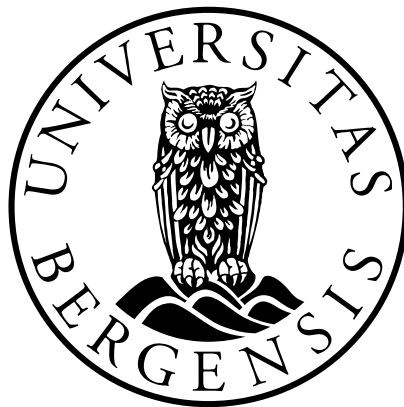


# Sammenligning mellom arbeidstakere på tilkallingskontrakter og deltidsansatte om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid

Kandidatnummer:265

Antall ord:13644



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.06.2015

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	2
1 Innledning.....	4
1.1 Presentasjon av oppgavens tema og problemstillinger .....	4
1.2 Avgrensning.....	5
2 Rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid for deltidsansatte .....	6
2.1 Gjeldende rett for deltidsansatte før aml. § 14-4a .....	6
2.2 Gjeldende rett i dag for deltidsansatte .....	7
2.2.1 Arbeidsmiljøloven § 14-4a.....	7
2.2.2 Materielle vilkår for deltidsansatte.....	8
(1) Arbeidet utover avtalt arbeidstid.....	9
(2) Arbeidstaker må ha arbeidet «jevnlige» .....	9
(3) Tilsvarende faktisk arbeidstid .....	13
(4) Arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger ..	13
2.2.3 Prosessuelle vilkår.....	14
2.2.4 Rettsvirkninger .....	15
2.3 Oppsummering av deltidsarbeidstakeres rettigheter etter aml. § 14-4a .....	16
3 Arbeidstakere på tilkallingskontraktens rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.....	18
3.1 Tilkallingskontrakter .....	18
3.1.1 Spørsmålet er om aml. § 14-4a omfatter arbeidstakere på tilkallingskontrakter	19
3.2 Arbeidstakere på tilkallingskontraktens rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter fireårsregelen, jf. aml. § 14-11, jf. aml. § 14-9 femte ledd .....	20
3.2.1 Materielle vilkår ved midlertidige ansettelse, jf. aml. § 14-11, jf. aml. § 14-9	20
(1) Arbeidets karakter .....	21
(2) Vikariat .....	22
(3) Sammenhengende midlertidig ansatt .....	22
3.2.2 Prosessuelle vilkår.....	23
3.2.3 Rettsvirkningene.....	23
3.3 Arbeidstakere på tilkallingskontraktens rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter grunnbemanningslæren .....	25
3.3.1 Grunnbemanningslæren .....	26
(1) Statfjorddommen.....	26

(2)	Ambulansedommen .....	27
(3)	Sykehus Innlandet HF-dommen .....	27
3.3.2	Grunnbemanningslæren- kriterier .....	28
(1)	Hvem omfattes .....	29
(2)	Hvor stort virksomhetsområde omfattes av grunnbemanningslæren.....	30
(3)	Hvor fast og stabilt behov for vikarer kreves.....	32
(4)	Kriteriet om tilstrekkelig tilknytning .....	33
3.3.3	Prosessuelle vilkår i grunnbemanningslæren .....	35
3.3.4	Rettsvirkningene av grunnbemanningslæren .....	35
4	Sammenligning av deltidsansatte og arbeidstakere på tilkallingskontrakter sin rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter aml. § 14-4a og aml. § 14-11, jf. aml. § 14-9 femte ledd 38	
4.1	Hvem omfattes.....	38
4.2	Arbeidets frekvens .....	38
4.3	Arbeidets beregningsperiode .....	40
4.4	Prosessuelle forskjeller .....	40
4.5	Rettsvirkningene, forskjeller .....	41
5	Sammenligning av deltidsansatte og arbeidstakere på tilkallingskontraktens rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter aml. § 14-4a og etter grunnbemanningslæren.....	43
5.1	Hvem omfattes.....	43
5.2	Arbeidets omfang .....	43
5.3	Unntak .....	45
5.4	Prosessuelle forskjeller .....	46
5.5	Rettsvirkningene, forskjeller .....	46
	Litteraturliste .....	48
	Lister over tabeller, figurer o.l. ....	50

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av oppgavens tema og problemstillinger

Den 14. juni 2013 ble det vedtatt en ny bestemmelse i Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (heretter aml.). Den nye bestemmelsen nedfelt i aml. § 14-4a regulerer deltidsansatte som de siste tolv måneder jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid i denne perioden, og gir rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i dette tidsrom dersom de øvrige vilkårene er oppfylt.

Endringen trådte i kraft den 1. januar 2014, og arbeidstakere som har vært ansatt siden bestemmelsens ikrafttredelse, kan tidligst få medhold av denne etter 1. januar 2015 grunnet fristen på tolv måneder, jf. aml. § 14-4a.<sup>1</sup>

Den nye bestemmelsen gir deltidasarbeidere større rettsvern enn tidligere. Det vil derfor være interessant å sammenligne dette med det rettsvernet som arbeidstakere på tilkallingskontrakter har når det gjelder rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. For å kunne gjennomføre en slik analyse er det behov for en nøye gjennomgang av det rettsvernet som så vel deltidsarbeider og arbeidstakere på tilkallingskontrakter har etter lov og ulovfestet rett. Det sentrale i en slik gjennomgang og analyse er å peke på de rettighetene som lov og ulovfestet rett gir arbeidstakere på tilkallingskontrakter og deltidsansatte for stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Tilkallingskontrakter er en ansettelsesform for mange arbeidstakere som ikke jobber fulltid. Arbeidstakere som er ansatt på tilkallingskontrakter, kan også ha rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, og denne rettigheten ivaretas av aml. § 14-11, jf. §§ 14-9 første ledd bokstav a) og b) samt grunnbemanningslæren. Grunnbemanningslæren vil jeg redegjøre for under kapittel 3.3.

Det er klart at deltidsansatte fortsatt vil kunne kreve fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter aml. §§ 14-11, jf. aml. 14-9 femte ledd, samt grunnbemanningslæren. For deltidsansatte vil det imidlertid bare fokuseres på deres rett til stilling tilsvarende faktisk

---

<sup>1</sup> EL14.06.2013 nr. 32 I fjerde ledd.

arbeidstid, ettersom det er dette nye stillingsvernet i aml. § 14-4a som er interesse å sammenligne med det som arbeidstakere på tilkallingskontrakter har.

I utredningen av rettighetene til de forskjellige bestemmelsene og til ulovfestet rett, vil jeg vurdere de materielle- og prosessuelle vilkårene samt rettsvirkningene.

## **1.2 Avgrensning**

Jeg vil ikke gå inn på spesiallovgivning for arbeidstakere som ikke er regulert av arbeidsmiljøloven, f.eks. tjenestemannsloven. Videre avgrenses det mot tariffavtaler og kollektiv arbeidsrett, og tariffavtaler da slike avtaler kan ha betydning for en arbeidstakers rettigheter i et arbeidsforhold. De prosessuelle vilkår eller spørsmål om erstatning, vil jeg ikke behandle i dybden, da disse er mindre relevante for min problemstilling.

## 2 Rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid for deltidsansatte

### 2.1 Gjeldende rett for deltidsansatte før aml. § 14-4a

Det følger av arbeidsmiljøloven en del begrensninger i avtalefriheten i form av preseptoriske regler. Hovedregel er fast ansettelse, jf. aml. § 14-9 første ledd. De to motstående hensyn er «hensynet til arbeidstakerens og samfunnets behov for stabile, trygge og forutsigbare ansettelsesforhold» mot hensynet til arbeidsgivers behov for omstilling og fleksibilitet.<sup>2</sup> Arbeidsforholdet er i stor grad regulert i arbeidsavtalen.

Før den nye bestemmelsen trådte i kraft var utgangspunktet for deltidsansatte aml. § 14-5 at det «skal inngås skriftlig arbeidsavtale i alle arbeidsforhold» og at arbeidsavtalen skal inneholde «lengde og plassering av den avtalte daglige og ukentlige arbeidstid», jf. aml. § 14-6 første ledd bokstav j). Arbeid utover avtalt arbeidstid måtte ikke gjennomføres med mindre det «forel[å] et særlig og tidsavgrenset behov for det.», jf. aml. § 10-6 første ledd.

Deltidsarbeidstakers rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid var regulert av fireårsregelen i da gjeldende aml. § 14-9 femte ledd, og den ulovfestede grunnbemanningslæren.<sup>3</sup>

Fireårsregelen i aml. § 14-9 femte ledd, ble vedtatt ved revisjon av arbeidsmiljøloven av 2005. Det uttales i forarbeidene til bestemmelsen at fireårsregelen var utformet i tråd med prinsippene i tjenestemannsloven samt at det vises til EU-direktivet om midlertidig ansettelse.<sup>4</sup> Departementet uttalte videre at «[e]n øvre grense for varigheten av en midlertidig ansettelse kan bidra til å tydeliggjøre lovens intensjon om at midlertidig ansettelse i hovedsak skal benyttes ved midlertidig behov og underbygger prinsippet om at fast ansettelse er lovens hovedregel.»<sup>5</sup>

I henhold til fireårsregelen i aml. § 14-9 femte ledd andre punktum, skal «[a]rbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter første ledd bokstav a og

---

<sup>2</sup> Thomas Benson, *Arbeidsrettsboka* 2. utg. s. 61 II

<sup>3</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 71-72 (4.4.1)

<sup>4</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 218 (16.4.3)

<sup>5</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 218 (16.4.3)

b...anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforholdet kommer til anvendelse.».

Den nedre grensen som regulerte deltidsansattes rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid var grunnbemanningslæren.

Grunnbemanningslæren<sup>6</sup> er en ulovfestet regel som har utviklet seg og er utpenslet i tre Høyesterettsdommer. Spor av denne ulovfestede regelen finner man allerede i forarbeidene til den tidligere arbeidsmiljølov § 58 punkt 7 annet ledd. I dens forarbeider presiseres det at avtaler om gjentatt midlertidig tilsetning kunne settes til side i misbrukstilfeller, og hvor det ble vektlagt om forholdene lå til rette for fast tilknytning. Dette ble grunnlagt med at midlertidig tilsetning i slike tilfeller var uheldig og burde unngås med mindre det var strengt nødvendig.<sup>7</sup>

De tre dommene som utgjør grunnbemanningslæren er Rt. 1989 s. 1116 (Statfjorddommen), Rt. 2006 s. 1158 (Ambulansedommen) og Rt. 2009 s. 578 (Sykehus Innlandet- dommen).

Grunnbemanningslæren oppstiller tre hovedkriterier som må foreligge for at en vikar kan få fast stilling tilsvarende faktisk arbeidet tid: For det første må det foreligge et fast, og stabilt behov for vikarer. Det neste kriteriet fastsetter at dersom det permanente arbeidskraftbehovet uten vesentlig ulempe kan dekkes ved å øke grunnbemanningen, skal dette gjøres. Som siste kriteriet må det være tilstrekkelig tilknytning mellom vikaren som krever fast ansettelse og virksomheten.<sup>8</sup> Grunnbemanningslæren vil jeg komme nærmere inn på senere i oppgaven, under kapittel 3.3.

## **2.2 Gjeldende rett i dag for deltidsansatte**

### **2.2.1 Arbeidsmiljøloven § 14-4a**

Den nye bestemmelsen aml. § 14-4a lyder; «(1) Deltidsansatte som de siste 12 måneder jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i denne perioden, med mindre arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt

---

<sup>6</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 71-72 (4.4.1)

<sup>7</sup> Arne Fanebust, Innføring i arbeidsrett, Den individuelle del. 3 utg. s. 88

<sup>8</sup> Jan Fougner, Arbeidsrett vol 6, 2009 «Læren om fast ansettelse ved varig behov» s.102

arbeidstaker fremmet sitt krav. (2) Tvist om rett etter denne bestemmelsen avgjøres av tvisteløsningsnemnda, jf. § 17-2.».

Det følger av forarbeidene til den nye bestemmelsen at det er flere hensyn som har vært viktig for utformingen av bestemmelsen. Det første hensynet er å minske ufrivillig deltidsarbeid. Det finnes en god del arbeidstakere som jobber ufrivillig deltid. Slike arbeidstakere jobber ofte deltid med en del ekstravakter, og ønsker gjerne en større stillingsprosent, men har vansker med å få seg dette. Bestemmelsen tar derfor sikte på å redusere omfanget av ufrivillig deltid, og styrke rettighetene til arbeidstakere som jobber ufrivillig deltid.<sup>9</sup> Det andre hensynet er å gjøre arbeidsgiver mer bevisst i sin bruk av merarbeid, og følgelig revidere deltidsavtale med de deltidsansatte.<sup>10</sup>

Den nye bestemmelsen har også betydning for likestilling ettersom det er et klart flertall av kvinner som jobber ufrivillig deltid.<sup>11</sup>

Jeg vil i den videre fremstillingen gå inn på de materielle vilkårene, de prosessuelle vilkårene og deretter rettsvirkningene for bestemmelsen for å klargjøre best mulig hvordan gjeldende rett er for deltidsarbeidstakere og deres rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

## **2.2.2 Materielle vilkår for deltidsansatte**

Inngangsvilkåret i aml. § 14-4a er «deltidsansatte...[som] har arbeidet utover avtalt arbeidstid», hvilket tilsier etter ordlyden arbeidstaker som er ansatt i en stilling som ikke er fulltid. Dette forutsetter at det foreligger en arbeidsavtale i mellom partene. Dette kan være en hvilken som helst stillingsprosent så lenge den er under 100 prosent. Forskjellige stillingskategorier har ulikt antall timer per uke for hva som anses som fulltidsstilling, og dette vil være utgangspunktet når en skal vurdere om arbeidstaker har en deltidsstilling eller fulltidsstilling.

Når det gjelder hvem bestemmelsen omfatter, nevner bestemmelsen «deltidsansatte». Etter naturlig ordlydstolkning vil dette tilsi både faste og midlertidige deltidsansatte. De sentrale

---

<sup>9</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 65 (4.1)

<sup>10</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 75-76 (4.4.4.1)

<sup>11</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 75-76 (4.4.4.1)



hensyn bak bestemmelsen er å redusere bruken av ufrivillig deltid samt gjøre arbeidsgiver mer bevisst i sin bruk av ikke avtalt merarbeid for deltidsansatte.<sup>12</sup>

Det følger direkte av loven at vedkommende må være en arbeidstaker som utfører arbeid i en annens tjeneste, jf. aml. § 1-8 første ledd.

### **(1) Arbeidet utover avtalt arbeidstid**

I henhold til aml. § 14-4a må deltidsansatte ha «arbeidet utover avtalt arbeidstid». Dette tilsier at etter en naturlig ordlydstolkning vil alt arbeid utover det som er avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker falle inn under dette begrepet. Forarbeidene støtter opp under denne tolkningen og nevner eksempler som ekstravakter, overtid, vikararbeid o.l.<sup>13</sup> Videre fremkommer det i forarbeidene at det er uten betydning hva merarbeidet kalles, men at det må avgrenses mot en avtale om utvidelse av stillingen, eksempelvis stilling som 50 % vikariat for en annen i virksomheten.<sup>14</sup> Det tas forbehold om at arbeidsgiver ikke kan konstruere ekstravakter som en rekke midlertidige ansettelse, og departementet legger opp til rettspraksis i å utpensle grenseoppganger. I vurderingen vil arbeidets varighet og karakter være viktige momenter i spørsmålet om det har karakter av å være en «merarbeidssituasjon» eller ei.<sup>15</sup>

### **(2) Arbeidstaker må ha arbeidet «jevnlign»**

Det vilkåret som kan medføre størst usikkerhet er vilkåret om at arbeidstaker må ha arbeidet «jevnlign», de siste tolvte måneder, jf. aml. § 14-4a.

Etter en vanlig ordlydstolkning vil «jevnlign» tilsi at merarbeidet har hatt en frekvens som har vært noenlunde stabil over tid. Departementet uttaler i forarbeidene at «vilkåret må vurderes skjønnsmessig ut fra en konkret vurdering, hvor både hyppighet og stabilitet i bruk av merarbeidet vil være sentrale momenter.»<sup>16</sup> I denne vurderingen må merarbeidet ha en viss hyppighet og at det samlet sett har et visst omfang.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> Punkt 2.2.1

<sup>13</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 75 (4.4.4.2)

<sup>14</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 76 (4.4.4.2)

<sup>15</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 76 (4.4.4.2)

<sup>16</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 77-78 (4.4.4.4)

<sup>17</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 86

Arbeid som utføres helt sporadisk vil ikke oppfylle kriteriet «jevnlign», f. eks merarbeid i forbindelse med ferieavvikling. På motsatt side vil en arbeidstaker som jobber en ekstra dag i uken utover hele året, klart være innenfor vilkåret. Det kreves innslag av merarbeid i den løpende driften, men det kreves ikke at merarbeidet nødvendigvis vil være likt fordelt utover hele beregningsperioden på tolv måneder. Hovedpoenget er at bruken av merarbeidet i det store og hele fremstår som en etablert praksis i beregningsperioden.<sup>18</sup>

I følge forarbeidene er grunnlaget for vilkåret, at merarbeid skal være et unntak og normalt ikke foregå over en lengre periode. Dersom deltidsansatt «jevnlign» har arbeidet mer enn arbeidskontrakten, og lengre enn tolv måneder, tilsier dette at arbeidsgiver har et stabilt behov for denne arbeidskraften og arbeidstaker dermed et rimelig grunnlag for stilling for faktisk arbeidstid.<sup>19</sup>

Beregningstiden på tolv måneder skal regnes fra det tidspunktet arbeidstaker fremmet kravet for arbeidsgiver. Det er ikke noe formkrav i meldingen fra arbeidstaker til arbeidsgiver om forhøyet stillingsprosent. Her vil timelister være relevant dokumentasjon, og arbeidsgiver plikter i henhold til aml. § 10-7 å føre oversikt over arbeidstakers faktiske arbeidstid.<sup>20</sup>

I praksis vil grensene om hva som ligger i begrepet jevnlig måtte utpensles av rettspraksis og før den tid vil det være usikkert hvor disse vil gå. Ett spørsmål er om man kan få noen holdepunkter for å forstå hva som ligger i «jevnlign»- vilkåret ved å se til bestemmelsen som tidligere var den eneste som regulerte deltidsarbeidstaker rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, hvilket var fireårsregelen.

Etter fireårsregelen måtte arbeidstaker ha arbeidet «sammenhengende» i fire år for å få rett til fast stilling, jf. aml. § 14-9 femte ledd.

Spørsmålet er om vilkåret om at arbeidstaker må ha arbeidet «sammenhengende» etter fireårsregelen i aml. § 14-9 femte ledd, har relevans ved forståelsen av «jevnlign»- vilkåret i aml. § 14-4a.

I vurderingen om fireårsregelen kan gi holdepunkter ved forståelsen av «jevnlign»-vurderingen er det sentralt å se hen til ordlyden og hensynet til arbeidstaker i de to bestemmelsene.

---

<sup>18</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 77-78 (4.4.4.4)

<sup>19</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 77 (4.4.4.4)

<sup>20</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 77 (4.4.4.3)

Det fremkommer i aml. § 14-9 femte ledd at arbeidstakere som har vært «sammenhengende» midlertidig ansatt i mer enn fire år etter bokstav a og b, skal anses som «fast ansatt» slik at reglene om oppsigelse kommer til anvendelse.

Etter vanlig ordlydstolking vil «sammenhengende» tilsi at arbeidstaker må ha uavbrutt vært ansatt hos arbeidsgiver. Det følger av forarbeidene at det må uansett foretas en totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet. Dersom arbeidstiden har variert i løpet av de fire årene, vil retten kunne foreta en gjennomsnittsberegning.<sup>21</sup>

Fireårsregelen gjelder imidlertid utstrakt bruk av midlertidige avtalte vikariat, i motsetning til aml. § 14-4a som omhandler merarbeid utover avtalt arbeidstid, og de to bestemmelsene regulerer dermed ulike typer ansettelsesforhold. Dette taler for at arbeidsavtalene må ha vært «sammenhengende» etter fireårsregelen, ikke har relevans ved forståelsen av «jevnlign»-vilkåret i aml. § 14-4a.

Vilkåret om at deltidsarbeidstaker har arbeidet «jevnlign» og fireårsregelens vilkår om at de midlertidige arbeidsavtalene må ha vært «sammenhengende» bygger begge på en konkret totalvurdering. Ordlyden er imidlertid ulik, og «sammenhengende» er et strengere vilkår enn «jevnlign». Hadde lovgiver ment at vurderingen om arbeidets frekvens i de to bestemmelsene skulle være like, ville de hatt samme ordlyd. Dette taler også for at «sammenhengende»-vilkåret i fireårsregelen ikke har relevans til forståelsen av «jevnlign»-vilkåret i aml. § 14-4a.

Det er ingen av de tidligere bestemmelsene som regulerte deltidsarbeidstakeres rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, som kan gi noen gode holdepunkter for forståelsen av «jevnlign»-vilkåret etter aml. § 14-4a. Helt eksakt hvordan terskelen til vilkåret vil forstås må avklares av rettspraksis. Grensen vil være et sted mellom en fast dag i uken, og helt sporadiske vakter. Dersom arbeidstaker for eksempel har arbeidet en ekstra dag annenhver uke, stort sett gjennom hele året, vil dette godt tenkes å være omfattet av «jevnlign»-vilkåret. Hensynet bak bestemmelsen er tross alt å forhindre ufrivillig deltid, og samtidig oppfordre arbeidsgiver til å begrense bruken av merarbeid som ikke er avtalt.<sup>22</sup> Vurderingen vil uansett vurderes konkret, slik at det er vanskelig å gi et generelt svar på spørsmålet om hvor terskelen vil ligge. Her vil praksis fra tvisteløsningsnemnda og rettspraksis utpensle grensene.

---

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 44 (6.1.5)

<sup>22</sup> Punkt 2.2.1

Et annet spørsmål er om fravær kan avbryte vilkåret om at arbeidstaker må ha arbeidet «jevnlign» dersom vedkommende ikke har utført merarbeid i deler av denne perioden, jf. aml. § 14-4a.

I arbeidsmiljølovens kapittel om diskriminering, følger det av aml. § 13-1 tredje ledd, at reglene i dette kapittel «gjelder tilsvarende ved diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid», og bestemmelsene i kapittelet gjelder «alle sider ved arbeidsforholdet», jf. aml. § 13-2 første ledd.

Etter vanlig ordlydstolkning vil «gjelder tilsvarende ved diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid» tilsi at deltidsansatte skal ha samme rettigheter som faste ansatte, jf. aml. § 13-1 tredje ledd, og dette skal gjelde for «alle sider ved arbeidsforholdet», jf. aml. § 13-2 første ledd, hvilket etter en naturlig ordlydstolkning omfatter rett til fravær, og at fravær ikke vil få betydning for ens faste stilling.

Det kan synes klart at en deltidsansatt skal ha de samme rettigheter til fravær som en fast ansatt, uten at dette skal få andre konsekvenser for deltidsansatte enn faste ansatte. Dette kan tale for at fravær ikke kan avbryte vilkåret om at arbeidstaker må ha arbeidet «jevnlign», dersom vedkommende ikke har utført merarbeid i deler av denne perioden, jf. aml. § 14-4a.

På den annen side følger det direkte av lovens ordlyd at arbeidstaker «har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i denne perioden», jf. aml. § 14-4a. Ordlyden vil tilsi at det er den reelle arbeidstiden arbeidstaker har hatt som skal utgjøre den stillingen han har krav på. Den klare ordlyden taler for at fravær kan avbryte vilkåret om at arbeidet må ha vært «jevnlign», jf. aml. § 14-4a.

Lignende bestemmelse finner man i aml. § 14-9 femte ledd, som omhandler spørsmålet om fravær ville avbryte fireårsregelen, om at de midlertidige arbeidsavtalene skulle være «sammenhengende». Dette resulterte i at lovgiver tilførte et vilkår om at fravær ikke skulle kunne føre til brudd ved vurderingen om «sammenhengende» etter fireårsregelen. Dersom meningen var at aml. § 14-4a, som er en nyere bestemmelse også skulle gi arbeidstaker samme vern angående fravær, vil det være nærliggende at samme type regel ville være tatt med. Dette taler for at fravær kan avbryte vilkåret om at arbeidet må ha vært utført «jevnlign», jf. aml. § 14-4a.

Slik jeg leser bestemmelsen kan fravær avbryte vilkåret om at arbeidstaker må ha arbeidet «jevnlign», dersom vedkommende ikke har utført merarbeid i denne perioden, jf. aml. § 14-4a.

### **(3) Tilsvarende faktisk arbeidstid**

Deltidsarbeider vil ha rett til stilling «tilsvarende faktisk arbeidstid i denne perioden», jf. aml. § 14-4a.

I henhold til vanlig ordlydstolkning vil «tilsvarende faktisk arbeidstid i denne perioden» tilsi at arbeidstaker har rett til stilling som tilsvarer noenlunde samme tider og stillingsprosent som merarbeidet representerer de siste tolv månedene. I forarbeidene uttaler departementet at det vil være opp til partene å stipulerer stillingsstørrelsen for den aktuelle perioden. Dersom partene ikke blir enig om dette, vil det være naturlig å ta utgangspunkt i en gjennomsnittsberegning for å reflektere den reelle arbeidstiden i beregningsperioden. Dette vil imidlertid bare være et utgangspunkt og det må i tillegg utvises et visst skjønn i vurderingen.<sup>23</sup>

Departementet uttaler videre i forarbeidene at arbeidstaker enten må takke ja til den nye stillingsprosenten, og kan eksempelvis ikke bare akseptere halvparten. Det er imidlertid ingenting imot at partene kan avtale en annen stillingsprosent.<sup>24</sup>

Dersom merarbeidet har foregått på flere forskjellige avdelinger og på ubekvemme arbeidstider, vil det være innenfor arbeidsgivers styringsrett å fortsette å bruke arbeidstaker i tilsvarende vakter.<sup>25</sup>

### **(4) Arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger**

Selv om arbeidstaker har jobbet utover avtalt arbeidstid og vilkårene er oppfylt, vil vedkommende ikke ha krav på den nye stillingsprosenten dersom arbeidsgiver «kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger», jf. aml. § 14-4a første ledd.

Etter vanlig ordlydstolkning vil «kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger» tilsi at arbeidsgiver har en bevisplikt for at merarbeid ikke lenger vil være nødvendig. Forarbeidene poengterer at vilkåret ikke skal være en vid skjønnsmessig

---

<sup>23</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 78 (4.4.4.6)

<sup>24</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 78-79 (4.4.4.6)

<sup>25</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 78-79 (4.4.4.6)

unntaksbestemmelse basert på en skjønnsmessig urimelighetsvurdering, men at unntaksvilkåret skal være en begrensning i tilfeller hvor det ikke videre vil være behov for merarbeidet.<sup>26</sup>

Det essensielle vil være at arbeidsgiver kan fremlegge informasjon som er etterprøvbare av Tvisteløsningsnemnda, og som sannsynliggjøre at behovet for merarbeid ikke lenger vil være nødvendig.<sup>27</sup> Videre uttaler departementet i forarbeidene at dersom arbeidsgiver kun kan dokumentere at det vil være behov for eksempelvis 50 prosent av merarbeidet neste år, vil den deltidsansatte ha krav på de resterende 50 prosent.<sup>28</sup> Vilkåret vil dermed være en sikkerhetsventil som skal forhindre urimelige resultater.

### 2.2.3 Prosessuelle vilkår

For deltidsarbeidstakere ligger de vanlige sivilprosessuelle reglene i bunn. I henhold Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (heretter tvl.), kan retten bare avgjøre de krav som er reist i saken, og «[a]vgjørelsen må ligge innenfor rammen av de påstander partene har nedlagt, og retten kan bare bygge på de påstandsgrunnlag som er påberopt», jf. tvl. § 11-2 første ledd.

I tillegg til de overnevnte sivilprosessuelle reglene suppleres disse av aml. § 14-4a, jf. aml. § 17-2, og her nevnes det at en tvist skal først prøves løst ved nemndas behandling.

I henhold til aml. § 17-2 andre ledd første punktum, følger det «[t]vist kan ikke bringes inn for domstolene før den har vært prøvet for nemnda og avgjørelse fra nemnda foreligger». Ved domstolsprøving skal nemndas konklusjon stå ved lag mens saken er til behandling ved domstolene. Dersom konklusjonen vil «virke urimelig» kan retten etter krav fra en av partene fastsette en annen midlertidig ordning, jf. aml. § 17-2 andre ledd andre og tredje punktum.

Fristen for å bringe en tvist inn for domstolene er åtte uker fra det tidspunkt nemndas avgjørelse foreligger, jf. aml. § 17-2 Tredje ledd.

Det følger av forarbeidene at avgjørelsen som tvisteløsningsnemnda kommer til er endelig, og at det er tvisten og ikke vedtaket som retten skal avgjøre.<sup>29</sup> Departementet uttaler i

---

<sup>26</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 78 (4.4.4.5)

<sup>27</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 78 (4.4.4.5)

<sup>28</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 78 (4.4.4.5)

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 291-292

forarbeidene at det er tvisten og ikke nemndas vedtak som domstolene skal prøve, og dette medfører at domstolens prøvingsrett ikke er begrenset.<sup>30</sup>

I henhold til vanlig ordlydstolkning vil «virke urimelig» tilsi et resultat som ikke er akseptabelt. Det ligger i vilkåret at det må foretas en konkret vurdering av nemndas konklusjon at vedkommende skal være i arbeid inntil saken er avgjort av domstolen. Domstolen skal kunne prøve alle sakens sider, også når det gjelder midlertidig vedtak.<sup>31</sup>

De prosessuelle reglene for aml. § 14-4a, jf. aml. § 17-2 oppstiller dermed et unntak fra de vanlige prosessuelle reglene om domstolsprøving ved at tvister først skal behandles i en tvisteløsningsnemnd. Hvis tvisten tas videre til domstolen vil nemndas løsning midlertidig stå ved lag med mindre dette vil «virke urimelig», jf. aml. § 17-2 andre ledd.

Tvisteløsningsnemnda er et organ underlagt arbeidstilsynet. Nemnda ble opprettet samtidig med den nye Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. Departementet uttaler i forarbeidene at nemnd som tvisteløsningsorgan vil kunne gi grunnlag for en raskere, mer smidig og mer spesialisert behandling av konflikter. Både med tanke på domstolsbehandling og ved vanlig tradisjonell administrativ håndheving ved enkeltvedtak med påfølgende klagerett etter forvaltningslovens regler.<sup>32</sup>

## 2.2.4 Rettsvirkninger

Det følger av aml. § 14-4b at dersom retten kommer til at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter aml. § 14-4a, «skal retten etter påstand fra den deltidsansatte avsi dom for ansettelse i slik stilling».

Etter vanlig ordlydstolkning vil «skal retten etter påstand fra den deltidsansatte avsi dom for ansettelse i slik stilling» tilsi at retten skal avsi dom om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid når de materielle vilkårene er oppfylt. «[S]kal» viser til at retten ikke kan komme til en annen konklusjon, og rettsvirkningene for brudd på aml. § 14-4a, gir dermed arbeidstaker et sterkt vern.

---

<sup>30</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 291-292

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 291-292

<sup>32</sup> Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 289-290 (23.2.4)

Arbeidstaker vil dermed få en fullbyrdelsesdom ved å fremsette slik påstand som følger av aml. § 14-4b. Dette følger av disposisjonsprinsippet, jf. tvisteloven § 11-2.

Dersom merarbeidet har variert gjennom året, vil retten avgjøre dette skjønnsmessig, ved å utføre en gjennomsnittsberegning i grunn.<sup>33</sup>

Et spørsmål som reiser seg er om den nye stillingen vil være fast eller midlertidig.

Ordlyden nevner at arbeidstaker skal ha ansettelse i «slik stilling» som vedkommende har krav på etter aml. § 14-4a, jf. aml. § 14-4b. Av aml. § 14-4a er ordlyden «rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid», hvilket ikke gir noe svar på spørsmålet. I forarbeidene besvarer ikke departementet dette spørsmålet, men uttaler at vilkåret «innebærer en rett til stilling med samme omfang (stillingsstørrelse), arbeidssted og vakter tilsvarende merarbeid vedkommende har utført i løpet av beregningsperioden»<sup>34</sup>. De hensyn bestemmelsen bygger på er å redusere ufrivillig deltid og gjøre arbeidsgiver mer bevisst i sin bruk av merarbeid.<sup>35</sup> Ordlyden i aml. §§ 14-4a og 14-4b samt hensynene nevnt i forarbeidene, taler for at det er ufrivillig deltid og utstrakt bruk av slikt som essensen av bestemmelsen, og da den ikke nevner at arbeidet må være fast, tilsier dette at arbeidstaker skal ha rett til en midlertidig stilling som tilsvarer det faktiske merarbeidet.

Dersom arbeidstaker vil fremme påstand om fast stilling er det etter lovens oppbygging en annen bestemmelse som skal brukes, nemlig aml. § 14-11, jf. aml. § 14-9.

I henhold til aml. § 14-4b andre ledd, kan arbeidstaker også kreve erstatning.

For at arbeidstaker skal ha mulighet til å få tilkjent «erstatning» etter aml. § 14-4b andre ledd, vil dette tilsi en økonomisk kompensasjon. Her må det påvises et økonomisk tap i henhold til alminnelige erstatningsregler. Erstatning for ikke-økonomisk tap er det liten mulighet for, og for slik erstatning kreves et særskilt grunnlag, jf. Rt. 1997 s. 1506.

## **2.3 Oppsummering av deltidsarbeidstakeres rettigheter etter aml. § 14-4a**

---

<sup>33</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 78-79

<sup>34</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 78-79 (4.4.4.6)

<sup>35</sup> Punkt 2.2.1



Faste eller midlertidige deltidsansatte har etter den nye aml. § 14-4a fått en ny bestemmelse som skal minske bruk av ufrivillig deltidsarbeid samt oppfordre arbeidsgiver til å begrense bruken av merarbeid som ikke er avtalt. Arbeid utover avtalt arbeidstid, og som har vært utført «jevnlign», vil gi deltidsansatte rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Den nye stillingen vil være arbeidstakers grunnstilling samt en skjønsmessig gjennomsnittsberegning av det merarbeid vedkommende har hatt de siste tolv måneder. Sentralt i vurderingen av om merarbeidet har vært utført «jevnlign», vil være merarbeidets hyppighet og stabilitet- en dag ekstra i uken gjennom tolv måneder vil være klart innenfor vilkåret.<sup>36</sup>

Selv om arbeidstaker har arbeidet «jevnlign» utover avtalt arbeidstid vil vedkommende ikke ha krav på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid dersom arbeidsgiver kan dokumentere at behovet ikke lenger foreligger, jf. aml. § 14-4a.<sup>37</sup>

Videre har deltidsansatt fått et nytt prosessuelt vern, ved at saken alltid må behandles i tvisteløsningsnemnda jf. aml. § 14-4a andre ledd, jf. aml. § 17-2. I forarbeidene fremkommer det at en tvisteløsningsordning vil gi grunnlag for en raskere, mer smidig og mer spesialisert behandling av konflikter. Videre vil den konklusjon nemnda kommer til stå til saken er avgjort i retten, med mindre dette vil «virke urimelig» for arbeidsgiver, typisk i tilfeller hvor arbeidstaker har sluttet i stillingen og det har gått litt tid.<sup>38</sup>

Rettsvirkningene av aml. § 14-4a er at arbeidstaker skal få dom for ansettelse i slik stilling, og denne vil være midlertidig. Arbeidstaker vil også kunne kreve erstatning, jf. aml. § 14-4b.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Punkt 2.2.2 (2)

<sup>37</sup> Punkt 2.2.2 (4)

<sup>38</sup> Punkt 2.2.3

<sup>39</sup> Punkt 2.2.4

# 3 Arbeidstakere på tilkallingskontrakters rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid

## 3.1 Tilkallingskontrakter

Tilkallingskontrakt er et begrep som ikke er brukt i arbeidsmiljøloven, og er ikke eksplisitt lovregulert. Et annet begrep for det samme er ekstrahjelp. I praksis setter arbeidsgiver en liste over personer som han kan ringe ved behov. Videre vil de to partene avtale hvilke betingelser som gjelder når ekstrahjelpen er i arbeid.<sup>40</sup>

Avtalen om ekstrahjelp gir imidlertid ikke arbeidstaker noen rett eller plikt til å jobbe, og vedkommende har derfor mulighet til å takke nei dersom arbeidsgiver ringer. Har arbeidstaker derimot akseptert tilbudet fra arbeidsgiver, er vedkommende pliktig til å jobbe ettersom det foreligger en arbeidsavtale partene imellom for den avtalte periode. Man kan si at en arbeidsavtale for ekstrahjelper begynner og avsluttes fra gang til gang. Innenfor hotell- og restaurantsektoren er denne type avtaler utbredt.<sup>41</sup>

Arbeidsformen er lite forpliktende for arbeidstaker, og nevnte arbeidsavtaler inngås ofte i arbeidstakers interesse. Arbeidstaker er gjerne en student som vil kombinere studiene med litt arbeid som ikke medfører store forpliktelser. Arbeidsgiver plikter imidlertid å ansette arbeidstaker dersom vilkårene for fast ansettelse er tilstede.<sup>42</sup>

Man kan ha tilfeller hvor arbeidsforholdet var utformet som en tilkallingskontrakt, men hvor arbeidsforholdet senere reelt sett har fått et fastere preg. Man kan selvsagt også ha tilfeller hvor en arbeider med tilkallingskontrakt i tillegg har en deltidsstilling, men mitt utgangspunkt er de arbeidstakere som jobber som rene tilkallingskontrakter uten en fast stillingsprosent i bunn.

Arbeidstakere på tilkallingskontrakters rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid reguleres i dag av grunnbemanningslæren og fireårsregelen, jf. aml. § 14-11, jf. aml. § 14-9 femte ledd.

---

<sup>40</sup> Thomas Benson, *Arbeidsrettsboka* 2. utg. s. 76 (6)

<sup>41</sup> Thomas Benson, *Arbeidsrettsboka* 2. utg. s. 76 (6)

<sup>42</sup> Thomas Benson, *Arbeidsrettsboka* 2. utg. s. 76 (6)

Det følger av aml. § 14-11 at dersom det foreligger brudd på aml. § 14-9, skal retten etter påstand fra arbeidstaker avsi dom for at det foreligger «et fast arbeidsforhold eller at arbeidsforholdet fortsetter». I «særlige tilfeller» kan retten likevel, etter påstand fra arbeidsgiver, bestemme at arbeidsforholdet skal opphøre «etter en avveining av partenes interesser». Forutsetningen for rettens avgjørelse er at den finner det «åpenbart urimelig» at arbeidsforholdet fortsetter, jf. aml. § 14-11 første ledd andre punktum.

Det kan tenkes tilfeller hvor en arbeidstaker på tilkallingskontrakt kan ha krav på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. aml. § 14-11 første ledd, selv om vedkommende har blitt ansatt etter vikarbestemmelsen i aml. § 14-9 første ledd bokstav b). Dette på grunn av at det ikke foreligger et reelt vikariat, og med det resultat at det foreligger en ulovlig midlertidig arbeidsavtale. Disse tilfellene vil jeg imidlertid ikke gå nærmere inn på ettersom tema i denne oppgaven er den ulovfestede grunnbemanningslæren og fireårsregelen, jf. aml. § 14-9 femte ledd.

### **3.1.1 Spørsmålet er om aml. § 14-4a omfatter arbeidstakere på tilkallingskontrakter**

Det følger av aml. § 14-4a at deltidsansatte som de siste tolv måneder «jevnlige» har «arbeidet utover avtalt arbeidstid» har rett til «stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i denne perioden», med mindre «arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger». Tolv måneders-fristen skal regnes fra det tidspunktet arbeidstaker fremmet sitt krav.

Tvist om denne bestemmelsen skal avgjøres av tvisteløsningsnemnda, jf. aml. § 17-2, jf. aml. § 14-4a andre ledd.

Inngangsvilkåret i aml. § 14-4a er «deltidsansatte...[som] har arbeidet utover avtalt arbeidstid». Dette tilsier etter ordlyden arbeidstaker som er ansatt i en stilling som ikke er fulltid, og det må foreligge en løpende avtale i bunn.<sup>43</sup> Avtalen kan enten være midlertidig eller fast.<sup>44</sup> Arbeidstakere på tilkallingskontrakter er som nevnt midlertidige ansatte, hvilket kan tale for at aml. § 14-4a omfatter slike arbeidstakere.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Punkt 2.2.2

<sup>44</sup> Punkt 2.2.2

<sup>45</sup> Punkt 3.1

En arbeidstaker som jobber på en tilkallingskontrakt vil ofte stå på en liste hos arbeidsgiver, og hvor det vil inngås et nytt arbeidsforhold for hver gang arbeidstaker aksepterer arbeidsgivers tilbud om vakter. Det vil derfor alltid foreligge en avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker på tilkallingskontrakt, vedkommende vil dermed aldri ha «arbeidet utover avtalt arbeidstid», jf. aml. § 14-4a. Rent konkret vil dette si at vedkommende ikke er arbeidstaker mellom vaktene.

Etter en helhetsvurdering synes det klart at en arbeidstaker på en tilkallingskontrakt ikke vil omfattes av aml. § 14-4a, ettersom vedkommende aldri vil ha «arbeidet utover avtalt arbeidstid», jf. aml. § 14-4a.

### **3.2 Arbeidstakere på tilkallingskontraktens rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter fireårsregelen, jf. aml. § 14-11, jf. aml. § 14-9 femte ledd**

Utgangspunktet følger av aml. § 14-9 første ledd, at «[a]rbeidstaker skal ansettes fast», men at «avtale om midlertidig ansettelse ... likevel [kan] inngås» når «arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten» eller «for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)», jf. aml. §§ 14-9 første ledd bokstav a) og b). Dersom arbeidstaker har vært lovlig «sammenhengende» ansatt i mer enn fire år etter aml. §§ 14-9 første ledd bokstav a) eller b), skal han anses som fast ansatt, jf. aml. § 14-9 femte ledd. Det skal ikke gjøres fradrag fra arbeidstakers fravær, jf. aml. § 14-9 femte ledd andre punktum.

#### **3.2.1 Materielle vilkår ved midlertidige ansettelser, jf. aml. § 14-11, jf. aml. § 14-9**

Herunder vil jeg gå gjennom de materielle vilkårene i aml. § 14-9, som er av betydning for forståelsen av arbeidstakere på tilkallingskontraktens rett til fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter fireårsregelen, jf. aml. § 14-11, jf. aml. § 14-9 femte ledd.

Etter vanlig ordlydstolkning vil «midlertidig ansettelse» tilsi arbeid som er begrenset i tid og rom, og ikke et fast løpende arbeidsforhold. De to motstående hensyn er «hensynet til

arbeidstakerens og samfunnets behov for stabile, trygge og forutsigbare ansettelsesforhold» mot hensynet til arbeidsgivers behov for omstilling og fleksibilitet.<sup>46</sup>

### **(1) Arbeidets karakter**

I henhold til vanlig ordlydstolkning vil «arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten», jf. aml. § 14-9 første ledd, bokstav a), bety arbeid som er av en annen art enn det som hovedsakelig utføres i virksomheten. Juridisk teori støtter opp under denne tolkningen.<sup>47</sup> Man skulle tro at det er to kumulative vilkår, men det fremgår av rettspraksis at det ikke er slik, og at «ordinært utføres i virksomheten» vil være et vesentlig tolkningsmoment i vurderingen av «arbeidets karakter».<sup>48</sup> Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen omfatter sesongmessige svingninger i varehandelen, turistnæringen og annen sesongpreget virksomhet. Videre uttales det i forarbeidene at også annen tidsavgrenset ekstra arbeidskraft, som gjentas årlig, eksempelvis julehjelp omfattes. Det som ikke omfattes i forarbeidene og vil være utenfor vilkåret, er generelle eller jevne variasjoner i ordrettilgang, eller usikkerhet om fremtidig arbeidsmengde, omorganisering eller lignende.<sup>49</sup> Vilkåret er en videreføring fra tidligere aml. § 58 A, men med ingen materiell endring<sup>50</sup>, og Høyesterett har uttalt at vilkåret skal tolkes strengt.<sup>51</sup>

En arbeidstaker som har skrevet seg opp på ringeliste som jordbærplukker for sommersesongen hos den lokale bonden, vil være et eksempel på en midlertidig arbeidsavtale etter arbeidets karakter, jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav a). Forutsetningen her er at dette kun er sesongarbeid. Dersom bonden fortsetter å bruke arbeidstakeren på tilkallingskontrakten videre til andre formål etter sesongen vil forholdet fort være utenfor aml. § 14-9 første ledd bokstav a).

Er det derimot slik at bonden har et drivhus hvor han dyrker jordbær hele året, vil dette være utenfor vilkåret å ansette arbeidstaker etter midlertidige tilkallingskontrakter som jordbærplukker, jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav a).

---

<sup>46</sup> Thomas Benson, *Arbeidsrettsboka* 2. utg. s. 61 II

<sup>47</sup> Tor Allstrin m.f. *Endring og opphør av arbeidsforhold* 2012 s. 77

<sup>48</sup> Rt.2001 s. 1413

<sup>49</sup> Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 4

<sup>50</sup> Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 5

<sup>51</sup> Rt. 1985 s. 1141

## **(2) Vikariat**

Vikarbestemmelsen følger av aml. § 14-9 første ledd bokstav b). Etter en vanlig ordlydstolkning vil «for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)» tilsi arbeid hvor en midlertidig arbeidstaker jobber i en annen arbeidstakers sted, i en begrenset periode. I forarbeidene til endringer av den tidligere arbeidsmiljølov av 4. februar 1977 nr. 4, uttales det at den vikarierende må fylle bestemte arbeidsoppgaver eller en bestemt stilling, ved fravær av andre arbeidstakere. Det vil imidlertid ikke være ubetinget avgjørende at navnet på vedkommende man vikarierer for eller varigheten av vikariatet er oppgitt på forhånd. I forlengelse av dette vil det da være lov til å ha ferievikarer som avløsere for ferieavvikling, uten at vikariatene er knyttet til navngitte personer.<sup>52</sup> Ved utløpet av vikariatet sier den permitterte seg opp, og arbeidsgiver kan da la vikar stå i stillingen ut tiden, mens han søker etter andre til å overta stillingen fast.<sup>53</sup>

## **(3) Sammenhengende midlertidig ansatt**

Etter aml. § 14-9 femte ledd vil vanlig ordlydstolkning av «sammenhengende» tilsi arbeid som ikke har hatt avbrekk. Det følger av forarbeidene at mindre avbrudd mellom to ansettelsesforhold må aksepteres, og at dette «vil bero på en totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet om kravet til «sammenhengende» er oppfylt eller ikke».<sup>54</sup>

Det følger av rettspraksis at også lengre avbrudd vil kunne aksepteres. Et eksempel er ved ferie, hvor det i en lagrettsdom, hvor spørsmålet var om fire avbrudd på henholdsvis seks, fire, fem og seks uker medførte at arbeidstaker hadde vært ikke «sammenhengende» ansatt i over fire år. Disse bruddene førte ikke til at arbeidsforholdet hadde vært avbrutt, ettersom nevnte avbrudd var ferie og ikke gikk utenfor de rammene for ferieavvikling som var vanlig for virksomheten.<sup>55</sup>

Videre er det klart at det ved beregning av ansettelsestiden ikke skal gjøres fradrag for ansattes fravær, jf. aml. § 14-9 femte ledd siste punktum. I forarbeidene poengteres det at

---

<sup>52</sup> Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165-166

<sup>53</sup> Tor Allstrin m.f. Endring og opphør av arbeidsforhold 2012 s. 93

<sup>54</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 219 (16.4.3)

<sup>55</sup> RG. 2009 s. 11

dette gjelder for alle typer fravær, forutsatt at fraværet er rettmessig. Dette omfatter sykefravær, permisjonsfravær hjemlet i lov eller permisjonsfravær hjemlet i avtale.<sup>56</sup>

Resultatet av at arbeidstaker lovlig har vært ansatt etter aml. §§14-9 første ledd bokstav a) eller b) «sammenhengende» i over fire år, medfører i utgangspunktet at vedkommende vil være fast ansatt.

For arbeidstakere på tilkallingskontrakter skal det i utgangspunktet ganske mye til for at deres samlede arbeidsforhold vil oppfylle vilkåret til «sammenhengende» i aml. § 14-9 femte ledd. Ansettelsesforholdets natur vil tilsi at det ofte vil kunne være lengre eller kortere perioder hvor vedkommende ikke vil være ansatt. Om disse periodene vil medføre at opptjeningstiden er avbrutt vil vurderes konkret, og gyldig fravær vil som nevnt overfor ikke avbryte opptjeningstiden.

### **3.2.2 Prosessuelle vilkår**

For arbeidstakere på tilkallingskontrakter er det de vanlige sivilprosessuelle reglene som gjelder. Retten kan bare avgjøre de kravene som er reist i saken, og avgjørelsen «må ligge innenfor rammen av de påstandene partene har nedlagt, og retten kan bare bygge på de påstandsgrunnlag som er påberopt», jf. tvl. § 11-2 første ledd.

### **3.2.3 Rettsvirkningene**

For arbeidstakere på tilkallingskontrakter følger rettsvirkningene for brudd på reglene om midlertidig ansettelse av aml. § 14-11. Retten skal etter «påstand fra arbeidstaker» avsi dom for at det «foreligger et fast arbeidsforhold eller at arbeidsforholdet fortsetter». I «særlige tilfeller» kan retten likevel etter «påstand fra arbeidsgiver», bestemme at arbeidsforholdet skal opphøre dersom det etter en avveining av partenes interesser vil være «åpenbart urimelig» at arbeidsforholdet fortsetter. Arbeidstaker kan kreve «erstatning», jf. aml. § 14-11 andre ledd.

Etter vanlig ordlydstolkning vil «påstand fra arbeidstaker» tilsi at det er arbeidstaker som har søksmålsplikten etter bestemmelsen, jf. aml. § 14-11.

Påstand fra arbeidstaker må enten være at det «foreligger et fast arbeidsforhold» eller « at arbeidsforholdet fortsetter», jf. aml. § 14-11 første ledd. Etter vanlig ordlydstolkning vil

---

<sup>56</sup> Prop. 104 L (2009-2010) s. 14

vilkårene enten tilsi at arbeidstaker enten kan kreve at han har en fast stilling eller at arbeidsforholdet fortsetter som før. Hvilket av disse to alternativene arbeidstaker bør påberope seg avhenger av om vedkommende fortsatt jobber i stillingen. Dersom arbeidstaker fortsatt jobber i stillingen, vil han påberope seg «at arbeidsforholdet fortsetter», og dersom vedkommende har forlatt stillingen, at det «foreligger et fast arbeidsforhold», jf. aml. § 14-11 første ledd. Grunnlaget er at retten bare kan avgjøre de kravene som er reist i saken, jf. tvl. § 11-2 første ledd.

Et spørsmål er hvor stor stilling arbeidstaker har kravene på dersom vilkårene for fireårsregelen er oppfylt, jf. aml. § 14-9 femte ledd.

Har arbeidstaker krav på stilling etter fireårsregelen, «skal[han] anses som fast ansatt slik at reglene for oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse», jf. aml. § 14-9 femte ledd.

Etter vanlig ordlydstolkning vil «skal anses som fast ansatt slik at reglene for oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse» tilsi at vedkommende ikke lengre er midlertidig ansatt, men fast ansatt. Her har departementet uttalt i forarbeidene at «spørsmålet om det nærmere innhold i den faste ansettelsen [lar] seg vanskelig fastslå i en regel i loven. Dette er spørsmål som må vurderes konkret i den enkelte sak blant annet ved hjelp av de momenter domstolene har trukket opp. Det kan synes som et naturlig utgangspunkt å vurdere hvilken stillingsbrøk arbeidstaker gjennomsnittlig har arbeidet i, slik at det foretas en form for gjennomsnittsberegning. Det er en slik betraktning domstolen så langt har lagt seg på, noe som etter departementet vurdering kan syntes hensiktsmessig.»<sup>57</sup>. Det følger av en lagmannsrettsdom som omhandlet en arbeidstaker som hadde vært ansatt i en rekke midlertidige stillinger ved Sykehus Innlandet, og hvor arbeidsmengden hadde variert<sup>58</sup>. Her fastla lagmannsretten en stillingsprosent til 50 prosent etter en gjennomsnittsberegning.

Rettsvirkningene med hensyn til stillingsprosenten er dermed opptil domstolen å vurdere. Her vil en gjennomsnittsberegning være sentral i tilfeller hvor arbeidstiden har variert.

Videre følger det av aml. § 14-11 at retten kan komme til at arbeidsforholdet skal opphøre. Det første vilkåret er «særlige tilfeller» og det andre vilkåret er «åpenbart urimelig».

---

<sup>57</sup> Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 44 (6.1.5)

<sup>58</sup> LE-2008-32879



Etter en vanlig ordlydstolkning tilsier «særlige tilfeller» situasjoner som ikke fremtrer som vanlige.

I henhold til vanlig ordlydstolkning vil «åpenbart urimelig» tilsi et resultat som vil være klart urettferdig etter en helhetsvurdering av saken. Det skal derfor meget til før dette vilkåret om «åpenbart urimelig» er innfridd. Det følger av forarbeidene til tidligere arbeidsmiljølov «at det kan være gode grunner for å begrense *muligheten til å komme tilbake i stillingen*, selv om retten finner den midlertidige tilsetningen i strid med § 58A nr 1, når søksmålet er reist svært lenge etter at arbeidsforholdet er opphørt.»<sup>59</sup>. Dersom arbeidstaker har forlatt stillingen for svært lenge siden vil dette kunne medføre at det ville være «åpenbart urimelig» av retten å gi dom for dette. Videre uttales det i de samme forarbeidene at «[r]etten vil ved en slik rimelighetsvurdering også kunne ta hensyn til om det ville ha foreligget saklig grunn for oppsigelse»<sup>60</sup>. Vilåret vil dermed være en slags «sikkerhetsventil» for å sile ut helt klart urimelige avgjørelser.<sup>61</sup>

Arbeidstaker kan også kreve erstatning fra arbeidsgiver for økonomisk og ikke-økonomisk tap, og erstatningen fastsettes etter aml. § 15-12 andre ledd.

For arbeidstakere på tilkallingskontrakter vil rettsvirkningene av stilling etter fireårsregelen i aml. § 14-9 femte ledd, medføre at arbeidstaker er fast ansatt og eller får erstatning, jf. aml. § 14-11. Dersom vedkommende har hatt svingninger i arbeidstiden vil det foretas en konkret helhetsvurdering hvor utgangspunktet er en gjennomsnittsberegning av arbeidstiden.

Dersom det er lenge siden arbeidstaker på tilkallingskontrakt har arbeidet i virksomheten, og har krav på fast ansettelse etter fireårsregelen, kan retten finne at det vil være «åpenbart urimelig» for arbeidstaker å gjeninntre i arbeidet. Her vil det være opp til arbeidsgiver å fremme slike forhold som skal legges til grunnlag i vurderingen av vilkåret, jf. aml. § 14-11 første ledd andre punktum.

### **3.3 Arbeidstakere på tilkallingskontraktors rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter grunnbemanningslæren**

---

<sup>59</sup> Ot.prp. nr. 49 (1995-1996) s. 28

<sup>60</sup> Ot.prp. nr. 49 (1995-1996) s. 28-29

<sup>61</sup> Ot.prp. nr. 49 (1995-1996) s. 28

### 3.3.1 Grunnbemanningslæren

Grunnbemanningslæren er en ulovfestet rett som kan gi midlertidige arbeidstakere rett til fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.<sup>62</sup> Læren er utviklet gjennom tre Høyesterettsdommer og juridisk teori. I de påfølgende avsnitt vil de tre dommene bli gjennomgått. Deretter vil hovedpunkter i grunnbemanningslæren bli opplistet og avslutningsvis hvordan dette stiller seg sett i forhold til arbeidstakere på tilkallingskontrakter og deres situasjon.

#### (1) Statfjorddommen

Den første dommen grunnbemanningslæren bygger sine prinsipper på er Rt. 1989 s. 1116 (heretter Statfjorddommen). Statfjorddommen omhandler en servicearbeider som arbeidet som vikar på Statfjordfeltet i to og et halvt år. Hver gang hun arbeidet på feltet hadde hun arbeidet skiftarbeid etter vikaravtaler og hun hadde hatt i alt ca. 20 slike vikaravtaler. Arbeidet hennes skilte seg imidlertid ikke nevneverdig fra det arbeidet som ble utført av de faste ansatte. Hun ble til slutt fast ansatt og sluttet kort tid senere i jobben. Etter dette fremmet hun to krav. For det første krevde hun fastsatt at hun også i vikarperioden hadde vært fast ansatt og for det andre at hun skulle ha etterbetalt den lønn som hun hadde hatt krav på dersom hun hadde vært fast ansatt.

Høyesterett uttalte at arbeidsgiver kunne bruke en arbeidstaker i flere fortløpende vikaravtaler, men at det i visse tilfeller kunne være grenser «for hva som lovlig kan avtales av fortløpende vikariater uten at arbeidstakeren nyter godt av et stillingsvern». Førstvoterende begrunnet dette i lovens formål.<sup>63</sup>

Førstvoterende uttaler videre at det i saken har vært et meget stort og påregnelig fravær blant de 210 arbeidstakerne på feltet, med en fraværsprosent på 10 % og 14 % for servicearbeiderne. Videre uttaler førstvoterende at selv om arbeidssituasjonen skilte seg fra landbasert virksomhet så var den ikke så særegen at dette kunne hjemle den utstrakte bruken av vikarvirksomhet og dens lovlighet. Etter en samlet vurdering av de konkrete forholdene i saken fastslo førstvoterende at arbeidstaker etter intensjonene i arbeidsmiljøloven, var blitt

---

<sup>62</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 72 (4.4.1)

<sup>63</sup> Rt. 1989 s. 1116 (1120-1121)

regnet som fast ansatt, ettersom den utstrakte vikarbruken var i strid med vikarordningen bedriften praktiserte i henhold til den gamle aml. § 58 nr 7 annet ledd.<sup>64</sup>

Resultatet etter Staffjorddommen var at Høyesterett utpenslet rettigheter for lovlig midlertidig ansatte som hadde hatt en rekke fortløpende vikaravtaler, og denne retten gav vedkommende arbeidstaker rett til fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Jan Fougner skriver i sin artikkel om «Læren om fast ansettelse ved varig behov», at premissene i den ulovfestede læren var så langt at «når arbeidet uten ulempe av betydning kan organiseres ved fast ansettelse, skal den løsningen velges».<sup>65</sup>

## **(2) Ambulansedommen**

Den neste dommen grunnbemanningslæren bygger på er Rt. 2006 s. 1158 (heretter Ambulansedommen)

I Ambulansedommen hadde arbeidstaker vært ansatt som «vikar/tilkallingshjelp med sporadisk tjenestegjøring/ubestemt arbeidstid» i ambulansetjenesten. Selv om vedkommende hadde jobbet som vikar i henhold til vikarbestemmelsen, så kunne bruken være så utstrakt at den var ulovlig. I denne vurderingen var det viktig å se på hvor fast tilknytning vedkommende hadde til bedriften samt om bedriften hadde et stort og påregnelig behov for vikarer som kunne dekkes av større grunnbemanning. Arbeidstaker hadde stått på ringeliste i flere regioner, og man måtte derfor kunne vurdere om vikarbehovet i et større område. I ambulansetjenesten i området var det ca. 260 årsverk. Vikarbruken i området var for stort og Høyesterett kom til at virksomheten burde ha øket grunnbemanningen.

Arbeidstaker hadde hatt 44 prosent av en hel stilling, mindre i begynnelsen og mer i den siste tiden. Videre hadde vedkommende jobbet i 14 måneder, og det var arbeidsgiveren som avsluttet forholdet. Dette var en sterk nok tilknytning.

## **(3) Sykehus Innlandet HF-dommen**

Den siste dommen som er sentral i grunnbemanningslæren er Rt. 2009 s. 578 (heretter Sykehus Innlandet-dommen).

---

<sup>64</sup> Rt. 1989 s. 1116 (1121)

<sup>65</sup> Jan Fougner, *Arbeidsrett* vol 6, 2009 «Læren om fast ansettelse ved varig behov» s. 100

Dommen omhandlet en arbeider som over flere år hadde vært ansatt i midlertidige stillinger ved Sykehus Innlandet HF. Han krevde fast ansettelse, blant annet etter grunnbemanningslæren. Det var klart at vedkommende bare kunne vikariere på fire forskjellige poster ved sykehuset, på grunn av arbeidets art- og at hjelpepleierne på de aktuelle postene utgjorde til sammen 24,8 årsverk. Fraværet på postene var på 15,3 prosent, men ettersom det dreide seg om et lite antall stillinger var behovet for vikararbeid bare på rundt tre stillinger.<sup>66</sup>

Førstvoterende konkluderte med at grunnbemanningen var god og at det ikke var noe reelt alternativ for sykehuset å øke grunnbemanningen for å få utført arbeidet som saksøker og andre vikarer utførte. Ettersom saken skilte seg fra Statfjorddommen og Ambulansedommen både med hensyn til omfanget og behovet av vikarer, og de alternativene man hadde til å løse vikarbehovet, kom Høyesterett til at vikarbruken hverken var i strid med loven eller lovens formål.<sup>67</sup>

Saken er imidlertid fra tiden etter innføringen av fireårsregelen i aml. § 14-9 femte ledd. Førstvoterende tok innledningsvis opp spørsmålet om fireårsregelen hadde medført at «den ulovfestede lære har mistet sitt rasjonale etter innføringen av bestemmelsen.»<sup>68</sup> Førstvoterende svarte benektende på spørsmålet. Forarbeidene til aml. § 14-9 var taus om spørsmålet, men juridisk teori uttalte at fireårsregelen bare utpensler den maksimale tiden for midlertidige ansettelser og at arbeidstaker fortsatt vil kunne bli ansatt som fast ansatt fra et tidligere tidspunkt.<sup>69</sup>

Videre uttalte førstvoterende at «det ikke [er] noe i rettskildesituasjonen som tilsier at læren nå bør videreutvikles».<sup>70</sup>

### **3.3.2 Grunnbemanningslæren- kriterier**

Ut fra de tre overnevnte dommene er det nedfelt følgende kriterier for når en midlertidig arbeidstaker kan ha rett på fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> Rt. 2009 s. 578 (49)

<sup>67</sup> Rt. 2009 s. 578 (50-51)

<sup>68</sup> Rt. 2009 s. 578 (46)

<sup>69</sup> Rt. 2009 s. 578 (47)

<sup>70</sup> Rt. 2009 s. 578 (48)

<sup>71</sup> Punkt 3.3.1

Det første kriteriet er at det må det foreligge et fast og stabilt behov for vikarer.<sup>72</sup>

For det andre, dersom det permanente arbeidskraftbehovet uten vesentlig ulempe kan dekkes ved en økt grunnbemanning, skal dette gjøres.<sup>73</sup>

Etter det tredje kriteriet må det foreligge tilstrekkelig tilknytning mellom vikaren som krever fast ansettelse og virksomheten.<sup>74</sup>

Nedenfor vil de sentrale punktene i grunnbemanningslæren gjennomgås mer inngående, og sett i relasjon til situasjonen for arbeidstakere på tilkallingskontrakter. En del av de sentrale punktene nedenfor har jeg henter inspirasjon fra artikkelen «Retten til fast ansettelse- Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren» av advokat Kjetil Edvardsen.<sup>75</sup>

### **(1) Hvem omfattes**

Hvilke typer ansettelsesforhold grunnbemanningslæren omfatter er et viktig spørsmål å avklare. Det følger klart av de tre Høyesterettsdommene at vikarer omfattes. Arbeidstakere på tilkallingskontrakter som arbeider etter aml. § 14-9 første ledd bokstav b) vil også være omfattet, jf. Ambulansedommen, hvor vedkommende var ansatt som «vikar/tilkallingshjelp med sporadisk tjenestegjøring/ubestemt arbeidstid». Dette vil være midlertidige stillinger hvor vedkommende er vikar for en annen i virksomheten, og som også ville vært midlertidig ansatte etter aml. § 14-9 første ledd bokstav b).

Spørsmålet er om grunnbemanningslæren omfatter arbeidstakere på tilkallingskontrakter som er midlertidig ansatt i stillinger hvor arbeidets karakter skiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten, jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav a).

I Ambulansedommen uttaler førstvoterende at «[f]or vår sak er det særlig nr. 1 bokstav b om vikariater som har betydning»<sup>76</sup>, og i Statfjorddommen var det også vikarbestemmelsen som var relevant. Dette betyr nødvendigvis ikke at midlertidig arbeid etter arbeidets karakter ikke kan omfattes av grunnbemanningslæren, men at dette hverken var tilfelle i Ambulansedommen eller i Statfjorddommen.

---

<sup>72</sup> Jan Fougner, Arbeidsrett vol 6, 2009 «Læren om fast ansettelse ved varig behov» s.102

<sup>73</sup> Jan Fougner, Arbeidsrett vol 6, 2009 «Læren om fast ansettelse ved varig behov» s.102

<sup>74</sup> Jan Fougner, Arbeidsrett vol 6, 2009 «Læren om fast ansettelse ved varig behov» s.102

<sup>75</sup> Kjetil Edvardsen, Arbeidsrett 02/2012 «Retten til fast ansettelse- Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren» s. 103-145

<sup>76</sup> Rt. 2006 s. 1158 (36)

Spørsmålet drøftes også i en artikkel i bladet arbeidsrett, skrevet av advokat Kjetil Edvardsen.<sup>77</sup> Her vises det til at «[d]et er dessuten kunstig å hevde at en serie midlertidige ansettelse «at skiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten»»<sup>78</sup>, og viser til Ambulansedommen hvor virksomheten må ha et «noenlunde jevnt og forutsigbart behov» for arbeid av en karakter som tilsier midlertidig ansettelse».<sup>79</sup> Avslutningsvis nevnes det under dette spørsmål et i artikkelen, at dersom arbeidstaker er ansatt etter aml. § 14-9 bokstav a), vil han ha større sjanse for å få medhold i at han er ansatt i strid med bestemmelsen, enn å hevde at den midlertidige avtalen er lovlig, men i strid med grunnbemanningslæren.<sup>80</sup>

Det kan nok være et greit utgangspunkt å tenke seg at arbeidstaker som er ansatt etter aml. § 14-9 bokstav a), vil ha vanskeligheter med å få fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter grunnbemanningslæren, men det vil fortsatt kunne tenkes mulig. For eksempel dersom vedkommende jobber i en stor bedrift og er lovlig ansatt i henhold til aml. § 14-9 bokstav a), og at vilkårene i grunnbemanningslæren ellers er oppfylt.

I all hovedsak vil det imidlertid i de fleste tilfeller være ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd bokstav b) som vil være grunnlaget for de som kan påberope seg fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i medhold av grunnbemanningslæren. Dette viser også de tre dommene som læren bygger på.

## **(2) Hvor stort virksomhetsområde omfattes av grunnbemanningslæren**

Det første vilkåret i grunnbemanningslæren er at det må foreligge et fast og stabilt behov for vikarer.<sup>81</sup> I dette vilkåret vil det være viktig å vurdere hvor stor del av virksomheten som skal danne grunnlag for vikarbehovet. Spørsmålet er dermed hvor stort virksomhetsområde som omfattes i vurderingen om det foreligge et fast og stabilt behov for vikarer.

I Statfjorddommen hadde arbeidstager jobbet på oljeplattformen Statfjord. Høyesterett vurderte her hele plattformen som virksomhetsområde, men gikk ikke nærmere inn på

---

<sup>77</sup> Kjetil Edvardsen, Arbeidsrett 02/2012 «Retten til fast ansettelse- Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren» s. 110-112

<sup>78</sup> Kjetil Edvardsen, Arbeidsrett 02/2012 «Retten til fast ansettelse- Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren» s.110

<sup>79</sup> Kjetil Edvardsen, Arbeidsrett 02/2012 «Retten til fast ansettelse- Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren» s. 110

<sup>80</sup> Kjetil Edvardsen, Arbeidsrett 02/2012 «Retten til fast ansettelse- Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren» s. 110

<sup>81</sup> Punkt 3.3.2

virkeområdet utover dette. Dommen gir dermed ikke noen gode holdepunkter for vurderingen av virksomhetsområdet for grunnbemanningslæren.

I Ambulansedommen var virksomhetsområdet mer omtalt. Førstvoterende uttalte imidlertid at «[å] vurdere ut fra situasjonen ved den enkelte stasjon, slik Ullevål anfører, kan jeg ikke se er riktig; det måtte være fullt mulig å knytte en vikarordning til et større område. Slik er ordningen i noen grad praktisert – ved at de samme vikarene står på flere ringelister. Jeg viser også til at det ikke var angitt noen stasjonstilknytning i A' avtale, bare at han «fortrinnsvis» skulle gjøre tjeneste i region 3, og at han faktisk gjorde tjeneste i to regioner. Det er ikke nødvendig for meg å ta stilling til om det er riktigst å ta utgangspunkt i den enkelte regionens behov eller behovet i et større område. Uansett viser tallene at det var et konstant og forutsigbart udekket behov for arbeidskraft, som måtte gi grunnlag for en større fast bemanning. Selv om arbeidsgiveren her måtte ha en margin for et visst skjønn som domstolene ikke kan sette til side, er man etter mitt syn klart utenfor den marginen.»<sup>82</sup>.

I vurderingen av virksomhetsområdet ser førstvoterende i Ambulansedommen til arbeidsavtalen mellom partene, og at denne ikke avgrenser arbeidsområdet for arbeidstaker, og deretter til hvor arbeidstaker faktisk hadde jobbet, hvilket var i to regioner. Han uttaler at det vil være fullt mulig å vurdere virkeområdet videre enn arbeidsområdet til arbeidstaker. Videre i vurderingen av virksomhetsområdet går imidlertid ikke førstvoterende, ettersom det var klart at det var behov for større grunnbemanning. Helt eksakt hvor stort virksomhetsområde er dermed vanskelig å trekke ut av dommen, men den gir gode holdepunkter for at dette vil kunne omfatte mer enn de stedene arbeidstaker har arbeidet.

I Sykehuset Innlandet-dommen kommer ikke spørsmålet om virksomhetsområdet på spissen, ettersom partene var enig i at det kun var de fire avdelingene som arbeidstaker hadde jobbet på som var aktuelle.<sup>83</sup>

I juridisk teori er dette spørsmålet om virksomhetsområdet delt. Kjetil Edvardsen viser til at spørsmålet er uavklart, men at «hovedtendensen peker i retning av at hele den aktuelle virksomhet må vurderes, med mindre sterke motargumenter gjør seg gjeldende.»<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Rt. 2006 s. 1158 (41)

<sup>83</sup> Rt. 2009 s. 578 (49)

<sup>84</sup> Kjetil Edvardsen, *Arbeidsrett 02/2012 «Retten til fast ansettelse- Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren»* s. 117

Jan Fougner nevner ikke virksomhetsbegrepet i «Læren om fast ansettelse ved varig behov», hvor han skriver om grunnbemanningslæren, utover at grunnbemanningen skal økes dersom dette kan gjøres «uten vesentlig ulempe»<sup>8586</sup>.

Samlet sett virker det usikkert hva man kan trekke av ut av yttergrensene for virksomhetsområdet etter grunnbemanningsregelen. I Ambulansedommen viser førstvoterende at virksomhetsområdet kan være utenfor de steder arbeidstaker faktisk har arbeidet<sup>87</sup>, og i denne vurderingen vil kriteriet om dette kan gjøres «uten vesentlig ulempe», være et sentralt moment i besvarelsen av spørsmålet.

### **(3) Hvor fast og stabilt behov for vikarer kreves**

I Statfjorddommen var fraværet blant servicearbeiderne på feltet vært mellom 10-14 %. Førstvoterende uttalte at «[t]ilstanden har vært stabil og etter min vurdering også til enhver tid påregnelig for bedriften»<sup>88</sup>. Virksomheten arbeidstaker hadde jobbet for hadde en bemanning på ned mot 210 ansatte på slutten. Fraværsprosenten var således 21-29 årsverk, og dette var tilstrekkelig stort til at grunnbemanningen burde ha vært økt.

I Ambulansedommen var fraværet opp mot 27 prosent, og dette vikarbehovet utgjorde 140-260 årsverk i de fire regionene som Akershus var inndelt i. Det er imidlertid usikkert om Høyesterett vurderingsgrunnlaget var alle de fire regionene i Akershus eller bare de regionene som arbeidstaker faktisk hadde arbeidet ved, ettersom retten ikke fant det nødvendig da den mente det uansett forelå et «konstant og forutsigbart udekket behov for arbeidskraft, som måtte gi grunnlag for større bemanning»<sup>89</sup>. I de to regionene arbeidstaker hadde jobbet, var vikarkostnadene på det laveste ca. kr. 150 000 per måned. Arbeidstaker krevde en 44 prosent stilling, og vikarutgiftene på kr. 150 000 som var av et slikt omfang (penger og vikarer) at grunnbemanningen burde vært øktet.<sup>90</sup> Her nevner Kjetil Edvardsen at kr. 150 000 tilsa ca. fire stillinger.

---

<sup>85</sup> Jan Fougner, *Arbeidsrett* vol 6, 2009 «Læren om fast ansettelse ved varig behov» s.102

<sup>86</sup> Kjetil Edvardsen, *Arbeidsrett* 02/2012 «Retten til fast ansettelse- Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren» s. 117

<sup>87</sup> Rt. 2006 s. 1158 (41)

<sup>88</sup> Rt.1989 s.1116

<sup>89</sup> Rt. 2006 s. 1158 (41)

<sup>90</sup> Rt. 2006 s. 1158 (40 og 41)



I Sykehus Innlandet-dommen utgjorde hjelpepleierne 24,8 årsverk og fraværprosenten var på 15,3 prosent. Det var imidlertid om et lite antall stillinger, hvor vikarbehovet var på ca. tre stillinger.<sup>91</sup> Arbeidstaker hadde krevet fast ansettelse for en 50 prosents stilling. I saken konkluderte Høyesterett at grunnbemanningen hadde vært god, og at «[v]ikarbehovet skyldtes særlig at fast ansatte i turnuser ikke kunne jobbe mer enn hver tredje helg. Arbeidets art krevde at man måtte bruke vikarer som kjente pasientene og rutinene på de aktuelle poster. Jeg kan derfor ikke se at det var noe reelt alternativ for sykehuset å øke grunnbemanningen for å få utført det arbeid som A og andre vikarer utførte»<sup>92</sup>.

Samlet sett vil man ut fra de tre Høyesterettsdommene som grunnbemanningslæren er utledet fra, se at det kan være hensiktsmessig å trekke en grense for hvor mange årsverk fraværprosenten utgjør for den gruppen arbeidstaker kunne vikariere for. I Statfjorddommen utgjorde fraværprosenten 21-29 årsverk, mens i Ambulansedommen utmålte Høyesterett den til kr. 150 000 per måned, og dette var høy nok fraværprosent til at grunnbemanningen burde vært økt. Kjetil Edvardsen drøfter også dette spørsmålet i sin artikkel hvor han anslo dette til å utgjøre ca. fire stillinger.<sup>93</sup> Ved Sykehus Innlandet-dommen var fraværprosenten på ca. tre stillinger og her anså Høyesterett grunnbemanningen til å være god nok. Fra de tre dommene kan man trekke den slutning at den nedre grense angående fraværprosenten som må legges til grunn for at det foreligger en for dårlig grunnbemanning, være et sted rundt fire stillinger, jf. Ambulansedommen og Sykehus Innlandet-dommen.

Slik jeg ser det vil kriteriet til hvor fast og stabilt behov for vikarer som kreves lettere anses oppfylt i større virksomheter enn i mindre, hvilket også vises i rettspraksis som nevnt overfor. I både Statfjorddommen og Ambulansedommen var antallet arbeidstakere i virksomhetsområdet på henholdsvis 210 og 140-260. Dette er også noe som er påpekt av Jan Fougner, at antall ansatte har betydning.<sup>94</sup>

#### **(4) Kriteriet om tilstrekkelig tilknytning**

---

<sup>91</sup> Rt. 2009 s. 578 (49)

<sup>92</sup> Rt. 2009 s. 578 (50)

<sup>93</sup> Kjetil Edvardsen, *Arbeidsrett* 02/2012 «Retten til fast ansettelse- Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren» s. 121

<sup>94</sup> Jan Fougner, *Arbeidsrett* vol 6, 2009 «Læren om fast ansettelse ved varig behov» s.102

I Ambulansedommen uttaler førstvoterende; «[d]et neste spørsmålet er om A hadde en tilstrekkelig fast tilknytning til ambulansetjenesten»<sup>95</sup>. I denne vurderingen gjennomgikk førstvoterende arbeidstakers stillingsprosent og arbeidsforholdets lengde, som var henholdsvis 44 prosent og 14 måneder. Dette var en sterk nok tilknytning.

I Statfjorddommen vurderte førstvoterende arbeidsforholdets lengde, hvilket var to og et halvt år. Deretter at arbeidstakers «tjenesteforhold slik det er fremstilt, bærer preg av at hun fast, over lang tid, har fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften.»<sup>96</sup>, og at «[e]tter en samlet vurdering av de konkrete forhold i denne sak, finner jeg det best i tråd med intensjonene i arbeidsmiljøloven at [NN]... var blitt regnet som fast ansatt og gitt stillingsvern»<sup>97</sup>. Førstvoterende vurderer her ikke arbeidstakers tilknytning eksplisitt, men at arbeidstaker var blitt regnet som fast ansatt og gitt stillingsvern.

I Sykehus Innlandet-dommen nevner ikke Høyesterett tilknytningskriteriet, bortsett fra at «[s]aken skiller seg dermed fra Statfjordsaken og ambulansesaken både med hensyn til omfanget av behovet for vikarer og hvilke alternativer man har hatt for å løse vikarbehovet.»<sup>98</sup>. Hvorfor førstvoterende ikke gikk inn på spørsmålet om tilknytning kan grunnes i at grunnbemanningen i virksomheten var god nok, og at det derfor ikke var behov for å vurdere kriteriet.

I henhold til juridisk teori har spørsmålet vært oppe til diskusjon. Kjetil Edvardsen har vurdert spørsmålet, og skriver «[o]ppsummert synes tilknytningskriteriet å være forholdsvis svakt rettslig forankret. Det bør derfor anvendes med stor forsiktighet. Som hovedregel kan det ikke gjelde noe tilknytningskrav fra det tidspunkt grunnbemanningen er for lav, og under enhver omstendighet må terskelen være lav.»<sup>99</sup>.

Samlet sett er det er det kun Ambulansedommen som eksplisitt omtaler tilknytningskriteriet, og det er usikkert om Statfjorddommen vurderte kriteriet, og i så fall hvor stor grad det ble vektlagt. I den utstrekning at det ikke ble nevnt i to av dommene, kan dette tale for at det har mindre vekt enn de to andre, bortsett fra momentet om hvor lenge arbeidstaker har hatt

---

<sup>95</sup> Rt. 2006 s. 1158 (44)

<sup>96</sup> Rt. 1989 s. 1116

<sup>97</sup> Rt. 1989 s. 1116

<sup>98</sup> Rt. 2009 s. 578 (51)

<sup>99</sup> Kjetil Edvardsen, *Arbeidsrett 02/2012 «Retten til fast ansettelse- Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren»* s. 130

midlertidige vikaravtaler- dette nevnes i alle tre dommene. Juridisk teori, som nevnt i avsnittet overfor, viser til at det må vurderes med varsomhet.

### 3.3.3 Prosessuelle vilkår i grunnbemanningslæren

Arbeidstakere på tilkallingskontrakter må deretter fremme krav om fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter grunnbemanningslæren, for at retten skal avgjøre dette spørsmålet, jf. tvl. §11-2 første ledd.<sup>100</sup> Samt de spesielle bestemmelser som følger av aml. § 17-1 første ledd.

### 3.3.4 Rettsvirkningene av grunnbemanningslæren

I utgangspunktet burde virksomheter som har ansatt medarbeidere som vikar eller etter arbeidets karakter og hvor det over tid blant tilkjennegis at det er behov for faste ansettelser, ha økt grunnbemanningen<sup>101</sup>. Vedkommende vil da ha vært ulovlig midlertidig ansatt og utgangspunktet er at han skal ansettes fast i slik stilling som han faktisk har arbeidet.<sup>102103</sup>

Dette synet fremkommer også i forarbeidene til aml. § 14-4a at når retten får slike saker til behandling vil den kunne avsi dom for stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.<sup>104</sup> Kjetil Edvardsen skriver i sin artikkel at «[e]tter min mening vil en rettsregel som tar utgangspunkt i et gjennomsnitt, med mindre den siste perioden avviker fra dette, ha de beste grunner for seg...med mindre virksomheten kan peke på konkrete grunner til at dette korresponderer med arbeidskraftsbehovet på innslagstidspunktet. Spørsmålet er ikke avklart»<sup>105</sup>.

Ett spørsmål som reiser seg er om lovlig fravær vil kunne medføre en lavere gjennomsnittsberegning for arbeidstaker på tilkallingskontrakt som har rett til fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter grunnbemanningslæren.

Det følger av aml. § 13-1 tredje ledd at reglene i kapittelet «gjelder tilsvarende ved diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt», og

---

<sup>100</sup> Punkt 3.2.2

<sup>101</sup> Punkt 3.3.2

<sup>102</sup> Punkt 3.3.1 (1)

<sup>103</sup> Kjetil Edvardsen, *Arbeidsrett 02/2012 «Retten til fast ansettelse- Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren»* s. 132

<sup>104</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 72 (4.4.1)

<sup>105</sup> Kjetil Edvardsen, *Arbeidsrett 02/2012 «Retten til fast ansettelse- Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren»* s. 134

bestemmelsene i kapittelet gjelder «alle sider ved arbeidsforholdet», jf. aml. § 13-2 første ledd.

Etter vanlig ordlydstolkning vil «gjelder tilsvarende ved diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt», tilsi at arbeidstaker som er midlertidig ansatt skal ha samme rettigheter som faste ansatte, jf. aml. § 13-1 tredje ledd, og dette skal gjelde for «alle sider ved arbeidsforholdet», jf. aml. § 13-2 første ledd, hvilket etter en naturlig ordlydstolkning omfatter rett til fravær og at fravær ikke vil få betydning for ens faste stilling.

Lovlig fravær kan typisk være rett til sykefravær, etter folketrygdloven § 8-15, og i permisjoner i forbindelse med fødsel, militærtjeneste m.v.

En arbeidstaker på tilkallingskontrakt som har rett til fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter grunnbemanningslæren, har hatt ett eller flere midlertidige arbeidsforhold hvilket er omfattet av ordlyden av diskrimineringsvernet i aml. § 13-1 tredje ledd, jf. aml. § 13-2 første ledd. Dersom vedkommende har hatt lovlig fravær i løpet av disse midlertidige ansettelsesforholdene, og disse blir trukket fra beregningstiden for stillingsstørrelsen, vil dette kunne medføre diskriminering i forhold til faste arbeidstakere, hvor lovlig fravær ikke vil få noen konsekvenser fast arbeidstid. Dette taler for at lovlig fravær ikke vil medføre til en lavere gjennomsnittsberegning for stillingsstørrelsen for arbeidstakere på tilkallingskontrakt etter grunnbemanningslæren.

Dette synet støttes også i juridisk teori, da Kjetil Edvardsen i sin artikkel, at «[e]tter min mening er det i dette tilfelle best i samsvar med diskrimineringsvernet å ta hensyn til det gyldige fraværet ekstravakten ville hatt fra det tidspunkt fast ansatte skulle vært tilbudt»<sup>106</sup>. Dette synet er etter min mening også innenfor en naturlig forståelse av ordlyden i aml. § 13-1 tredje ledd, jf. aml. § 13-2 første ledd, hvilket taler for at lovlig fravær ikke skal få noen konsekvenser for arbeidstakere på tilkallingskontraktens stillingsstørrelse etter grunnbemanningslæren.

Helhetlig sett tilsier aml. § 13-1 tredje ledd, jf. aml. § 13-2 første ledd, samt juridisk teori, at lovlig fravær ikke vil få innvirkning på gjennomsnittsberegningen av stillingsstørrelsen for arbeidstakere på tilkallingskontrakt etter grunnbemanningslæren.

---

<sup>106</sup> Kjetil Edvardsen, *Arbeidsrett 02/2012 «Retten til fast ansettelse- Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren»* s. 135

Samlet sett tilsier rettsvirkningene ved ulovlig midlertidig arbeid etter grunnbemanningslæren at arbeidstaker kan få dom for fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.<sup>107</sup> Videre vil lovlig fravær ikke føre til en lavere gjennomsnittsberegning av arbeidstiden.

---

<sup>107</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 72 (4.4.1)

## **4 Sammenligning av deltidsansatte og arbeidstakere på tilkallingskontrakter sin rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter aml. § 14-4a og aml. § 14-11, jf. aml. § 14-9 femte ledd**

### **4.1 Hvem omfattes**

I aml. § 14-4a er det «deltidsansatte» og det merarbeidet som disse har «arbeidet utover avtalt arbeidstid». Bestemmelsen omfatter både faste og midlertidige deltidsansatte og stort sett alt merarbeid som disse har utført, med mindre det foreligger en klar avtale om et tidsbegrenset vikariat.<sup>108</sup>

For arbeidstakere på tilkallingskontrakter er det arbeid etter «arbeidets karakter», og «vikariat» som omfattes, jf. aml. §§ 14-9 femte ledd bokstav a) og b). Deretter må slike arbeidstakere ha utført slikt arbeid i over fire år, jf. aml. § 14-9 femte ledd.

En sentral forskjell mellom de to bestemmelsene, er at etter den nye aml. § 14-4a må det foreligge ett ansettelsesforhold/arbeidsavtale i bunn, og det er arbeid utover det avtalte som danner grunnlag for retten til stilling tilsvarende faktisk arbeid. For arbeidstakere på tilkallingskontrakter er det ingen avtale i bunn, og arbeidsforholdet begynner og avsluttes for hver vakt. Slik at det er den utstrakte bruk av slike fortløpende arbeidsavtaler som danner grunnlaget for retten til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

### **4.2 Arbeidets frekvens**

For deltidsansatte følger det at arbeidets frekvens må vurderes etter «jevnligning»- vilkåret i henhold til aml. § 14-4a. Vilket er skjønnsmessig og forarbeidene nevner at hyppighet og stabilitet i bruk av merarbeidet vil være sentrale momenter. Merarbeidet trenger ikke være likt fordelt utover hele beregningsperioden, men bruken må i det store og hele fremstå som en etablert praksis i beregningsperioden. En dag ekstra i uken vil være innenfor vilkåret, mens

---

<sup>108</sup> Punkt 2.2.2

helt sporadiske vakter vil være utenfor.<sup>109</sup> De to sentrale hensynene bak bestemmelsen som er nevnt i forarbeidene, er å forhindre ufrivillig deltidsarbeid samt gjøre arbeidsgiver mer bevisst i sin bruk av merarbeid og heller avtale økt grunnstilling for deltidsansatte.<sup>110</sup>

Frekvensen etter aml. §§ 14-9 første ledd bokstav a) og b) for arbeidstakere på tilkallingskontrakter, avhenger av om de midlertidige avtalene har vært «sammenhengende», jf. aml. § 14-9 femte ledd. Det følger av forarbeidene at mindre avbrudd mellom de to ansettelsesforholdene må aksepteres, og at dette vil bero på en totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet.<sup>111</sup> Lengre avbrudd kan også være innenfor vilkåret og opp til seks uker har vært akseptert. Men dette må vurderes konkret. Lovlig fravær vil ikke avbryte vilkåret om at arbeidet må ha vært «sammenhengende», jf. aml. § 14-9 femte ledd tredje punktum. Hensynet bak midlertidig ansettelse er hensynet til arbeidstakers og samfunnets behov for stabile, trygge og forutsigbare arbeidsforhold.<sup>112</sup>

Det følger av de to bestemmelsene at det stilles noe ulikt krav til arbeidets frekvens for deltidsarbeidstakere og arbeidstakere på tilkallingskontrakter. For arbeidstakere på tilkallingskontrakter vil man kunne si at kravet til frekvens er mer absolutt, ved at ett enkelt avbrekk på eksempelvis mer enn to uker vil kunne avbryte kravet til «sammenhengende», jf. aml. § 14-9 femte ledd. Avbrudd for deltidsansatte på mer enn to uker fint vil kunne være innenfor «jevnlig»- vilkåret, så lenge merarbeidet i sin helhet har vært hyppig og stabilt, jf. aml. § 14-4a. I den sammenhengen vil deltidsansatte ha et mindre strengt krav til arbeidets frekvens enn arbeidstakere på tilkallingskontrakter, og deretter et bedre vern.

Ved lengre lovlig fravær har arbeidstakere på tilkallingskontrakter derimot et sterkere vern enn deltidsansatte, ettersom slikt fravær ikke vil avbryte kravet til «sammenhengende», jf. aml. § 14-9 femte ledd tredje punktum.

Samlet sett er det krav som stilles til arbeidets frekvens for deltidsansatte og arbeidstakere på tilkallingskontrakter noenlunde likt, så lenge det ikke foreligger fravær. Ved fravær vil arbeidstakere på tilkallingskontrakter ha et bedre vern etter aml. § 14-9 femte ledd tredje punktum, enn deltidsansatte til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, ettersom fravær ikke avbryter vilkåret som regulerer arbeidets frekvens.

---

<sup>109</sup> Punkt 2.2.2 (2)

<sup>110</sup> Punkt 2.2.2

<sup>111</sup> Punkt 3.2.1 (3)

<sup>112</sup> Punkt 2.1

### 4.3 Arbeidets beregningsperiode

Beregningsperioden for deltidsansatte sin rett til stilling «tilsvarende faktisk arbeidstid i denne perioden», er på tolv måneder, jf. aml. § 14-4a. I utgangspunktet vil det foretas en gjennomsnittsberegning og deretter vurdere dette skjønnsmessig.<sup>113</sup>

For arbeidstakere på tilkallingskontrakter vil beregningsperioden være fire år, jf. aml. § 14-9 femte ledd. Stillingsprosenten vil være den faktiske arbeidstid som vedkommende har arbeidet.<sup>114</sup>

Når det gjelder beregning av omfanget av arbeidet vil deltidsarbeidstakere og arbeidstakere på tilkallingskontrakter vil det benyttes noenlunde samme mal når det kommer til beregningsgrunnlaget for stilling. Beregningsperioden vil imidlertid være ulik, da henholdsvis fire år mot tolv måneder. Slik sett vil deltidsarbeidstakere ha et betydelig bedre tidsmessig vern, da beregningstiden er vesentlig kortere.

### 4.4 Prosessuelle forskjeller

For deltidsansatte skal tvist etter aml. § 14-4a avgjøres av en tvisteløsningsnemnd, jf. aml. § 17-2. Tvisten må prøves og avgjøres i nemda, før den eventuelt kan prøves i domstolen. Nemndas konklusjon opprettholdes mens saken går for domstolen, med mindre konklusjonen vil «virke urimelig», jf. aml. §§ 17-2 første og andre ledd. Tidsfristen for å bringe inn tvist inn for domstolene er 8 uker fra tidspunktet nemndas avgjørelse foreligger, jf. aml. § 17-2 tredje ledd.<sup>115</sup>

For arbeidstakere på tilkallingskontrakter derimot er det ikke noen særegne prosessuelle vilkår som følger av arbeidsmiljøloven. De prosessuelle forskjellene som i utgangspunktet skiller deltidsansatte og arbeidstakere på tilkallingskontrakter, er de som følger i aml. § 17-2, og som kun gjelder for deltidsansatte.

Deltidsansatte vil få vurdert saken sin raskt og effektivt etter tvisteløsningsnemnda, hvilket vil være billigere og medføre mindre risiko enn for arbeidstakere på tilkallingskontrakter som må ta saken til domstolen. Dersom deltidsansatt taper saken i nemnda, vil vedkommende ha en

---

<sup>113</sup> Punkt 2.2.2 (2)

<sup>114</sup> Punkt 3.2.1 (3)

<sup>115</sup> Punkt 2.2.3



indikasjon på utfallet i en eventuell domstolsbehandling. En arbeidstaker på tilkallingskontrakt vil selv måtte ta saken til retten, og risikerer ved tap å måtte bære motpartens saksomkostninger, jf. Tvl. §§ 20-2 første og andre ledd. Videre er det ikke sikkert at arbeidsgiver vil fortsette å gi arbeidstaker på tilkallingskontrakt flere midlertidige oppdrag mens saken verserer for retten. Her vil deltidsansatt, dersom vedkommende har fått medhold av nemnden, stå i stilling mens saken går for retten. Slik sett har arbeidstakere på tilkallingskontrakter et dårligere prosessuelt vern enn deltidsansatte og kommer svakere ut.

## 4.5 Rettsvirkningene, forskjeller

For deltidsansatte «skal retten etter påstand fra den deltidsansatte avsi dom for ansettelse i slik stilling», jf. aml. § 14-4b. Videre kan arbeidstaker kreve erstatning for brudd på bestemmelsen om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. aml. § 14-4b.

Arbeidstaker må videre enten takke ja til den nye stillingsprosenten og de vaktene som han har arbeidet. Men det er naturligvis mulighet for partene å avtale en mindre stillingsprosent med.<sup>116</sup>

For arbeidstakere på tilkallingskontrakter kan arbeidstaker enten kreve at det «foreligger et fast arbeidsforhold eller at arbeidsforholdet fortsetter», jf. aml. § 14-11. Stillingsprosentens størrelse følger av bestemmelsen, og det er den stillingsprosenten vedkommende har hatt. Har stillingsprosenten variert under de fire årene, så vil retten foreta en skjønnsmessig gjennomsnittsberegning i tilfeller hvor dette har variert.<sup>117</sup>

Arbeidstakere på tilkallingskontrakter kan også kreve erstatning etter aml. § 14-11 andre ledd.

Deltidsansatte og arbeidstakere på tilkallingskontrakter har således noenlunde like rettsvirkninger ettersom begge grupper vil få rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter henholdsvis aml. §§ 14-4b og 14-11. Rettsvirkningene skiller seg imidlertid ved at arbeidstaker på tilkallingskontrakt får rett til fast stilling, mens deltidsansatt vil få en midlertidig stilling.

For arbeidstakere på tilkallingskontrakter følger det imidlertid at arbeidsforholdet skal opphøre dersom det vil være «åpenbart urimelig» at arbeidsforholdet fortsetter, jf. aml. § 14-

---

<sup>116</sup> Punkt 2.2.2 (3)

<sup>117</sup> Punkt 3.2.3

11. Vilkåret er en sikkerhetsventil, og vil i enkelte tilfeller bli lagt vekt på som for eksempel hvor arbeidstaker på tilkallingskontrakten har fratrudd stillingen. Selv om det er en høy terskel for at vilkåret kommer til anvendelse, vil man tenke seg at det medfører at arbeidstakere på tilkallingskontrakter har et dårligere stillingsvern enn deltidsansatte, ettersom man ikke finner tilsvarende bestemmelse i aml. § 14-4b.

Departementet kommenterte imidlertid i forarbeidene til aml. § 14-4b<sup>118</sup>, at man ikke ser behov for å ha en slik sikkerhetsventil i aml. § 14-4b, ettersom man har en tilsvarende sikkerhetsventil i aml. § 14-4a som fastsetter at arbeidstaker ikke har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, dersom «arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger».

Rettsvirkningene for deltidsansatte og arbeidstakere på tilkallingskontrakter skiller seg ved at førstnevnte får rett til midlertidig stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, mens arbeidstaker på tilkallingskontrakt får rett til fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, dersom vilkårene er til stede.

Man vil imidlertid kunne se noen forskjeller ved unntakene. For arbeidstakere på tilkallingskontrakter vil unntaket være tilfeller hvor det er «åpenbart urimelig» at vedkommende returnerer til arbeidet, jf. aml. § 14-11. Dette vil stort sett bare være dersom vedkommende ikke lenger jobber i stillingen.<sup>119</sup> Unntaket for deltidsansatte vil det være en lavere terskel for, ettersom det kreves dokumentasjon fra arbeidsgiver at det ikke lenger foreligger behov for merarbeid, jf. aml. § 14-4a første ledd. Videre vil deltidsansatt kunne få delvis rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid dersom arbeidsgiver bare kan dokumentere at det ikke vil være behov for en del av merarbeidet.

---

<sup>118</sup> Prop. 83 L (2012-2013) s. 79 (4.4.4.7)

<sup>119</sup> Punkt 3.2.3

# **5 Sammenligning av deltidsansatte og arbeidstakere på tilkallingskontraktors rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter aml. § 14-4a og etter grunnbemanningslæren**

## **5.1 Hvem omfattes**

Når det gjelder deltidsansatte viser jeg til det som er nevnt under punkt 4.1 første ledd.

Med hensyn til arbeidstakere på tilkallingskontrakter følger det av den ulovfestede grunnbemanningslæren at det er midlertidige arbeidstakere, i hovedsak vikarer og arbeidstakere som på grunn av arbeidets karakter som omfattes.<sup>120</sup>

En sentral forskjell mellom hvem som omfattes er at aml. § 14-4a gjelder for arbeidstakere med en avtalt stilling i bunn, og har arbeidet mer enn hva som følger av denne avtalen. Mens for arbeidstakere på tilkallingskontrakter etter grunnbemanningslæren, er det bare den utstrakte bruken av midlertidige avtaler som er til vurdering og som kan ha betydning for om arbeidstaker har rett til fast stilling.

## **5.2 Arbeidets omfang**

For deltidsansatte følger det at merarbeidets omfang de siste tolv månedene må ha vært «jevnlige», jf. aml. § 14-4a. Vilkåret er skjønnsmessig og forarbeidene nevner at hyppighet og stabilitet i bruk av merarbeidet vil være sentrale momenter. Merarbeidet trenger ikke være likt fordelt utover hele beregningsperioden, men bruken må i det store og hele fremstå som en etablert praksis i beregningsperioden. En dag ekstra i uken vil være innenfor vilkåret, mens helt sporadiske vakter vil være utenfor.<sup>121</sup> Terskelen for vilkåret vil derfor tenkes å ligge et sted mellom disse to ytterkantene, men det vil være opp til rettspraksis å utpensle dette. De to sentrale hensynene bak bestemmelsen er å forhindre ufrivillig deltidsarbeid og gjøre

---

<sup>120</sup> Punkt 3.3.1 (2)

<sup>121</sup> Punkt 2.2.2 (2)

arbeidsgiver mer bevisst i sin bruk av merarbeid og heller avtale slikt ved deltidsansatte dersom behovet er der.<sup>122</sup>

Etter grunnbemanningslæren er det flere kriterier som er relevante med hensyn til arbeidets omfang, og hvor også forhold på arbeidsgivers side er av betydning for arbeidstakers rett til fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

For det første må det foreligge et fast og stabilt behov for vikarer, og i denne vurderingen fremkommer det implisitt fra Høyesterettspraksis at det er sentralt å se på hvor mange årsverk virksomheten dekker ved bruk av vikarer som arbeidstaker kan vikariere for. I

Ambulansedommen utgjorde vikarbruken i den relevante delen arbeidstaker kunne vikariere for, på ca. fire stillinger, og dette var tilstrekkelig til at grunnbemanningen burde vært øket.<sup>123</sup>

I Sykehus Innlandet-dommen utgjorde vikarbruken ca. tre stillinger og dette var ikke tilstrekkelig til at sykehuset burde ha økt grunnbemanningen.<sup>124</sup> I henhold til rettspraksis som læren er utledet fra, må det være et behov i virksomheten for vikarer, som utgjør minimum fire stillinger, som arbeidstaker kan vikariere for.<sup>125</sup>

For det andre må arbeidstaker ha en tilstrekkelig tilknytning til virksomheten. I

Ambulansedommen hadde arbeidstaker vært ansatt i 14 måneder og med en stillingsprosent på 44 prosent. Retten fant at dette var en tilstrekkelig tilknytning.<sup>126</sup> Rettskildebildet kan imidlertid tale for at vilkåret har mindre vekt enn de andre vilkårene i grunnbemanningslæren, slik at det ikke skal veldig mye til før vilkåret er innfridd i tilfeller hvor vikarbehovet er stort, som for eksempel i Statfjorddommen. Tilknytningen i Ambulansedommen var vurdert i et tilfelle hvor vikarbehovet var i nedre sjikt, slik at i andre tilfeller hvor det er et større vikarbehov, skal det mindre til før tilknytningsvilkåret er innfridd.<sup>127</sup>

For arbeidets omfang stilles det som nevnt overfor ulike vilkår for deltidsansatte og arbeidstakere på tilkallingskontrakter. Vilkåret om at deltidsarbeidstakers merarbeid må ha vært utført «jevnlige» er nokså skjønnsmessig, og en ekstra dag i uken vil oppfylle vilkåret, men i henhold til forarbeidene vil dette likevel ikke være den nedre grense. For arbeidstakere på tilkallingskontrakter vil krav til omfanget bero både på arbeidsgivers vikarbehov og

---

<sup>122</sup> Punkt 2.2.1

<sup>123</sup> Punkt 3.3.2 (3)

<sup>124</sup> Punkt 3.3.2 (3)

<sup>125</sup> Punkt 3.3.2 (3)

<sup>126</sup> Punkt 3.3.2 (4)

<sup>127</sup> Punkt 3.3.2 (4)

arbeidstakers tilknytning. Den nedre grensen for det samlede vikarbehovet, vil som en hovedregel utgjøre til sammen minst fire stillinger som arbeidstaker kan vikariere for. Kravet til arbeidstakers tilknytning vil variere etter hvor god grunnbemanningen er. Som nevnt vil en gjennomsnittlig stilling på 44 prosent fordelt på 14 måneder være en tilstrekkelig tilknytning og hvor vikarbehovets omfang er på fire stillinger.

For deltidsansatte vil det dermed være færre faktorer som avgjør om arbeidstakers merarbeid oppfyller vilkåret til det omfang som kreves av aml. § 14-4a, og i realiteten vil dette dreie seg hovedsakelig om merarbeidets frekvens.

For arbeidstakere på tilkallingskontrakter vil det etter grunnbemanningslæren være større fokus på forhold på arbeidsgivers side, først og fremst om hvor stort vikarbehovet er, og mindre fokus på arbeidstakers egen tilknytning. Begge forhold vil imidlertid være viktige.

Samlet sett for arbeidstakere etter de to rettsgrunnlagene, vil det være mer forutberegnelig for deltidsansatte å kjenne til sin rett, ettersom beregningstiden og vilkårene følger direkte av loven, jf. aml. § 14-4a. For arbeidstakere på tilkallingskontrakter vil det være vanskeligere å få tilsvarende kunnskap ettersom disse rettighetene følger av ulovfestet rett, og hvor den skjønnsmessige avgjørelsen baseres på flere momenter, og hvor beregningstiden ikke fremgår direkte av disse kriteriene.

Virksomhetens størrelse vil ha lite å si for deltidsansatte. Dette kan likevel ha betydning for arbeidstaker på tilkallingskontrakter, ettersom det vil være naturlig at vikarbehovet kan være mindre enn fire stillinger i slike mindre virksomheter.

### **5.3 Unntak**

Selv om deltidsarbeidstaker «jevnlige» har arbeidet utover avtalt arbeidstid, vil vedkommende ikke ha krav på å få dette merarbeidet tilført sin stilling dersom arbeidsgiver «kan dokumentere at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger», jf. aml. § 14-4a første ledd. Her vil det påligge arbeidsgiver å dokumentere at behovet for merarbeid ikke lenger er tilstede. Det merarbeid arbeidsgiver ikke kan dokumentere, kan arbeidstaker kreve å få lagt

tilføyd sin stilling, og dette vil typisk være i tilfeller hvor det ikke vil være behov for det videre merarbeidet.<sup>128</sup>

For arbeidstakere på tilkallingskontrakter som har arbeidet i en virksomhet hvor det foreligger et fast og stabilt behov for vikarer, må dette arbeidskraftsbehovet kunne dekkes «uten vesentlig ulempe» for virksomheten.<sup>129</sup> Dette vilkåret følger av Sykehus Innlandet-dommen, hvor det var få stillinger som arbeidstaker kunne vikariere i og hvor det ikke ville være noe reelt alternativ for sykehuset å øke grunnbemanningen.<sup>130</sup>

Samlet sett utgjør unntaksvilkårene i aml. § 14-4a og grunnbemanningslæren en slags sikkerhetsventil for urimelige avgjørelser. For deltidsansatte vil unntaksvilkåret være dekket dersom arbeidsgiver kan vise til at det ikke lenger vil være behov for merarbeidet, men arbeidstaker vil likevel delvis kunne få økt sin deltidsstilling dersom arbeidsgiver kun klarer å dokumentere et redusert behov for merarbeid fremover. For arbeidstakere på tilkallingskontrakter vil det derimot være enten eller.

## 5.4 Prosessuelle forskjeller

Arbeidstakere på tilkallingskontrakter har ikke et annet prosessuelt vern etter grunnbemanningslæren enn etter aml. § 14-11, jf. aml. § 14-9 femte ledd. Når det gjelder omtale av de fordelene deltidsansatte har prosessuelt, vises til tidligere drøftelse av dette.<sup>131</sup>

I tillegg vil deltidsansatte få kunne fungere i stillingen så lenge saken er til rettslig behandling. Dette forutsetter at parten har fått medhold i tvisteløsningsnemnda.<sup>132</sup>

## 5.5 Rettsvirkningene, forskjeller

For deltidsansatte «skal retten etter påstand fra den deltidsansatte avsi dom for ansettelse i slik stilling», jf. aml. § 14-4b, jf. aml. § 14-4a. Vilket er strengt og dersom arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid skal retten avsi dom for ansettelse i en slik stilling. Dersom arbeidstiden har variert, vil det tas utgangspunkt i en gjennomsnittsberegning og

---

<sup>128</sup> Punkt 2.2.2 (4)

<sup>129</sup> Punkt 3.3.2 (2)

<sup>130</sup> Punkt 3.3.2 (2)

<sup>131</sup> Punkt 4.4

<sup>132</sup> Punkt 4.4

vurdere dette skjønsmessig.<sup>133</sup> Lovlig fravær vil imidlertid kunne medføre at deltidsarbeidstaker ikke har arbeidet «jevnlign», jf. aml. § 14-4a.<sup>134</sup> Deltidsansatte kan også kreve erstatning for brudd på bestemmelsen om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. aml. § 14-4b.<sup>135</sup>

For arbeidstakere på tilkallingskontrakter vil utgangspunktet etter grunnbemanningslæren være at vedkommende har rett på fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Dersom arbeidstiden har variert i løpet av beregningstiden er det usikkert hvilken stillingsprosent retten vil komme til. Kjetil Edvardsen skriver i sin artikkel angående dette spørsmålet at «[e]tter min mening vil en rettsregel som tar utgangspunkt i et gjennomsnitt, med mindre den siste perioden avviker fra dette, ha de beste grunner for seg...med mindre virksomheten kan peke på konkrete grunner til at dette korresponderer med arbeidskraftsbehovet på innslagstidspunktet. Spørsmålet er ikke avklart».<sup>136137</sup> Lovlig fravær vil ikke kunne medføre en lavere stillingsprosent ettersom dette vil være i strid med diskrimineringsbestemmelsene i arbeidsmiljølovens kapittel 13.<sup>138</sup>

Rettsvirkningene for deltidsansatte etter aml. § 14-4b, jf. aml. § 14-4a er noenlunde de samme som for arbeidstakere på tilkallingskontrakter, når det kommer til spørsmålet om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Arbeidstakere på tilkallingskontrakter vil imidlertid ha rett på fast stilling, mens for deltidsansatte vil denne være midlertidig. Arbeidstakere på tilkallingskontrakter har dermed et bedre vern på dette området. Deltidsansatte har imidlertid et klart vern dersom arbeidstiden har variert, ettersom det følger av forarbeidene at det skal være utgangspunkt i en gjennomsnittsberegning og deretter vurderes dette skjønsmessig. For arbeidstakere på tilkallingskontrakter er dette spørsmålet uavklart.

---

<sup>133</sup> Punkt 2.2.4

<sup>134</sup> Punkt 2.2.2 (2)

<sup>135</sup> Punkt 2.2.4

<sup>136</sup> Kjetil Edvardsen, *Arbeidsrett 02/2012 «Retten til fast ansettelse- Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren»* s. 134

<sup>137</sup> Punkt 3.3.4

<sup>138</sup> Punkt 3.3.4

# Litteraturliste

## Lover

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

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

Lov om L04.02.1977 nr. 4 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. [opphevet]

EL14.06.2013 nr. 32 I fjerde ledd

EL14.06.2013 nr. 32 Lov om endringer i arbeidsmiljøloven mv. (søksmålsrett for fagforeninger mv., overtredelsesgebyr og ufrivillig deltid)

## Rettspraksis

Rt. 1985 s. 1141

Rt. 1989 s. 1116 (Statfjorddommen)

Rt. 1997 s. 1506

Rt. 2001 s. 1413

Rt. 2006 s. 1158 (Ambulansedommen)

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

LE-2008-32879

Rg. 2009 s. 11

## Juridisk litteratur

Thomas Benson, Arbeidsrettsboka 2. utg.

Thomas Benson, Arbeidsrettsboka, 2. utgave, Bodø, 2014

Tor Allstrin m.f. Endring og opphør av arbeidsforhold 2012

Tor Allstrin, Gry Brandshaug Dale og Jon Østensvig, Endring og opphør av arbeidsforhold, 2. utgave 1. opplag, Oslo 2012

Arne Fanebust, Innføring i arbeidsrett, Den individuelle del. 3 utgave

Arne Fanebust, Innføring i arbeidsrett, Den individuelle del. 3 utgave. 2013



Jan Fougner, Arbeidsrett 02/2009 «Læren om fast ansettelse ved varig behov» s. 98- 106

Kjetil Edvardsen, Arbeidsrett 02/2012 «Retten til fast ansettelse- Praktiske problemstillinger tilknyttet grunnbemanningslæren» s. 103-145

### **Forarbeider**

Prop. 83 L (2012-2013) Endringer i arbeidsmiljøloven mv.

Prop. 104 L (2009-2010) Endringer i arbeidsmiljøloven (midlertidig ansettelse mv.)

Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Ot.prp. nr. 49 (1995-1996) om lov om endringer i lov av 4 februar 1977 om arbeidsvern og arbeidsmiljø m v og lov av 29 april 1988 nr. 21 om ferie

Ot. prp. Nr. 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov av 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø m v

**Lister over tabeller, figurer o.l.**