tildeling av oppdrag til et bemanningsforetak ikke vil kvalifisere som en arbeidstopp som begrunner midlertidig ansettelse.¹³⁸ Forutsetningen om at arbeidstoppen skal være uforutsigbar støtter en slik tolkning. Som nevnt er et bemanningsforetak definert som en «virksomhet som har til formål å drive utleie» av arbeidskraft, jf. aml. § 14-12. At en virksomhet har et slikt formål taler mot at tildelingen av oppdrag vil være uventet.

På den andre siden kan det tenkes at et bemanningsforetak opplever en økning i antallet oppdrag det tildeles, eller eventuelt tildeles et større oppdrag. Dersom denne økningen medfører et arbeidskraftbehov som er større enn det vanlige taler det for at bemanningsforetaket kan ansette arbeidstaker midlertidig. Hvorvidt midlertidig ansettelse i slike tilfeller er tillatt må nok i ethvert tilfelle bero på en konkret vurdering av om det foreligger omstendigheter som tilsier at det økte arbeidskraftbehovet vil vedvare.

Det følger av forarbeidene til arbeidsmiljøloven at det ikke er tillatt å ansette midlertidig for å avhjelpe generelle eller jevne variasjoner i ordretilgang eller ved usikkerhet om eventuell fremtidig reduksjon i arbeidsmengde».¹³⁹ Dersom bemanningsforetaket ikke har konkrete holdepunkter for at økningen i oppdragsmengde ikke vil være varig, taler dette for at adgangen til å ansette arbeidstakeren midlertidig med denne begrunnelse er avskåret.

3.2.5 Bemanningsforetak er sårbare for variasjoner i etterspørsel

Som nevnt tidligere er bemanningsbransjen sterkt konjunkturutsatt. Utleie av arbeidskraft utgjør hoveddelen (93 prosent) av omsetningen i bransjen.¹⁴⁰ Dette innebærer at bemanningsforetakene vil være sårbare for en nedgang i antallet oppdrag som tildeles. Spørsmålet som

¹³⁶ Johansen og Stueland (2011) s. 570.

¹³⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 202.

¹³⁸ Johansen og Stueland (2011) s. 570.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 202.

¹⁴⁰ Prop.74 L (2011-2012) s. 15-16.

skal vurderes her er om denne sårbarheten er en omstendighet som tilsier at det bør være en utvidet adgang til å ansette midlertidig i bemanningsforetak, selv om foretaket (på ansettelsestidspunktet) har en løpende tilgang på oppdrag og de enkelte oppdragene ikke forutsetter særskilt kompetanse.

I forarbeidene til opphevelsen av forbudet mot utleie av arbeidskraft ble det uttalt at:

«Utvalget har videre problemer med å se at vikarbyråbransjen er i en særstilling når det gjelder kravene til fast ansettelse. Også innen annen næringsvirksomhet baserer bedrifter sin aktivitet etter oppdrag og svingninger i markedet. Det er for eksempel ingen prinsipielle forskjeller mellom et vikarbyrå og et håndverksfirma som baserer sin virksomhet på oppdrag, som tilsier at spørsmålet om fast ansettelse skal vurderes forskjellig.»¹⁴¹

I forarbeidene til reguleringen av adgangen til å leie inn arbeidskraft i arbeidsmiljøloven 1977 ble det således vist til at bemanningsforetakenes sårbarhet for variasjoner i etterspørsel ikke i seg selv talte for en annen bedømming av ansettelsesforholdene som inngås der.

Høyesterett har i visse tilfeller godtatt at konkrete særtrekk ved ansettelsesforholdet kan begrunne midlertidig ansettelse på grunn av at arbeidets karakter tilsier det.¹⁴² I dommen i Rt. 2001 s. 1413 (Norsk Folkehjelpdommen) ble midlertidig ansettelse for å utføre løpende arbeidsoppgaver tillatt. Momentene som i dette ble begrunnet for å vise til at arbeidets karakter tilsa midlertidig ansettelse var imidlertid flere enn at Norsk Folkehjelp var sårbare for variasjoner i etterspørsel. Arbeidet hadde til formål å være midlertidig ved at arbeidstakerne skulle gjøre seg selv unødvendige, bidrag til finansieringen av arbeidet forutsatte det, og det ble lagt til grunn at det kunne kreves forskjellig kompetanse for å arbeide i forskjellige områder hvor mineryddingsarbeid pågikk.¹⁴³ Det var således en helhetsvurdering av flere særtrekk som gjorde at Høyesterett i dette tilfellet godtok den midlertidige ansettelsen.

¹⁴¹ NOU 1998: 15 s. 124.

¹⁴² Jf. Rt. 1985 s. 1141 (Ergoterapeutdommen) og Rt. 2001 s. 1413 (Norsk Folkehjelpdommen), som er redegjort for i kapittel 2.2.1 og 2.2.2.

¹⁴³ Rt. 2001 s. 1413, på s. 1423.

Det ovennevnte taler mot at bemanningsforetakenes sårbarhet for variasjoner i tilgangen på oppdrag i seg selv skal være et moment som tilsier midlertidig ansettelse, selv om foretaket har en løpende tilgang på oppdrag.

3.2.6 Forlengelse av den midlertidige ansettelsen

Selv om det er et kriterium at den midlertidige ansettelsen skal kunne avgrenses til et bestemt tidsrom eller en bestemt arbeidsoppgave, er det i utgangspunktet ikke noe i veien for at arbeidsavtalen forlenges eller fornyes. Årsaken til at den midlertidige ansettelsen forlenges vil imidlertid ha betydning i vurderingen av om vilkårene for midlertidig ansettelse er oppfylt.¹⁴⁴ Kommunal- og moderniseringsdepartementet la til grunn at en forlengelse på grunn av at et enkelt prosjekt tar lengre tid enn forutsatt, ofte vil aksepteres. Forlengelse av en midlertidig ansettelse for at arbeidstakeren skal utføre nye eller andre arbeidsoppgaver, vil kunne tas som bevis for at arbeidsgiveren har et mer permanent behov for arbeidstakeren. Den midlertidige ansettelsen vil i slike tilfeller lettere bli ansett for å være en omgåelse av arbeidstakerens stillingsvern.¹⁴⁵

At en midlertidig ansettelse kan forlenges på grunn av at det enkelte oppdraget eller prosjektet tar lengre tid enn forutsatt er tillatt har også støtte i rettspraksis. I denne forbindelse vises til Gulating lagmannsretts dom av 10. juli 2014,¹⁴⁶ som er nærmere redegjort for i kapittel 3.2.1. Det som er interessant å vise til her er at lagmannsretten godtok at den midlertidige ansettelsen ble forlenget til syv måneder, i stedet for å avsluttes etter seks måneder slik som opprinnelig var avtalt. Vedrørende oppdragets varighet uttalte lagmannsretten:

«At behovet for midlertidig arbeidskraft etter hvert viste seg å vare i 7 og ikke i 6 måneder kan etter omstendighetene i dette tilfellet ikke innebære at A må anses som fast ansatt. [...] Partene var innforstått med at det var den opprinnelige midlertidige ansettelsesavtalen som ble forlenget.»¹⁴⁷

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 166.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 166.

¹⁴⁶ LG-2013-157422.

¹⁴⁷ LG-2013-157422, dommens s. 6.

Uttalelsen fra lagmannsretten viser at forlengelse av ansettelsen der det skyldes at det konkrete oppdraget tar lenger tid enn forutsatt har blitt akseptert.

Bakgrunnen for at et oppdrag i en innleievirksomhet kan bli forlenget er for eksempel at arbeidet som den innleide utfører tar lengre tid å avslutte, eller at fraværet som vedkommende skal dekke, varer lengre enn forutsatt ved inngåelsen av oppdragsavtalen.¹⁴⁸ Dersom oppdragsavtalen mellom innleievirksomheten og bemanningsforetaket blir forlenget, følger det av det ovennevnte at den midlertidige ansettelsen av arbeidstakeren kan forlenges.

Dersom grunnen for forlengelsen av den midlertidige ansettelsen er at arbeidstakeren skal dekke et nytt oppdrag vil det imidlertid utgjøre et holdepunkt for at bemanningsforetaket har et varig behov for vedkommende. Etter hovedregelen i aml. § 14-9 første ledd første punktum skal ansettelsen da være fast.

3.3 Midlertidig ansettelse i vikariat

3.3.1 Ansettelse for å utføre arbeid i stedet for en annen eller andre

Som det er gjort rede for i kapittel 2.2.3, kan det ansettes midlertidig i vikariat for arbeidstakere som er fraværende. Fraværet kan skyldes sykdom, permisjon, ferieavvikling eller lignende. Vikariatet må være konkret begrenset i en eller annen form, men det er i hovedsak ikke noe i veien for at et arbeidsforhold som vikar varer noe utover den fraværendes tilbakekomst til arbeidsplassen. Et vikarforhold kan også være en viss periode etter at stillingen den skal dekke er opphørt, så lenge det skyldes at arbeidsgiver vurderer om det skal opprettes en ny stilling.

Dersom en arbeidstaker i bemanningsforetaket er fraværende, er utgangspunktet at det kan ansettes midlertidig i vikariat for å utføre dennes arbeidsoppgaver, jf. ordlyden i aml. § 14-9 første ledd bokstav b. Så vidt meg bekjent er ikke spørsmålet om vikariatsansettelser i bemanningsforetak spesielt nærmere behandlet i forarbeider eller høyesterettspraksis. Vurderingen av ansettelser på dette grunnlag må derfor foretas i henhold til de sentrale momentene om at

¹⁴⁸ Jf. gjennomgangen av vilkårene for midlertidig ansettelse, og innleie, i kapittel 2.2 og 2.3.

vikarbehovet faktisk er knyttet til bestemte arbeidstakeres fravær, og at det er konkret avgrenset i en eller annen form.

Det kan tenkes to alternative situasjoner hvor spørsmålet om det er adgang til å ansettes en arbeidstaker midlertidig i vikariat kommer opp i bemanningsforetak. Det ene alternativet er at et bemanningsforetak tildeles et nytt oppdrag og at en det ansettes en vikar fordi en ansatt i bemanningsforetaket, som kunne tatt oppdraget, er fraværende. Det andre alternativet er at en arbeidstaker blir fraværende mens denne er i oppdrag, og at det blir spørsmål om å ansette midlertidig for å dekke et arbeidskraftbehov knyttet til dette.

Det første tilfellet som er nevnt ovenfor antar jeg at ikke er særlig relevant i praksis. Dersom bemanningsforetaket mangler arbeidskraft til å dekke et nytt oppdrag, kan det hevdes at den midlertidige ansettelsen må begrunnes i arbeidets karakter, - at arbeidstakeren bare trengs for å dekke et bestemt oppdrag. Det økte arbeidskraftbehovet i bemanningsforetaket vil imidlertid også i et slikt tilfelle være knyttet til arbeidstakeres fravær. Om en arbeidstaker kan ansettes midlertidig i vikariat i et slikt tilfelle ikke er helt opplagt.

Dersom en arbeidstaker blir fraværende under utførelsen av et oppdrag, er det nærliggende å anta at bemanningsforetaket må dekke opp for dette fraværet. Mellom bemanningsforetaket og innleievirksomheten er det som tidligere nevnt et kontraktsforhold.¹⁴⁹ Utgangspunktet er at avtalen mellom bemanningsforetaket og innleievirksomheten ikke berører arbeidstakeren direkte.¹⁵⁰ Det er hovedsakelig bemanningsforetaket som er ansvarlig for at arbeidstakeren har de nødvendige kvalifikasjonene for å utføre det bestemte oppdraget.¹⁵¹ Dette kan tilsi at innleievirksomheten ikke har noen preferanser knyttet til hvilken arbeidstaker som dekker oppdraget, utover at vedkommende skal være kvalifisert. Dersom bemanningsforetaket skal være forpliktet til å dekke opp for en fraværende arbeidstaker i et oppdrag, tilsier dette at det er adgang til å ansette midlertidig i vikariat.

¹⁴⁹ Prop.74 L (2011-2012) s. 25.

¹⁵⁰ Jf. NOU 1998: 15 s. 125 om utvalgets forslag til regulering. Utvalget la på samme sted til grunn at det i utgangspunktet ikke er noen relasjon mellom arbeidstaker og innleievirksomheten, slik at det ikke var behov for noen regulering av dette.

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 70 (1998-99) s. 41.

3.3.2 Forlengelse eller fornyelse av vikariatansettelsen

3.3.2.1 Forlengelse av vikariatet

Lovforarbeidene stiller som tidligere nevnt krav om at den midlertidige ansettelsen i et vikariat er begrenset i en eller annen form.¹⁵² Et annet spørsmål er om det er adgang til å forlenge en vikariatansettelse, eller å inngå ny avtale om vikariatansettelse etter at det tidligere ansettelsesforholdet er opphørt.

Ordlyden i aml. § 14-9 første ledd bokstav b gir ikke direkte svar på spørsmålene. At den midlertidige ansettelsen må være knyttet til en eller flere arbeidstakers fravær kan imidlertid tale for at det kan være adgang til å forlenge avtalen dersom det fremdeles er knyttet til fraværet. Det er nærliggende å anta at en arbeidstakers fravær kan bli forlenget på en eller annen måte. Hvis arbeidstakeren for eksempel er ute med sykemelding kan det være vedkommende ikke blir frisk så raskt som det er antatt. Dersom en midlertidig ansettelse blir forlenget fordi fraværet som lå til grunn for den varer lenger enn først antatt, vil den midlertidige ansettelsen fremdeles være knyttet til dette fraværet. Etter en språklig forståelse av ordlyden vil det da være adgang til å forlenge vikariatet til den midlertidig ansatte.

Høyesterett har lagt til grunn at varigheten av et sykdomsfravær kan være vanskelig å forutberegne. I denne forbindelse vises til kjennelsen i Rt. 2005 s. 1395, hvor førstvoterende under henvisning til lagmannsrettens bedømmelse uttalte:

«Etter lagmannsrettens syn er det uten betydning at de to sykemeldte – etter det opplyste – kom tilbake i arbeid før 1. juni 2004. En arbeidsgiver må kunne opprette et vikariat med rimelig utstrekning for å sikre at behovet for arbeidskraft blir kontinuerlig dekket. Sykemeldinger gis vanligvis for kortere perioder av gangen, og en arbeidsgiver vil normalt ikke vite når den aktuelle arbeidstaker vil bli friskmeldt.»¹⁵³

Det lagmannsretten konkret hadde uttalt seg i forhold til her var gyldigheten av at en midlertidig ansettelse hadde vart utover den perioden de angitte arbeidstakerne hadde vært fraværende

¹⁵² Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 165.

¹⁵³ Rt. 2005 s. 1395, avsnitt 18.

fra virksomheten.¹⁵⁴ I denne forbindelse er det av interesse å vise til at det gjennom denne uttalelsen har blitt lagt til grunn at varigheten på det fraværet en arbeidstaker ansettes midlertidig for å dekke ikke alltid vil være mulig å fastsette presist i forkant.

Med bakgrunn i det overnevnte må det antas at det vil være adgang til å forlenge en midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd bokstav b, dersom fraværet som lå til grunn for ansettelsen varer lenger enn først antatt.

3.3.2.2 *Ny ansettelse av samme arbeidstaker i vikariat*

Om en og samme arbeidstaker kan ansettes midlertidig i flere vikariater følger ikke nærmere av ordlyden i aml. § 14-9 første ledd bokstav b. Uttalelser i forarbeidene til den tilsvarende bestemmelsen i arbeidsmiljøloven 1977 § 58 A taler imidlertid for at dette er tillatt. Det vises her til Ot.prp. nr. 50 (1993-94), hvor Kommunal- og moderniseringsdepartementet uttalte følgende:

«I utgangspunktet er det [...] ikke i strid med loven å benytte samme vikar flere ganger, under forutsetning av at noen faktisk er fraværende og vikaren dekker et arbeidskraftbehov som skyldes fraværet.»¹⁵⁵

Uttalelsen relaterte seg til gjeldende rett på det daværende tidspunktet, men har også fått tilslutning i forarbeidene til aml. § 14-9.¹⁵⁶

At en og samme arbeidstaker kan ansettes i flere vikariater har også støtte i rettspraksis. I dommen i Rt. 1989 s. 1116 (Statfjorddommen) uttalte førstvoterende at loven i utgangspunktet ikke er til hinder for at en bedrift benytter seg av den samme vikaren gjentatte ganger.¹⁵⁷ Denne dommen omhandlet nettopp lovligheten av å ansette den samme arbeidstakeren i vikariat flere ganger. Det nærmere innholdet i dommen vil redegjøres for i neste kapittel.

¹⁵⁴ Rt. 2005 s. 1395, avsnitt 18.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 165.

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 213.

¹⁵⁷ Rt. 1989 s. 1116, på s. 1120.

På denne bakgrunn kan det legges til grunn at det er tillatt å ansette en og samme arbeidstaker i flere midlertidige vikariater, dersom det er for å utføre arbeid i stedet for en annen eller andre. Dette betyr at et bemanningsforetak kan inngå en ny avtale om midlertidig ansettelse med en arbeidstaker, selv om vedkommende har vært vikar i bemanningsforetaket tidligere. Som uttalelsen fra Statfjorddommen indikerer er dette utgangspunktet. Førstvoterende viste imidlertid videre til at:

«Lovens bestemmelser og formål sett i sammenheng kan imidlertid i visse, særlige tilfeller sette grenser for hva som lovlig kan avtales av fortløpende vikariater uten at arbeidstakeren nyter godt av et stillingsvern.»¹⁵⁸

Dette bringer meg over i det neste punktet jeg skal behandle, om avskjæring av adgangen til å ansette midlertidig i vikariat dersom bemanningsforetaket har et varig behov for ekstra arbeidskraft.

3.3.3 Den ulovfestede læren om retten til fast ansettelse ved et varig arbeidskraftbehov

Høyesterett har i flere avgjørelser foretatt en innskrenkende tolkning av vilkåret i aml. § 14-9 første ledd bokstav b, om midlertidig ansettelse i vikariat. Gjennom tre sentrale avgjørelser har Høyesterett utviklet en lære om at en midlertidig ansatt arbeidstaker kan ha krav på fast ansettelse dersom virksomheten har et varig behov for ekstra arbeidskraft. I det følgende vil jeg omtale det som «den ulovfestede læren». De tre dommene er publisert i Rt. 1989 s. 1116 (Statfjorddommen), Rt. 2006 s. 1158 (Ambulansedommen) og Rt. 2009 s. 578 (Sykehuset Innlandet- dommen). De tre dommene vil bli gjort rede for i det følgende. Deretter vurderes de ulike elementene i den ulovfestede læren opp mot situasjonen i bemanningsforetak. Følgen av at en arbeidstaker blir ansett som fast ansatt blir ikke behandlet nærmere, da dette ligger utenfor avhandlingens tema.

Saksforholdet i Statfjorddommen var at en arbeidstaker hadde vært midlertidig ansatt i til sammen 20 vikariater over en periode på to og et halvt år, før hun ble fast ansatt. Etter å ha sluttet i arbeidet fremsatte hun krav om å bli regnet som fast ansatt også i vikarperioden, samt

¹⁵⁸ Rt. 1989 s. 1116, på s. 1120.

om dekning av tapt inntekt for periodene hun ikke hadde vært i arbeid. Sett i lys av arbeidsmiljølovens formål og bestemmelser sett i sammenheng, fant Høyesterett at vilkårene for midlertidig ansettelse i dagjeldende § 58 nr. 7 annet ledd annet punktum ikke var oppfylt.¹⁵⁹ Det avgjørende var at arbeidstakeren fast, og over et langt tidsrom, hadde fylt et generelt, stort vikarbehov i virksomheten.¹⁶⁰ I tillegg ble det vist til at fraværet hadde vært forutsigbart for arbeidsgiver.¹⁶¹ På denne bakgrunn kom Høyesterett til at arbeidstakeren skulle ha vært fast ansatt, med det stillingsvern dette medfører.¹⁶² Arbeidstakeren fikk imidlertid ikke medhold i kravet om erstatning for tapt lønn. Dette ble begrunnet med at hun kunne ha vært ansatt og fått lønn, i en fast stilling tilsvarende den mengden hun hadde arbeidet.¹⁶³

Fra resultatet i Statfjorddommen kan det sluttet at det ikke vil være tillatt å ansette en midlertidig på gjentatte vikariater, dersom et bemanningsforetak har et varig udekket behov for arbeidskraft knyttet til andre arbeidstakeres fravær. Hensynet til at arbeidstakeren skal beskyttes av samme stillingsvern som en fast ansatt slår i slike tilfeller igjennom.¹⁶⁴

Den ulovfestede læren fra Statfjorddommen ble videreutviklet i dommen i Rt. 2006 s. 1158, Ambulansedommen. Arbeidstakeren i denne saken hadde vært ansatt som vikar/ tilkallingshjelp med sporadisk tjenestegjøring/ ubestemt arbeidstid i ambulansetjenesten i Akershus, og senere også Oslo fylke. Etter avtalen skulle hver enkelt tilkalling anses som en tidsbegrenset ansettelse, som opphørte når den eller de avtalte vaktene var avsluttet. Arbeidsplassen bestod av 140, senere 260 årsverk. Fraværet ved ambulansetjenesten i Akershus var på 27 prosent. Førstvoterendehenviste til Statfjorddommen og uttalte at «et fast arbeidskraftbehov skal ikke dekkes ved vikariater, men med en større grunnbemanning av fast ansatte.»¹⁶⁵ Videre ble det vist til at det særlig er for de større virksomhetene med et jevnt og forutsigbart arbeidskraftbehov at den ulovfestede læren kommer til anvendelse.¹⁶⁶ Årsaken til fraværet ble imidlertid

¹⁵⁹ Rt. 1989 s. 1116, på s. 1121.

¹⁶⁰ Rt. 1989 s. 1116, på s. 1121.

¹⁶¹ Rt. 1989 s. 1116, på s. 1121.

¹⁶² Rt. 1989 s. 1116, på s. 1121.

¹⁶³ Rt. 1989 s. 1116, på s. 1122.

¹⁶⁴ Rt. 1989 s. 1116, på s. 1121.

¹⁶⁵ Rt. 2006 s. 1158, avsnitt 39.

¹⁶⁶ Rt. 2006 s. 1158, avsnitt 39.

ikke funnet å ha betydning i vurderingen av en midlertidig ansettelses rettmessighet, så fremt det var jevnt fordelt gjennom året.¹⁶⁷

Rekkevidden av den ulovfestede læren ble begrenset i Ambulansedommen ved at det i tillegg ble stilt krav om arbeidstakerens tilknytning til virksomheten ved vurderingen av om arbeidstakeren hadde krav på fast ansettelse.¹⁶⁸ Dette kriteriet ble ansett for å være oppfylt i den konkrete saken.¹⁶⁹ Praktiseringen av vikarordningen i virksomheten ble på denne bakgrunn ansett å være i strid med lovens bestemmelse om midlertidig ansettelse i vikariat.¹⁷⁰

I Sykehuset Innlandet-dommen trakk Høyesterett den nedre grensen for når en arbeidstaker kan kreve fast ansettelse etter den ulovfestede læren. Arbeidstakeren hadde i dette tilfellet vikariert som hjelpepleier på fire poster ved Sykehuset Innlandet. Førstvoterende viste til uttalelsen i Ambulansedommen om at det først og fremst er for større virksomheter med et noenlunde jevnt og forutsigbart arbeidskraftbehov at bruk av vikarer for å dekke dette behovet vil være urettmessig.¹⁷¹ Videre ble det uttalt at det i vurderingen av det enkelte ansettelsesforholdet må tas utgangspunkt i antallet fast ansatte som arbeidstakeren kan vikariere for.¹⁷² Det gjennomsnittlige fraværet i denne saken hadde vært på 15, 3 prosent, men på grunn av størrelsen på avdelingen tilsvarte det beregnede behovet for vikarer kun tre stillinger.¹⁷³ Høyesterett fant at det ikke var noe reelt alternativ for sykehuset å løse arbeidskraftbehovet ved å øke grunnbemanningen.¹⁷⁴ Det ekstra arbeidskraftbehovet skyldtes at fast ansatte i turnuser ikke kunne arbeide oftere enn hver tredje helg, og at arbeidets art krevde at man brukte vikarer som kjente pasientene og rutinene på de enkelte avdelingene. Med bakgrunn i en konkret vurdering av ansettelsesforholdet kom Høyesterett til at de gjentatte midlertidige ansettelsene av arbeidstakeren ikke var i strid med loven.¹⁷⁵

¹⁶⁷ Rt. 2006 s. 1158, avsnitt 40.

¹⁶⁸ Rt. 2006 s. 1158, avsnitt 39.

¹⁶⁹ Rt. 2006 s. 1158, avsnitt 44.

¹⁷⁰ Rt. 2006 s. 1158, avsnitt 44.

¹⁷¹ Rt. 2009 s. 578, avsnitt 45.

¹⁷² Rt. 2009 s. 578, avsnitt 49.

¹⁷³ Rt. 2009 s. 578, avsnitt 49.

¹⁷⁴ Rt. 2009 s. 578, avsnitt 50.

¹⁷⁵ Rt. 2009 s. 578, avsnitt 51.

Av de nevnte dommene kan det utledes at dersom bemanningsforetaket har et varig og forutsigbart behov for ekstra arbeidskraft vil det ikke være tillatt å løse dette gjennom midlertidige ansettelse i vikariat. Ved vurdering må tas hensyn til arbeidsgivers mulighet for å løse arbeidskraftbehovet gjennom fast ansettelse uten at dette er til vesentlig ulempe. For at en enkelt arbeidstaker skal kunne kreve fast ansettelse i medhold av den ulovfestede læren må vedkommende ha en tilstrekkelig tilknytning til det aktuelle arbeidet

I det videre behandles hvordan det kan klarlegges om et bemanningsforetak har et varig og forutsigbart behov for ekstra arbeidskraft og om behovet uten vesentlig ulempe kan løses gjennom at flere arbeidstakere ansettes fast. Det sentrale er at adgangen til å ansette midlertidig i vikariat i slike tilfeller vil være avskåret. Kravet om at arbeidstakeren må være tilstrekkelig tilknyttet arbeidet for å kunne kreve fast ansettelse vil ikke behandles nærmere, da avhandlingens tema går på bemanningsforetakenes adgang til å ansette midlertidig.

3.3.4 Den ulovfestede læren anvendt på vikariatansettelser i bemanningsforetak

3.3.4.1 Virksomheten som behovet vurderes i forhold til

Utgangspunktet i arbeidsmiljøloven er at virksomhetsbegrepet faller sammen med det rettssubjektet som er arbeidsgiver.¹⁷⁶ Dette taler for at det er bemanningsforetaket som sådan som er virksomheten som arbeidskraftbehovet skal vurderes i forhold til.

Høyesterett uttalte ikke noe prinsipielt om avgrensningen av virksomheten i de tre ovennevnte dommene. Imidlertid ble arbeidsgivers anførsel i Ambulansedommen, om at arbeidskraftbehovet skulle vurderes ved hver enkelt ambulansestasjon, ikke tatt til følge. Begrunnelsen for dette var at det hadde vært mulig for arbeidsgiver å benytte en og samme vikar ved flere ambulansestasjoner. Vikarordningen hadde også blitt praktisert slik, ved at arbeidstakeren hadde stått på ringeliste ved flere av stasjonene. Videre ble det vist til at ansettelseskontrakten ikke inneholdt noen begrensning i forhold til hvilken ambulansestasjon arbeidstakeren skulle vikariere ved.¹⁷⁷ I Sykehuset Innlandet- dommen la Høyesterett på den andre siden til grunn at det kun var fraværet ved de enkelte avdelinger som arbeidstakeren hadde arbeidet som var rele-

¹⁷⁶ NOU 2004: 5 s. 148.

¹⁷⁷ Rt. 2006 s. 1158, avsnitt 41.

vant å vurdere. Dette var imidlertid konkret begrunnet i at arbeidets karakter gjorde at den ansatte ikke kunne vikariere for flere arbeidstakere enn de som var ansatt ved disse avdelingene.¹⁷⁸

At det er arbeidsgivers samlede virksomhet som må være utgangspunktet for vurderingen av arbeidskraftbehovet, har også blitt lagt til grunn i nyere underrettspraksis. I denne forbindelse vises det til Hålogaland lagmannsretts dom av 17. juni 2012¹⁷⁹, og Oslo tingretts avgjørelse av 24. mars 2014.¹⁸⁰ I førstnevnte sak fant lagmannsretten at arbeidskraftbehovet måtte vurderes i forhold til fraværet i hele Bodø kommune, fremfor kun to barnehager hvor arbeidstakeren hadde vikariert.¹⁸¹ I sistnevnte dom ble det uttalt at det må begrunnes særskilt dersom en mindre enhet enn virksomheten som sådan skal være utgangspunkt for vurderingen.¹⁸²

Etter dette legges det til grunn at det er behovet for ekstra arbeidskraft i bemanningsforetaket som er gjenstand for vurdering, og ikke en mindre enhet som for eksempel den enkelte avdeling i et større bemanningsforetak.

3.3.4.2 Om arbeidskraftbehovet er varig og forutsigbart

3.3.4.2.1 Fraværet innen en bestemt yrkeskategori

Som vist til i kapittel 3.1 driver flere av de store bemanningsforetakene utleie av arbeidskraft til forskjellige yrkesområder, hvor helse- og omsorgsarbeid og bygg- og anleggsarbeid kan nevnes som eksempler.¹⁸³ I vurderingen av om arbeidskraftbehovet ved et bemanningsforetak er varig og forutsigbart kan det stilles spørsmål om det er fraværet blant alle arbeidstakerne som er relevant. Et annet alternativ er at vurdering kun skal knyttes til fraværet innenfor den bestemte arbeidstakerkategorien som vikaren har utført oppdrag i.

¹⁷⁸ Rt. 2009 s. 578, avsnitt 49.

¹⁷⁹ LH-2011-97866.

¹⁸⁰ TOSLO-2013-144378 (heretter betegnet som NRK- saken).

¹⁸¹ LH-2011-97866, dommens s. 6-7.

¹⁸² TOSLO-2013-144378, dommens s. 7.

¹⁸³ Prop.74 L (2011-2012) s. 15.

Det er ikke gitt noe eksplisitt svar på dette spørsmålet i Staffjorddommen eller Ambulansedommen. Imidlertid kan det vises til at Høyesterett i begge tilfeller knyttet vurderingen opp mot fraværet i den arbeidstakergruppen som vikaren tilhørte.¹⁸⁴ I Sykehuset Innlandet- dommen uttalte Høyesterett at utgangspunktet må tas i antallet fast ansatte som arbeidstakeren kunne vikariere for.¹⁸⁵

De nevnte dommene kan tilsi at det er fraværet blant en bestemt arbeidstakerkategori som er relevant å vurdere. At vurderingen skal knyttes til fraværet i en bestemt arbeidstakerkategori er også lagt til grunn i juridisk litteratur.¹⁸⁶

I et bemanningsforetak som driver utleie av arbeidskraft til flere yrkesområder vil vurderingen av om midlertidig ansettelse er avskåret etter dette knytte seg til fraværet blant arbeidstakere som tar oppdrag innen den bestemte yrkeskategorien. Praktiske hensyn kan tale for den samme løsningen. En arbeidstaker som har vikariert på oppdrag i helsesektoren, vil ikke uten videre kunne dekke opp for fravær i oppdrag innenfor bygg- og anleggsarbeid. Å avskjære arbeidsgivers adgang til vikariatansettelse fordi fraværet blant arbeidstakere på oppdrag i sistnevnte yrkeskategori er stort, vil kunne gjøre det vanskelig eller umulig for bemanningsforetaket å oppfylle hele oppdragsavtalen med innleievirksomheten.

3.3.4.2.2 Omfanget på fraværet

Et annet spørsmål er hvor stort omfang det må være på fraværet før midlertidig ansettelse vil være avskåret, og hvor varig det må være. Det første som kan klarlegges er at Høyesterett ikke trakk noen eksplisitt nedre grense for når omfanget på fraværet vil være så lavt at den ulovfestede læren ikke kommer til anvendelse. I Staffjorddommen fant Høyesterett at et fravær på mellom ti og 14 prosent var høyt.¹⁸⁷ I Ambulansedommen var det samlede fraværet på 27 prosent. Også dette ble funnet å være høyt.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Jf. Rt. 1989 s. 1116, hvor Høyesterett på s. 1121 viste til omfanget av fraværet blant servicearbeiderne, og Rt. 2006 s. 1158, avsnitt 40, hvor Høyesterett viste til fraværet i ambulansetjenesten.

¹⁸⁵ Rt. 2009 s. 578, avsnitt 49 og 50.

¹⁸⁶ Johansen og Stueland (2011) s. 574 og Egeland (2011) s. 812.

¹⁸⁷ Rt. 1989 s. 1116, s. 1121.

¹⁸⁸ Rt. 2006 s. 1158, avsnitt 40.

De nevnte Høyesterettsdommene taler etter dette for at et fravær på mellom ti og 30 prosent vil kunne anses for å være så høyt at adgangen til vikariatansettelse vil være avskåret.

Om størrelsen på fraværet i et konkret bemanningsforetak skal innebære at arbeidsgiver ikke kan dekke arbeidskraftbehovet gjennom bruk av vikarer, vil imidlertid bero på flere forhold. I denne forbindelse vises det til at Høyesterett i Sykehuset Innlandet- dommen la til grunn at den midlertidige ansettelsen var tillatt. Fraværet ble også i dette tilfellet ansett som høyt. Antallet ansatte ved avdelingen var imidlertid lite. Sammen med de konkrete omstendighetene i saken, ble det derfor lagt til grunn at vikarbruken var tillatt.¹⁸⁹

I juridisk litteratur har det blitt hevdet at det ikke er antallet arbeidstakere som er fraværende som har betydning i vurderingen av arbeidskraftbehovet, men andelen arbeidskraft som hentes inn for å dekke opp for dette fraværet.¹⁹⁰ Som begrunnelse for påstanden vises det til at virksomheter har forskjellige måter å dekke opp for fraværende arbeidstakere på. I noen virksomheter er antallet arbeidstakere som må være på arbeid til enhver tid mer fleksibelt, og arbeidsoppgavene kan omfordeles ved fravær. Dette ikke er mulig på arbeidsplasser hvor det er bestemte krav til antallet arbeidstakere som er i arbeid til enhver tid.¹⁹¹ Videre hevdes det at den konkrete vurderingen må bero både på fraværstatistikken i virksomheten, og bruken av midlertidig arbeidskraft.¹⁹²

Denne påstanden kan få en særlig side til vikariatansettelser i bemanningsforetak, fordi andelen arbeidskraft som hentes inn ikke nødvendigvis svarer til andelen arbeidstakere som er for eksempel syke eller i permisjon. Det minnes her på at arbeidstakere i bemanningsforetak kun er i arbeid når de er i oppdrag i en innleievirksomhet. En arbeidstaker kan således være fraværende uten at dette medfører noe økt arbeidskraftbehov, fordi vedkommende på det aktuelle tidspunktet ikke var i oppdrag.

¹⁸⁹ Rt. 2009 s. 578, avsnitt 49-51.

¹⁹⁰ Edvardsen (2012) s. 112.

¹⁹¹ Edvardsen (2012) s. 112.

¹⁹² Edvardsen (2012) s. 112.

Til den ovennevnte påstanden kan det vises til at Høyesterett i de tre henviste avgjørelsene har vist både til hvor stort fravær det var i de aktuelle virksomhetene, og hvor stor arbeidsgivers behov for arbeidskraft var. Det taler for at de to størrelsene må vurderes i lys av hverandre.

3.3.4.2.3 Varigheten på fraværet

Også varigheten på fraværet, ved siden av omfanget, spiller inn i vurderingen av om bruken av vikariatansettelser skal anses for å være urettmessig. Dette har sin bakgrunn i at det ekstra arbeidskraftbehovet må være forutsigbart for arbeidsgiver.¹⁹³ Det kan stilles spørsmål om når arbeidskraftbehovet har vedvart over så langt tid at det må sies å være varig.

Høyesterett trakk ikke noen klar grense for dette i de nevnte avgjørelsene. Vikarbruken hadde i alle tilfellene vedvart i over ett år, og Høyesterett kom i Ambulansedommen og Statfjorddommen til at det ekstra arbeidskraftbehovet var stabilt og varig.¹⁹⁴ Det er dermed nærliggende å gå ut i fra at et jevnt fravær som vedvarer i en periode opp mot ett år, vil regnes som varig, slik at arbeidsgiver må regne fraværet med i vurderingen av hvor mange arbeidstakere som skal ansettes fast.

I Frostating lagmannsretts avgjørelse av 29. oktober 1999¹⁹⁵ kom lagmannsrettens flertall til at et vikarforhold som hadde vedvart over en periode på et halvt år ikke var rettmessig. Sentralt i denne avgjørelsen var imidlertid også at vikarbehovet og antallet vikariater benyttet i virksomheten hadde vært høyt. I løpet av perioden tilsvarte vikarbruken mellom fem og elleve fulle stillinger, i en arbeidsstokk på 140. Resultatet i saken illustrerer at et jevnt arbeidskraftbehov som varer i under ett år også kan bli ansett for å være så varig og forutsigbart at arbeidsgiver ikke kan ansette midlertidig for å dekke det. Dommen illustrerer videre at varigheten og omfanget av vikarbruken må vurderes samlet.

¹⁹³ Se Edvardsen (2012) s. 123, hvor dette momentet trekkes frem.

¹⁹⁴ Rt. 1989 s. 1116, på s. 1121.

¹⁹⁵ LF-1999-508.

3.3.4.2.4 Virksomhetens størrelse

Høyesteretts uttalelse i Ambulansedommen kan tale for at det først og fremst er for større bemanningsforetak at det ekstra arbeidskraftbehovet vil anses for å være forutsigbart, slik at adgangen til midlertidig ansettelse i vikariat er avskåret.¹⁹⁶ Det ble det også vist til dette i Sykehuset Innlandet- dommen.¹⁹⁷ I juridisk litteratur er det noe uenighet knyttet til om Høyesterett med dette har etablert en nedre grense for størrelsen på virksomheter som omfattes.¹⁹⁸

I Oslo tingretts dom av 2. desember 2011 ble det imidlertid lagt til grunn at Høyesterett ikke har satt noen nedre grense for hvor stor en bedrift må være for at læren skal komme til anvendelse.¹⁹⁹ Imidlertid ble det vist til at omfanget av vikarbehovet normalt vil øke med virksomhetens størrelse, fordi det i større virksomheter vil være mindre avhengig av om enkeltpersoner er fraværende.²⁰⁰ Uttalelsen fra tingrettsdommen illustrerer at det sentrale er om arbeidskraftbehovet er forutsigbart.

Det kan etter dette ikke legges til grunn at den ulovfestede læren er absolutt begrenset til kun å gjelde for større virksomheter. Det innebærer at adgangen til å ansette midlertidig i vikariat kan være avskåret også for mindre bemanningsforetak, om det ekstra arbeidskraftbehovet etter en vurdering av dets varighet og omfang må sies å være varig.

3.3.4.3 Om det er en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å ansette flere fast

Det kan stilles spørsmål ved om et bemanningsforetak vil bli hørt med en påstand om at det vil innebære vesentlig ulempe å ansette flere arbeidstakere fast fremfor midlertidig i vikariat.

Arbeidsforholdet ved virksomheten i Statfjorddommen var særpreget ved at virksomheten var forpliktet til å ha et bestemt antall personer på arbeid til enhver tid, og ved at en eventuell øk-

¹⁹⁶ Rt. 2006 s. 1158, avsnitt 39.

¹⁹⁷ Rt. 2009 s. 578, avsnitt 45.

¹⁹⁸ Se Dalheim (2006) s. 254 og Edvardsen (2012) s. 118. Se også Fougner (2009) s. 102, som viser til at virksomheter med mer enn 200 arbeidstakere har blitt regnet som større virksomheter av Høyesterett.

¹⁹⁹ TOSLO-2011-82184, avsnitt 62.

²⁰⁰ TOSLO-2011-82184, avsnitt 62.

ning i arbeidskraftbehov ikke kunne løses gjennom bruk av overtid eller overtallsbemanning. Høyesterett fant imidlertid at arbeidsforholdet ikke var så særegent at dette tilsa at vikarbruken var lovlig.²⁰¹ Høyesterett uttalte videre at dette «Iallfall gjelder [...] når behovet for vikarer var så vidt stort og forutsebart».²⁰² Arbeidsgivers påstand om at særegne forhold ved virksomheten må tale for at en økt vikarbruk vil være tillatt, ble heller ikke tatt til følge i Ambulansedommen. Særpreget ved ansettelsesforholdet som ble påberopt i denne saken var at ambulansetjenesten var en helkontinuerlig virksomhet, og at det ikke var mulig å drive tjenesten med redusert bemanning.²⁰³ I juridisk litteratur er det hevdet at dommene viser at det skal mye til før særegne forhold ved en virksomhet kan gi arbeidsgiver et større slingringsmonn for vikarbruk utover det som følger av det ovennevnte.²⁰⁴ I NRK-saken la tingretten til grunn at det må kreves mer enn at det bare er upraktisk for arbeidsgiver å ansette fast.²⁰⁵

Eventuelle særegne forhold ved bemanningsforetakenes virksomhet som kan tenkes påberopt er at mengden arbeid som kan tilbys de ansatte avhenger av oppdragsmengde. Mengden arbeid er avhengig av en tredjepart,²⁰⁶ hvilket innebærer at det kan være vanskelig for bemanningsforetak å forutberegne hvor stort det ekstra arbeidskraftbehovet vil være til enhver tid. Dersom flere arbeidstakere ansettes fast vil et bemanningsforetak således ha vanskelig for å forutberegne hvor mye arbeid som kan tilbys de faste ansatte. Forarbeidene sier imidlertid uttrykkelig at ansettelsesforhold i bemanningsforetak skal vurderes etter de alminnelige reglene i arbeidsmiljøloven.²⁰⁷ Det er derfor ikke grunnlag for å anta at en utstrakt vikarbruk i et bemanningsforetak skal bedømmes på annen måte enn i andre virksomheter.

Dersom det legges til grunn at det er et mål å forhindre at arbeidstakere blir gående på gjentatte midlertidige ansettelser, vil det være ønskelig å motvirke utstrakt vikarbruk også innen bemanningsbransjen. Hensynet til å ivareta lovens hovedregel om fast ansettelse, med den trygghet og forutsigbarhet det innebærer for arbeidstakeren, taler mot at bemanningsforetak

²⁰¹ Rt. 1989 s. 1116, på s. 1121.

²⁰² Rt. 1989 s. 1116, på s. 1121.

²⁰³ Rt. 2006 s. 1158, avsnitt 42, jf. avsnitt 27.

²⁰⁴ Dalheim (2006) s. 255-256.

²⁰⁵ TOSLO-2013-144378.

²⁰⁶ Johansen og Stueland (2011) s. 594.

²⁰⁷ NOU 1998: 15, s. 124.

skal gis en utstrakt adgang til å dekke fravær blant arbeidstakere gjennom bruk av midlertidig ansatte vikarer.

På bakgrunn av det ovennevnte kan det ikke særegne forhold ved bemanningsforetakenes virksomhet begrunne et utvidet adgang til å ansette midlertidig i vikariat.

3.4 Generell adgang til midlertidig ansettelse i inntil tolv måneder

Som nevnt i innledningen har Stortinget i møte av 24. mars 2015 vedtatt et tillegg i aml. § 14-9 første ledd, som gir adgang til å inngå midlertidig ansettelse på generelt grunnlag i inntil tolv måneder. Tillegget skal inntas i nytt alternativ f.²⁰⁸ I dette kapittelet vurderes om det nylig vedtatte tillegget kan antas å få utstrakt betydning for ansettelse i bemanningsforetak. I forarbeidene er det uttalt at arbeidsoppgavene som den midlertidig ansatte skal utføre kan være tidsavgrenset eller varige.²⁰⁹

Så vidt meg bekjent har ikke Arbeids- og sosialdepartementet konkret tatt stilling til hvilken betydning lovtillegget vil få for ansettelse i bemanningsforetak generelt.

Et argument som kan tale for at den generelle adgangen til midlertidig ansettelse vil kunne få stor betydning, er at bemanningsforetakene kan ansette midlertidig etter dette alternativet, selv om det er for å dekke et oppdrag av samme art som de øvrige oppdragene bemanningsforetaket mottar. I bemanningsforetak med en løpende tilgang på oppdrag er det som nevnt i kapittel 3.2.2 en forutsetning for at arbeidets karakter skal tilsi midlertidig ansettelse at det enkelte oppdraget består av arbeidsoppgaver som forutsetter en annen form for kompetanse enn de øvrige.

En undersøkelse gjennomført på oppdrag fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet i 2009 viste resultatene at det var stor forskjell i varigheten på oppdragene innenfor de ulike arbeidsområder som bemanningsforetakene leier ut arbeidskraft til. Hele 45 prosent av oppdragene var av en varighet på seks måneder eller lengre.²¹⁰ Undersøkelsen avdekket videre at 24 pro-

²⁰⁸ Lovvedtak 54 (2014-2015).

²⁰⁹ Prop.39 L (2014-2015) s. 111.

²¹⁰ Econ Pöyry, R-2009-083 s. 88.

sent av oppdragene var av kortere varighet enn en måned.²¹¹ Oppdragenes varighet varierer mellom de forskjellige yrkessektorene som arbeidstakeren skal leies ut til. Oppdrag innenfor IT- arbeid ble opplyst å ha størst andel som var av lang varighet. 50 prosent av oppdragene som går ut på slikt arbeid varer i mer enn ett år.²¹² Tallene viser at en stor andel av oppdragene bemanningsforetaket får inn av kortere varighet enn tolv måneder. Det kan tale for at den generelle adgangen til midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd bokstav f vil bli et relevant alternativ for midlertidig ansettelse i bemanningsforetak.

Siden den midlertidige ansettelsen kan vare i inntil tolv måneder, og ikke behøver å være avgrenset til et konkret oppdrag, kan arbeidstakeren være midlertidig ansatt utover varigheten av det enkelte oppdraget, og av denne grunn stå til bemanningsforetakets disposisjon for flere påfølgende, kortvarige oppdrag. For bemanningsforetak med en løpende tilgang på kortvarige oppdrag, for eksempel til arbeid innenfor barnehagesektoren²¹³, vil dette kunne være et praktisk alternativ for å sikre tilstrekkelig arbeidskraft uten at bemanningsforetaket er forpliktet til å ansette fast.

Det følger imidlertid av ordlyden i aml. § 14-9 første ledd bokstav f at det ikke er adgang til å ansette fler enn femten prosent av arbeidstakerne i virksomheten etter dette alternativet. Likevel vil det alltid være tillatt å ansette minst en arbeidstaker etter dette alternativet. Denne begrensningen av alternativets anvendelsesområde tilsier at det ikke vil bli benyttet som grunnlag for midlertidig ansettelse i stor utstrekning.

Et annet moment som må antas å begrense utstrekningen i bruken av bokstav f som grunnlag for midlertidig ansettelse, er at departementet har bestemt at det skal gjelde en karanteneperiode for virksomheter som benytter seg av dette alternativet. Det skal innføres et nytt syvende ledd i aml. § 14-9. Arbeidsgiver kunne ansette en ny arbeidstaker midlertidig på generelt grunnlag for å utføre arbeid av samme art, dersom den midlertidig ansatte ikke får videre ansettelse i virksomheten etter utløpet av den første midlertidige ansettelsen. Med videre anset-

²¹¹ Econ Pöyry, R-2009-083 s. 88.

²¹² Econ Pöyry, R-2009-083 s. 89.

²¹³ I Prop.74 L (2011-2012) blir det på s. 16 vist til at oppdragene til slikt arbeid ofte bare varer en dag eller to.

telse siktes det her til fast ansettelse eller en ny midlertidig ansettelse på et alternativt grunnlag.²¹⁴

Ordlyden i aml. § 14-9 syvende ledd angir ikke nærmere hva som ligger i uttrykket «arbeidsoppgaver av samme art», eller hvordan virksomhetsbegrepet skal avgrenses. Arbeids- og sosialdepartementet har lagt til grunn at karantenen ikke bare omfatter arbeidsoppgaver som er nøyaktig like som de som ble utført.²¹⁵ Selv om de faktisk utførte arbeidsoppgavene skal være kjernen i vurderingen, er det en konkret helhetsvurdering som skal foretas. Andre momenter i vurderingen er om de nye arbeidsoppgavene det er tale om er oppgaver som det ville vært naturlig å pålegge arbeidstakeren, og om arbeidsoppgavene er av lik karakter. Videre uttalte departementet at tidspunktet på døgnet som arbeidsoppgavene skal utføres kan være av betydning, hvis organiseringen av arbeidet og oppgavene som tilligger en nattarbeiderstilling gjør at arbeidsoppgavene blir noen andre enn de som utføres av dagarbeidere. Som de siste momentene nevnes at ansvaret og stillingsnivået det er tale om, og hvilken utdanning eller kompetanse som kreves for å utføre arbeidsoppgavene er momenter av betydning.²¹⁶

At adgangen til å inngå avtale om midlertidig ansettelse på generelt grunnlag med ny arbeidstaker er avskåret for alle ansettelser i virksomheten, skal forstås som den juridiske enheten, slik dette begrepet ellers er brukt i arbeidsmiljøloven.²¹⁷ Det er nærliggende å forstå dette som at adgangen til ny midlertidig ansettelse på generelt grunnlag vil være avskåret for hele bemanningsforetaket som sådan.

De nevnte begrensningene kan antas å motvirke at det nylig vedtatte alternativet i aml. § 14-9 første ledd bokstav f vil bli anvendt i stor utstrekning i bemanningsforetak. Virkningen av tillegget antas å være at inntil femten prosent fler av arbeidstakerne i bemanningsforetak kan ansettes midlertidig etter at lovendringen blir gjennomført. Dersom de nevnte arbeidstakerne ikke får ny midlertidig eller fast ansettelse i bemanningsforetaket ved utløpet av denne avtalen, vil imidlertid karanteneprosjektet begrense hvor mange midlertidige ansettelser som kan inngås etter alternativet det neste året.

²¹⁴ Jf. Lovvedtak 54 (2014-2015).

²¹⁵ Prop.39 L (2014-2015) s. 112.

²¹⁶ Prop 39 L (2014-2015) s. 112-113.

²¹⁷ Prop.39 L (2014-2015) s. 113.

4 Oppsummering

Avhandlingen har tatt utgangspunkt i et spørsmål om når arbeidstakere kan ansettes midlertidig i bemanningsforetak etter aml. § 14-9 første ledd. Alternativene som har blitt funnet relevante å vurdere er om arbeidets karakter tilsier midlertidig ansettelse, og om arbeidstaker kan ansettes midlertidig i vikariat. Da det arbeidet som ordinært utføres i bemanningsforetak er å dekke midlertidige oppdrag i innleievirksomheter, har spørsmålet om når et oppdrag kan begrunne midlertidig ansettelse fått en sentral plass i avhandlingen.

Det er vist at midlertidig ansettelse i et bemanningsforetak (med en løpende tilgang på oppdrag) ikke utelukkende kan begrunnes med at arbeidstakeren skal dekke et bestemt oppdrag. Også andre momenter ved arbeidet må tilsi midlertidig ansettelse, for eksempel at et enkelt oppdrag forutsetter en bestemt form for kompetanse som atskiller seg fra de øvrige. Dersom bemanningsforetaket opplever en midlertidig økning i arbeidsmengde kan det også begrunne midlertidig ansettelse for å dekke et bestemt oppdrag. Om en arbeidstaker skal ansettes som vikar er det antatt at vedkommende må dekke opp for fravær hos en arbeidstaker som allerede er i et oppdrag. At bemanningsbransjen er sårbar for variasjoner i etterspørsel og oppdragsmengde er ikke funnet å være tilstrekkelig til å begrunne noen særskilt regulering av ansettelsesforholdene.

Det er antatt at det nylig vedtatte lovtillegget om en generell adgang til midlertidig ansettelse vil være et relevant alternativ for bemanningsforetak. En stor andel av oppdragene er av kortere varighet enn tolv måneder. Arbeidsgiver vil etter det nye alternativet kunne ansette en arbeidstaker midlertidig for et oppdrag med inntil ett års varighet, uten å ta i betraktning om bemanningsforetaket har en løpende tilgang på oppdrag som forutsetter den samme kompetanse.

At arbeidsgiver ikke må foreta en slik vurdering ved ansettelsen kan i ytterste konsekvens utgjøre en trussel mot lovens hovedregel om fast ansettelse. Den generelle adgangen til midlertidig ansettelse er begrenset til kun femten prosent av arbeidstakerne i en virksomhet. Kombinert med at adgangen til å ansette midlertidig på slikt grunnlag begrenses dersom en arbeidstaker som har vært midlertidig ansatt på generelt grunnlag ikke gis videre ansettelse, vil dette begrense utstrekningen av hvor mye alternativet vil bli brukt. For den enkelte arbeidstaker må det imidlertid kunne hevdes at lovtillegget vil kunne innebære større usikkerhet i

arbeidssituasjonen, fordi arbeidsgiver er gitt en videre adgang til midlertidig ansettelse enn det som hittil har vært gjeldende rett. Formålet om å ivareta arbeidstakerens trygghet i arbeidssituasjonen taler for at ansettelsespraksisen i bemanningsbransjen følges nøye med på.

Litteraturliste

Lover

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

Arbeidsmarkedsloven Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester.

Tjenestemannsloven (tjml.) Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.

Arbeidsmiljøloven 1977 Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (opphevet)

Sysselsettingsloven Lov 27. juni 1947 om tiltak til å fremme sysselsetting (opphevet)

Lovvedtak 54 (2014-2015) Lov om endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold)

Status for behandlingen av lovvedtaket er hentet fra: <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=61527>, (Hentet 24.04.15).

Endringslov nr. 121/2005 Lov 21. desember 2005 nr. 121 om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Lovforarbeider

- NOU 1998: 15 *Arbeidsformidling og arbeidsleie.*
- NOU 2004: 5 *Et arbeidsliv for trygghet inkludering og vekst.*
- Ot.prp. nr. 41 (1975-76) *Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.*
- Ot.prp. nr. 50 (1993-94) *Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m v.*
- Ot.prp. nr. 70 (1998-99) *Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., i lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. og i lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting.*
- Ot.prp. nr. 64 (2001-2002) *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v. (informasjon om ledige stillinger)*
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven)*
- Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) *Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*
- Prop.74 L (2011-2012) *Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv.)*
- Prop.39 L (2014-2015) *Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold)*

Innst.O. nr. 2 (1994-95) *Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.*

EU- direktiver

EP/Rdir. 2008/104/EF Europa- parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde.

Rdir. 1999/70/EF Rådets direktiv 1999/70/EF af 28. juni 1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse.

Doms- og kjennelses- register

Rt. 2012 s. 168 (Notodden fotballklubb- dommen)

Rt. 2009 s. 578 (Sykehuset Innlandet- dommen)

Rt. 2006 s. 1158 (Ambulansedommen)

Rt. 2005 s. 1395 (Kjennelse)

Rt. 2005 s. 826 (Braatendommen)

Rt. 2001 s. 1413 (Norsk Folkehjelp- dommen)

Rt. 1989 s. 1116 (Statfjorddommen)

Rt. 1985 s. 1141 (Ergoterapeutdommen)

LF-1999-508	(Frostating lagmannsrett)
LG-2007-94292	(Gulating lagmannsrett)
LG-2013-157422	(Gulating lagmannsrett)
TOSLO-2011-82184	(Oslo tingrett)
TOSLO-2013-144378	(Oslo tingrett) (Dom og kjennelse)

Litteratur

- Astrup (2011) Astrup, Anniken, «Innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie», i: *arbeidsrett.no*, Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.), 3. utg., 2011, s. 830-847.
- Dalheim (2006) Dalheim, Tron, «Midlertidig ansettelse – tilkallingsvikarer, ekstrahjelper m.v.» i: *Arbeidsrett* (2006), s. 244-264. (Sitert fra Iunn.no).
- https://vpn1.uio.no/+CSCO+0h756767633A2F2F6A6A6A2E76716861612E6162++/arbeid/2006/04/midlertidig_ansettelse__tilkallingsvikarer_ekstrahjelper_mv.
- Edwardsen (2012) Edwardsen, Kjetil, «Retten til fast ansettelse – praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren», i: *Arbeidsrett* (2012), s.103–141. (Sitert fra Idunn.no).
- https://vpn1.uio.no/+CSCO+0h756767633A2F2F6A6A6A2E76716861612E6162++/arbeid/2012/02/retten_til_fast_ansettelse_-_praktiske_problestillinger_ti.

- Egeland (2011) Egeland, Lill Christin, «Midlertidig ansettelse», i: *arbeidsrett.no*, Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.), 3. utg., 2011, s. 741-880.
- Evju (2005) Evju, Stein «Tilsigelsesavtaler – omgåelse av midlertidig ansettelse – Høyesteretts dom 27. juni 2005 (HR-2005-01028-A)», i: *Nytt i privatretten* Nr. 3/2005, s. 2-4. (Sisert fra Cappelen Damm.no.).
- https://vpn1.uio.no/+CSCO+0h75676763663A2F2F6A6A6A2E706E636372797261716E7A7A6861717265697666617661742E6162++/undervisning/akademisk/juridiske_fag/article11036.ece/binary/Nytt%20i%20privatretten_2005-3.pdf.
- Evju (2012) Evju, Stein «Midlertidighet og oppsigelighet: En studie i rettskilder og rettskildebruk», i: *Arbeidsrett og arbeidsliv* (2012), s. 341-364. (Sisert fra Norsk Arbeidsrettslig Forenings hjemmeside, narf.no.).
- <https://vpn1.uio.no/+CSCO+0h756767633A2F2F616E65732E767A6E7872652E6162++/sfiles/68/2/file/bind-6-2-5-se.pdf>.
- Fougner (2009) Fougner, Jan, «Læren om fast ansettelse ved varig behov», i: *Arbeidsrett* (2009), s. 98-104. (Sisert fra Idunn.no).
- <https://vpn1.uio.no/+CSCO+0h756767633A2F2F6A6A6A2E76716861612E6162++/arbeid/2009/02/art02>.
- Fougner m.fl. (2013) Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen (red.), *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave*, 2. utg., 2013.
- Jakhelln (2009) Jakhelln, Henning, Kåre Lilleholt (red.) *Knophs oversikt over Norges rett* 13. utg., 2009.

Johansen og Stueland Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland (red.), *Arbeidsmiljøloven, kommentarer og praksis*, 2011. (Sitert fra www.rettsdata.no).

<https://vpn1.uio.no/+CSCO+00756767633A2F2F6E6F622E6572676766716E676E2E6162++/-CSCO-30--browse.aspx?sDest=gAMLz2DKOMz5F2011>.

Elektroniske dokumenter

Fafo- rapport 2013: 20 Alsos, Kristin og Ragnhild Steen Jensen, *Bemanningsbransjens gråsoner*. Fafo, 2013. (Hentet 15.04.15.)

<http://www.fafo.no/images/pub/2013/20310.pdf>.

Fafo- rapport 2011: 33 Neergard, Kristine, Torstein Nesheim, Kristin Alsos, Øyvind M. Berge, Sissel C. Trygstad og Anne Mette Ødegård, *Utleie av arbeidskraft*, Fafo, 2011. (Hentet 15.04.15.)

<http://www.fafoarkiv.no/pub/rapp/20224/20224.pdf>.

Arbeidskraftundersøkelsen (AKU) Statistisk sentralbyrås Arbeidskraftundersøkelse, 4. kvartal 2014, Publisert 28.01.15. (Sitert 23.02.15).

<http://www.ssb.no/aku>.

Econ Pöyry, R-2009-083 Econ Pöyry, *Bemanningsbransjen. Struktur, utvikling og rolle*, 2009. (Hentet 30.03.15.)

<http://www.nhoservice.no/getfile.php/Filer/Dokumenter%20Bemanningsbransjen/R-2009-083%20Bemanningsbransjen%20%20Struktur%20utvikling%20og%20rolle1%281%29.pdf>

Nettsider

Manpower

www.manpower.no [Besøkt 10.02.15].

Adecco

www.adecco.no/Fagomrader-og-tjenester/Pages/Fagomrader-og-tjenester.aspx [Besøkt 10.02.15].

Proffice

<https://www.proffice.no/om-proffice/> [Besøkt 06.03.15]