



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Tilsigelsesavtaler sin stilling i arbeidsretten

En analyse av hvilken ansettelsesform avtaleformen tilhører

Kandidatnummer: Simen Gjestvang Wedum

Liten masteroppgave i JUR-3902, Tromsø vår 2018



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Historikk og rettsutvikling	2
1.3	Rettskilder og metode.....	4
1.4	Avgrensninger	4
1.5	Aktualitet og videre fremstilling	5
2	Det rettslige utgangspunktet.....	6
2.1	Innledning.....	6
2.2	Fast ansettelse (hovedregelen).....	6
2.3	Midlertidig ansettelse (unntaket).....	7
2.3.1	Arbeid av midlertidig karakter	9
2.3.2	Vikariat.....	10
2.3.3	Oppsummering	11
2.4	Grunnbemanningslæren.....	12
2.5	Hvordan kan arbeidsgiver dekke behovet for arbeidskraft?.....	13
2.6	Forskjellige rettigheter man har i kraft av å være arbeidstaker.....	14
2.6.1	Formkrav til arbeidsavtale.....	14
2.6.2	Oppsigelsesvern.....	15
2.6.3	Permittering	17
2.6.4	Fortrinnsrett.....	18
2.6.5	Retten til å fortsette i stilling	19
2.6.6	Sykepenger	20
2.6.7	Dagpenger	21
3	Tilsigelsesavtaler sin plassering i arbeidsmiljølovens system	22
3.1	Utviklingen av tilsigelsesavtaler – fra løsgjengere til ringehjelp.....	22
3.2	Tilsigelsesavtalenes ordlyd.....	23

3.3	Tilsigelsesavtaler i rettskildebildet.....	26
3.3.1	Rettskildebildet før Braaten-dommen	26
3.3.2	Braaten-dommen	28
3.3.3	Rettskildebildet etter Braaten-dommen.....	32
3.3.4	Oppsummering	39
3.4	Kan tilsigelsesavtaler inngås innenfor rammen av aml. § 14-9 første ledd?.....	40
3.4.1	Innledning.....	40
3.4.2	Kravet om midlertidighet	40
3.4.3	Oppsigelsesvern.....	41
3.4.4	Permittering	42
3.4.5	Fortrinnsrett	42
3.4.6	Retten til å fortsette i stillingen	43
3.4.7	Sykepenger	44
3.4.8	Dagpenger	45
3.4.9	Konklusjon	46
4	Hvordan bør arbeidsgiver dekke umiddelbart behov for arbeidskraft?.....	49
4.1	Innledning.....	49
4.2	Forslag til nytt EU-direktiv	49
4.3	Forslag til avtaleform	51
	Kildeliste	55

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Tilsigelsesavtaler har mange navn og er muligens bedre kjent som tilkallingsvikarer, ringehjelp eller ekstrahjelp ved behov. Slike arbeidsavtaler innebærer i sin kjerne at arbeidstaker ikke har en avtalt arbeidstid og at man jobber kun dersom man blir tilkalt av arbeidsgiver. Avtalene kan ha et permanent preg, mens de samtidig utfører et midlertidig arbeid. Avtaleformen faller derfor på et vis mellom arbeidsmiljølovens¹ to ansettelsesformer. Arbeidsavtalene kjennetegnes videre ved at arbeidstaker jobber kun basert på arbeidsgiverens behov og har ikke en rett til verken arbeid eller lønn utover de tilkallinger som gis av arbeidsgiver. Arbeidstaker har i tillegg ikke en plikt til å takke ja til tilbudet om arbeid. Oppgaven søker å finne hvilken ansettelsesform avtalene må inngås etter og om de lovlig kan inngås i det hele tatt.

Tilkallingene kan være begrunnet i forskjellige forhold og kan typisk være sykefravær hos virksomheten, et umiddelbart behov for arbeidskraft på grunn av stor ordrepågang eller at behovet for arbeidskraft ikke kan dekkes av andre faste ansatte. I visse tilfeller jobber ikke arbeidstakeren etter tilkalling i det hele tatt, men jobber tilnærmet hver dag og dekker i realiteten et fast og permanent behov. En avtaleform som benyttes i stor grad av bemanningsbyråer og på mange måter tilsvarer en tilsigelsesavtale er “fast ansatt uten garantilønn”. Med en slik avtale er arbeidstaker i utgangspunktet fast ansatt i bemanningsbyrået, men vil kun motta arbeid og lønn dersom man tildeles oppdrag fra arbeidsgiver.²

Siden avtalene kan ha svært varierende ordlyd og praktiseres på ulike måter kan arbeidsavtaler, som i utgangspunktet ikke innebærer at arbeidstaker jobber etter tilkalling oppfattes av arbeidstaker som en tilsigelsesavtale. Slike avtaler kan typisk være hvor partene har avtalt at arbeidstaker jobber annenhver helg og i tillegg tilkalles etter behov. En slik avtale

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

² Kristine Nergaard, Kristin Alsos, Mona Bråten og Ragnhild Steen Jensen, “Tilkallingsvikarer i norsk arbeidsliv”, Fafo-rapport 2015:10 side 11

vil ikke være en ren tilsigelsesavtale, siden arbeidstaker har en fast avtale om arbeid i tillegg til en avtale om tilkalling.

I en rapport utgitt av Fafo fra 2015 vises det at i en undersøkelse gjennomført i 2013 oppga tre prosent av alle lønnstakerne som ble kontaktet at de hadde en arbeidsavtale som innebar at de kun jobbet når det var behov for ekstrahjelp eller vikar på arbeidsplassen. Tre prosent kan fremstå som et svært lavt tall, men det er viktig å være klar over at tilsigelsesavtaler i hovedsak brukes for å dekke korte og umiddelbare behov for arbeidskraft som ikke kan dekkes på andre måter. Av samme rapport kommer det frem at ansettelsesformen er mest utbredt blant unge arbeidstakere og de som kombinerer arbeid med annen aktivitet som for eksempel skolegang. Det er også omtrent dobbelt så mange kvinner som menn som jobber etter tilkalling. Rapporten viser også at sosialtjenester er den klart største yrkesgruppen hvor tilkallingsavtaler benyttes, etterfulgt av overnattings- og serveringsvirksomhet.³

Avtalene brukes gjerne til å dekke et arbeidskraftbehov som er vanskelig å dekke med andre faste ansatte, noe som viser at avtalene representerer et klart nødvendig behov i arbeidslivet. Avtalene er svært fleksible for både arbeidsgiver og arbeidstaker. Det er kanskje særlig verdt å nevne at arbeidstakere som jobber etter tilkalling kan tenkes å trives med en så fleksibel arbeidsavtale, siden den er enkel å kombinere med for eksempel studier. Samtidig finnes det arbeidstakere som jobber etter tilkalling som heller ønsker et mer forutsigbart arbeidsforhold med faste og avtalte arbeidstider. Slike arbeidstakere kan typisk være arbeidsinnvandrere eller lavt utdannede og ufaglærte.

1.2 Historikk og rettsutvikling

Arbeidsretten som rettsdisiplin er forholdsvis ung og hadde ikke sin fremvekst før på 1920-tallet.⁴ Disiplinen vokste frem i samme perioden som når den første loven om et allment vern for arbeidere ble vedtatt. Rettigheter i forbindelse med arbeid strekker seg mye lengre tilbake i tid. I Norge finnes var det allerede i lagtingslovene forpliktelser for arbeidsgiver hvor man

³ Nergaard m. fl. side 40 og 41

⁴ Stein Evju, "Arbeidsrettsdisiplinen og arbeidsrettsforskningen i tilbakeblikk - Utviklingen av faget og forskningen fra fortid til nåtid", Arbeidsrett vol 9 nr 1 2012 (side 1-29) side 9

hadde en “omsorgsplikt” for arbeideren uten å kunne gjøre fradrag i lønn dersom han ble syk.⁵

I 1892 kom fabrikktilsynsloven⁶ som var den første loven som i hovedsak var ment å verne arbeidere. Loven ble avløst i 1909⁷ av en ny fabrikktilsynslov som utvidet virkeområdet til å også gjelde for håndverksvirksomheter av en viss størrelse. Fabrikktilsynsloven av 1909 ble i 1915⁸ erstattet av Lov om arbeiderbeskyttelse i industrielle virksomheter som var den første loven til å innføre en arbeidsdag på åtte timer. I 1936⁹ kom arbeidervernloven, den første generelle verneloven for arbeidere. Arbeidervernloven lovfestet blant annet oppsigelsesvernet og retten til ferie. Arbeidervernloven av 1936 ble i 1956¹⁰ erstattet av en ny arbeidervernlov som igjen ble erstattet i 1977 av arbeidsmiljøloven.¹¹¹²

Vedtakelsen av arbeidsmiljøloven i 1977 medførte store endringer i arbeidsretten. Loven satte større fokus på arbeidsmiljø, regulerte adgangen til midlertidige ansettelser og flere av arbeidstakeres rettigheter ble lovfestet. Aml. 1977 har gått gjennom flere endringer med blant annet vern mot diskriminering, utvidet adgang til midlertidig ansettelse og lovfestet rett til permisjon. I 2005 ble den nåværende arbeidsmiljøloven vedtatt. Den gjeldende arbeidsmiljøloven har i stor grad fortsatt utviklingen til den gamle arbeidsmiljøloven og har blant annet utvidet adgangen til midlertidige ansettelser ytterligere.

Utviklingen av rettskildebildet bærer sterkt preg av at arbeidsretten er et meget politisk styrt rettsområde. Både den gamle og nye arbeidsmiljøloven bærer preg av regjeringsskifter, særlig i perioden fra 90-tallet og inn i 2010-tallet. Som eksempel kan det nevnes at den nye arbeidsmiljøloven ble vedtatt etter regjeringen Bondevik II sitt lovforslag. Før loven trådte i

⁵ Evju, 2012 side 4

⁶ Lov 27. juni 1892 om tilsyn med arbeid i fabrikker

⁷ Lov 10. september 1909 om tilsyn med arbeid i fabrikker

⁸ Lov 18. september 1915 Arbeiderbeskyttelsesloven

⁹ Lov 19. juni 1936 om arbeidervern

¹⁰ Lov 7. desember 1956 om arbeidervern

¹¹ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø

¹² Henning Jakhelln, ”Trekk av arbeidsrettens historie i Norge”, Arbeidsrett vol 6 nr 3 2009 (side 111-119) side 113

kraft hadde regjeringen Stoltenberg II allerede fremmet en lovendring som ble den endelige vedtatte lovteksten.

I 1954 fikk Grunnloven¹³ § 110 ny ordlyd som pålegger statens myndigheter å legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring. Ordlyden er endret i ettertid, men bestemmelsens innhold er fortsatt uendret. Ordlyden kan tilsa at staten er forpliktet til å sørge for at alle får arbeid. Det er antatt at ordlyden ikke kan tolkes ordrett og at bestemmelsen i hovedsak verner om retten til arbeid. Funksjonen til bestemmelsen er i større grad at statens myndigheter ikke skal vanskeliggjøre muligheten til å få seg arbeid og lønn, enten ved lovvedtak eller andre disposisjoner.

1.3 Rettskilder og metode

Oppgavens tema gir ikke særlige metodiske utfordringer og juridisk metode vil derfor bli anvendt på normalt vis. Deler av oppgaven bygger på underrettspraksis, siden det foreligger lite relevant praksis fra Høyesterett i moderne tid. Underrettspraksis vil i utgangspunktet ha begrenset vekt.¹⁴ I de tilfeller hvor det ikke foreligger praksis fra Høyesterett og avgjørelser ikke ankes fra ting- og lagmannsrettene må avgjørelser fra underrettene kunne ha en viss form for vekt innenfor sine områder.¹⁵ Dersom avgjørelsen gis mye støtte i andre kilder er det enda mer grunn til å legge vekt på avgjørelsen.

1.4 Avgrensninger

Oppgaven vil ta stilling til en rekke forskjellige rettigheter en arbeidstaker har i kraft av å være arbeidstaker. En detaljert gjennomgang av rettighetene faller utenfor oppgavens tema og det vil kun vises til de deler av rettighetene som gjør seg gjeldende for oppgavens tema. I tillegg finnes det langt flere rettigheter som det kunne bli tatt stilling til. Grunnet begrensinger i oppgavens omfang har visse rettigheter ikke blitt prioritert i denne vurderingen. Det nevnes også at oppsigelse er et sentralt tema i diskusjonen om tilsigelsesavtaler, men en detaljert redegjørelse for blant annet saklighetskravet for oppsigelser faller utenfor oppgavens tema. Videre finnes det andre lover som gjør seg gjeldende for arbeidsforhold. Det avgrenses fra å ta stilling til problemstillinger som reiser seg fra arbeidsforhold som utføres av ansatte i staten

¹³ Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814

¹⁴ Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, "Rettskildelære", 5. utgave, Oslo 2011, side 162

¹⁵ Kåre Lilleholt, "Knophs oversikt over Norges rett", 14. utgave, Oslo 2014, side 13-14

eller arbeidere på skip. Det avgrenses særlig av den grunn at tilsigelsesavtaler i hovedsak er brukt av private aktører og kommuner og er lite brukt for statsansatte. Hvor vanlige de er for skipsarbeidere er uvisst, men det antas at tilsigelsesavtaler ikke er særlig vanlig ved arbeid på skip.

1.5 Aktualitet og videre fremstilling

Bruken av tilsigelsesavtaler har blitt mer utstrakt de siste årene, særlig etter årtusenskiftet. Siden aml. 1977 ble vedtatt har det alltid vært mye fokus på at arbeidsgiver ikke skal kunne omgå stillingsvernet. Siden 70-tallet og frem til årtusenskiftet var diskusjonen i større grad fokusert på bruken av midlertidig ansettelse og ønsket om at flest mulig skulle ha fast arbeid. Etter årtusenskiftet har diskusjonen gått noe mer over i bruken av tilsigelsesavtaler. Siden avtalene faller delvis mellom de to ansettelsesformene er det et sterkt ønske om at det avklares hvorvidt disse avtalene er faste, midlertidige eller lovlige i det hele tatt. Det samme gjelder ansettelsesformen "fast ansatt uten garantilønn". Både tilsigelsesavtaler og fast ansatt uten garantilønn har vært gjenstand for flere diskusjoner og artikler i særlig arbeiderklassemedia. Avtalene er også med jevne mellomrom et tema som tas opp i skriftlige spørsmål av stortingsrepresentanter.

I den videre fremstillingen vil det først bli gjort rede for hva det rettslige utgangspunktet er for ansettelse, hvilke muligheter arbeidsgiver har til å dekke forskjellige behov for arbeidskraft og en gjennomgang av en rekke rettigheter arbeidstakere har i kraft av sin posisjon. Videre vil det bli tatt stilling til hvordan tilsigelsesavtaler passer inn i arbeidsmiljølovens system. Til slutt vil det bli redegjort for hvordan tilsigelsesavtaler kan reguleres og praktiseres.

2 Det rettslige utgangspunktet

2.1 Innledning

Arbeidsmiljølovens hovedregel er at arbeidstaker skal ansettes fast og at arbeidstaker unntaksvis kan ansettes midlertidig jf. arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd. Arbeidsmiljøloven åpner ikke for andre ansettelsesformer og ansettelser som ikke faller inn under lovens to former vil ikke være lovlig.

Avtaleformen tilsigelsesavtale bærer preg av å være både en fast og midlertidig ansettelse og faller mellom de to ansettelsesformene. Det kan derfor ikke uten videre sies at de tilhører en av arbeidsmiljølovens ansettelsesformer. De er heller ikke blitt definert av Høyesterett. Stein Evju definerte i 2005 avtalene som avtaler hvor:

“... arbeidstageren kan tilkalles når arbeidsgiveren har behov, men uten noen rett til arbeid ut over dette og, ofte, også uten plikt til å ta imot den enkelte tilsigelse ... De kan dels ha form av midlertidige ansettelser, dels kan de i formen være «faste» ansettelsesavtaler.”¹⁶

Definisjonen er lagt til grunn i senere artikler¹⁷ og undersøkelser¹⁸ og det later til å være en bred enighet om at definisjonen beskriver avtalene på en tilfredsstillende måte. Det kan presiseres at arbeidstaker vil kun lønnes for de timene man jobber.

2.2 Fast ansettelse (hovedregelen)

Arbeidsmiljølovens hovedregel er at arbeidstaker skal ansettes fast, jf. aml. § 14-9 første ledd, første punktum. Ved å være lovens hovedregel innebærer det at det må foreligge særlige grunnlag, som nevnt i første ledd, andre punktum a) til f), for at arbeidstaker skal ansettes på en annen måte enn fast.

¹⁶ Stein Evju, Nytt i privatretten nr. 3/2005 side 2 flg og «Fast ansatt ulovlig midlertidighet», Arbeidsrett og arbeidsliv, 2005 s. 259

¹⁷ Se blant annet Søreide, Christel, ”Grensen mellom fast og midlertidig ansettelse”, Arbeidsrett nr. 1/2017, s. 113-127

¹⁸ Nergaard m. fl. side 10

Ordlyden gir ikke en direkte veiledning for hva en fast ansettelse innebærer, man kan likevel legge til grunn at en fast ansettelse er en ansettelse som ikke er tidsbestemt og at den derav ikke har et avtalt opphørstidspunkt. Det er ikke et krav til stillingsprosent for å være fast ansatt og partene står fritt til å avtale om arbeidstakeren skal ansettes i en hel- eller deltidsstilling. Det er heller ikke et lovfestet minstekrav til stillingsprosent.

Hovedregelen er i tråd med lovens formål. Arbeidsmiljøloven har som formål at den blant annet skal sørge for at alle arbeidstakere opplever en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet, legge til rette for tilpasninger i arbeidsforholdet knyttet til den enkelte arbeidstaker og bidra til et inkluderende arbeidsliv, jf. aml. § 1-1. Det er særlig § 1-1 b) som skal sikre trygge ansettelsesforhold som gjør seg gjeldende i dette tilfellet. Et trygt ansettelsesforhold kjennetegnes gjerne ved at arbeidstaker opplever å ha et forutberegnelig arbeidsforhold. I følge forarbeidene er trygge arbeidsforhold et av lovens bærende hensyn, særlig med hensyn til reglene om stillingsvern.¹⁹ Ved å ha et forutberegnelig arbeidsforhold vil ikke bare arbeidstaker ha en sikker og ofte stødig inntekt, men i tillegg ha en stabil sysselsetting.

Det sentrale ved å være fast ansatt er at man har et sterkt stillingsvern. Stillingsvernet i sin kjerne innebærer at arbeidstaker ikke vil risikere å miste sin stilling og bli oppsagt med mindre det foreligger saklig grunnlag etter aml. § 15-7. Siden en fast ansettelse ikke har et avtalt opphørstidspunkt opphører avtaleforholdet først når en av partene sier opp avtalen.²⁰

2.3 Midlertidig ansettelse (unntaket)

Arbeidstaker kan ansettes midlertidig på forskjellige grunnlag, jf. aml. § 14-9 første ledd, annet punktum a) - f). I at ansettelsesforholdet er midlertidig er det naturlig at det har et start- og sluttidspunkt. Som arbeidsmiljølovens unntaksregler for ansettelser må minst et av de seks grunnlagene i annet punktum a) - f) foreligge for at en arbeidstaker lovlig skal kunne ansettes midlertidig. Faller grunnlaget for ansettelsen bort vil arbeidsforhold også naturligvis måtte

¹⁹ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) side 68

²⁰ Se mer om oppsigelse under kapittel 2.5.2

opphøre. Dersom arbeidsforholdet ikke opphører, men fortsetter uten tilstrekkelig grunnlag vil forholdet være en ulovlig midlertidig ansettelse.

For oppgavens tema er det særlig § 14-9 første ledd, annet punktum, bokstav a og b som gjør seg gjeldende. Bokstav a sier at avtale om midlertidig ansettelse kan inngås når “ ... når arbeidet er av midlertidig karakter”. Ordlyden gir ikke særlig veiledning i å forklare hva grunnlaget for en midlertidig ansettelse kan være. Ordlyden kan likevel forstås slik at arbeidet i det minste ikke kan ha permanent karakter. Et arbeid som ikke har en permanent karakter vil også ofte fravike fra hva som til vanlig utføres av virksomheten. Bokstav b sier at midlertidige ansettelser kan inngås “ ... for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)”. Ordlyden gir en klar veiledning om at arbeidet som skal utføres i utgangspunktet skulle vært utført av andre arbeidstakere. Ordlyden skiller ikke mellom om vikariatet kan gjelde for en eller flere personer.

Adgangen til midlertidig ansettelse ble først regulert i aml. 1977 § 58 nr. 7, en bestemmelse som i utgangspunktet gjaldt oppsigelsesfrister. Her kunne arbeidstaker ansettes midlertidig når arbeidets karakter tilsa det, for praksisarbeid eller i vikariat.²¹ Etter en politisk debatt på 90-tallet ble loven endret slik at midlertidig ansettelse ble lettere tilgjengelig og fikk sin egen bestemmelse i § 58 A. Bestemmelsen var ment å erstatte den gamle § 58 nr. 7, i utgangspunktet uten særlig realitetsendring.²² Til tross for politisk uenighet ble det likevel av kommunalkomiteen tilføyd «... og arbeidet adskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften.» til § 58 A første ledd a).²³ Tilføyningen ble senere fjernet fra lovteksten. Dagens aml. § 14-9 ligner i svært stor grad den tidligere § 58 A.

Grunnlagene for midlertidig ansettelse har gjennom flere lovforarbeider blitt gjennomgått i et forsøk på å bedre klargjøre hva grunnlagene egentlig innebærer. Presiseringene har endret ordlyden gjentatte ganger, men det har aldri vært ønskelig at de skal innebære en

²¹ Loven ble senere endret, se ot. prp. nr. 41 (1975-1976) s. 104-105 for opprinnelig ordlyd

²² Jf. ot. prp. nr. 50 (1993-1994) side 237

²³ Innst. O. nr. 2 (1994-1995) side 29

realitetsendring for bestemmelsen.²⁴ Tidligere rettspraksis og kilder gjør seg derfor fortsatt gjeldende. Ordlydsendringen som ble tilføyd av kommunalkomiteen kan brukes som eksempel. Den da nye ordlyden ble grundig gjennomgått av Høyesterett i Norsk folkehjelpdommen.²⁵ Spørsmålet Høyesterett måtte ta stilling til var om arbeidet som arbeidstakeren utførte var så særskilt og fravek i så stor grad fra hva virksomheten til vanlig gjorde at det var grunnlag flere etterfølgende midlertidige ansettelse. Høyesterett mente at ordlyden i § 58 A første ledd a) kunne fremstå slik at det gjeldende arbeidet må adskille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten. Ved å vise til flertallet i kommunalkomiteens egen forståelse av forslaget mente Høyesterett at det ikke er grunnlag for en så streng ordlydstolkning (side 1421). Høyesterett mente at det at oppgavene “... innholdsmessig må atskille seg fra de som ordinært utføres i virksomheten.” ikke innebar et absolutt krav, men at også sesongbasert og sterk økning av ordinære arbeidsoppgaver også kan gi adgang for midlertidig ansettelse (side 1422).

2.3.1 Arbeid av midlertidig karakter

Gjennom flere omfattende lovforarbeider har grunnlaget for hva en midlertidig ansettelse basert på “arbeidets karakter” innebærer blitt forsøkt konkretisert. På 70-tallet ble det særlig vist til at arbeidstakere som ble ansatt for å fullføre bestemte prosjekter eller for å utføre sterkt sesongpregede arbeidsoppgaver var typiske grunnlag.²⁶ På 90-tallet ble det konkretisert at formålet med reguleringen av adgangen til å inngå midlertidige ansettelse var at det var ønskelig å hindre omgåelser av stillingsvernet, hvilket også må sees i sammenheng med arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse om trygge ansettelsesforhold. Basert på samme grunnlag og i lys av Rt. 1985 s. 1141 skal adgangen til å inngå midlertidige ansettelse tolkes strengt. Samtidig la departementet til grunn at man må legge en bred vurdering til grunn, blant annet med hensyn til forholdet mellom partene.²⁷ Ved vedtakelse av den nye arbeidsmiljøloven forsøkte man å gjøre grunnlaget for midlertidig ansettelse enda klarere. I tillegg til tidligere grunnlag la departementet til at:

²⁴ Jf. ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 331, ot. prp. nr. 24 (2005-2006) s. 13 og prop. 39 L (2014-2015) s. 118

²⁵ HR-2000-1241-A Rt. 2001 s. 1413

²⁶ Ot. prp. nr. 41 (1975-1976) side 71

²⁷ Ot. prp. nr. 50 (1993-1994) side 166

“Arbeidsgiver kan ansette midlertidig for topper som ikke er sesongavhengige, dersom det dreier seg om kortvarige og uforutsigbare situasjoner. Det er imidlertid ikke anledning til å ansette midlertidig for å avhjelpe generelle eller jevne variasjoner i ordretilgang eller ved usikkerhet om eventuell fremtidig reduksjon i arbeidsmengde, omorganisering eller lignende.”²⁸

Det kan sies at et midlertidig behov for arbeidskraft, ved å ikke være permanent, vil være et behov som fraviker fra virksomhetens vanlige behov, eller en markert forskjell i behovet for arbeidskraft. Hva som er en markert forskjell i behov for arbeidskraft og skillet mellom “kortvarige og uforutsigbare situasjoner” og “generelle variasjoner i ordretilgang” er vanskelig å definere. Ytterpunktet for oppgaver som typisk vil være grunnlag for midlertidig ansettelse vil være større prosjekter og sesongbaserte arbeidsoppgaver, mens det motsatte ytterpunktet vil være tilfeller hvor arbeidstaker dekker et klart permanent behov. Hvor skillet går kan muligens ha tilknytning til hvorvidt arbeidsgiver har noen form for kontroll over, eller kan forvente at behovet for arbeidskraft oppstår. Utbryter det større sykdommer eller epidemier vil sykehusene ha et stort og uventet behov for arbeidskraft som ikke kan dekkes av vikariater, og det vil dermed være grunnlag for midlertidige ansettelser. Til motsetning vil mer forventet behov for arbeidskraft som behov tilnærmet det som kan dekkes av bruk av overtid, eller typisk helgearbeid, mindre sannsynlig gi adgang til midlertidige ansettelser.

2.3.2 Vikariat

Innholdet i hva et vikariat innebærer har ikke i like stor grad blitt problematisert som arbeid av midlertidig karakter. Når den gamle arbeidsmiljøloven ble vedtatt ble det i hovedsak vist en bekymring for at vikariatavtaler kunne inngås som “proformaverk” hvor de egentlig dekket et permanent behov for arbeidskraft. Departementet gjorde det klart at dersom arbeidsavtaler om vikariatstillinger “... inngås for å omgå lovens bestemmelser eller om avtalen er utilbørlig i forhold til arbeidstakeren ...“ må slike avtaler må kunne settes til side av domstolene.²⁹ Ved gjennomgangen av arbeidsmiljøloven på 90-tallet ble det gjort klart at vikariater ikke må dekke arbeidsoppgavene til en bestemt person og at det som eksempel vil kunne benyttes ferievikarer for å dekke behovet for arbeidskraft i forbindelse med ferieavvikling. En

²⁸ Ot. prp. nr. 24 (2005-2006) side 3 og 4

²⁹ Ot. prp. nr. 41 (1975-1976) side 71

motsetning til dette ville derimot være at arbeidsgiver ikke kan “ ... inngå løpende kortvarige vikariatavtaler for å dekke et konstant behov for vikartjeneste innenfor f.eks en større virksomhet med noenlunde stabil fraværsprosent.” Det ble også presisert at å kalle et arbeidsforhold for et vikariat klart ikke er nok til å oppfylle lovens formelle krav til vikariat.³⁰

Innholdet i hva aml. § 14-9 første ledd bokstav b) er etter sin ordlyd noe enklere å forstå, ved at det ikke kreves at arbeidsgiver viser til et særlig behov annet enn bortfalt arbeidskraft av forskjellige grunner som for eksempel sykdom eller permisjon. Noe som viser seg å være et større tolkningsproblem for bokstav b) er tilfeller hvor arbeidstaker erstatter arbeidskraft over så lange perioder at man dekker et tilnærmet permanent behov. Dette problemet kan gjøre seg like gjeldende i tilfeller hvor arbeidstaker er vikar for en person over en lang periode eller der hvor arbeidstaker har flere vikariater på forskjellige grunnlag etter hverandre.

2.3.3 Oppsummering

Det er klart at arbeidsmiljølovens formål om at arbeidstaker skal oppleve trygge og sikre ansettelsesforhold må legges til grunn for alle arbeidsforhold. Fast ansettelse er fortsatt hovedregelen hva gjelder ansettelser og adgangen til å inngå midlertidige ansettelser skal tolkes strengt. Siden det det også er ønskelig at flest mulig er i fast arbeid burde korte uforutsigbare ansettelser unngås så langt det lar seg gjøre. Samtidig er adgangen til å inngå midlertidig ansettelser sentral for at vi i dag skal kunne ha et velfungerende arbeidsliv. I de tilfeller hvor arbeidsgiver har behov for arbeidskraft på grunn av nye prosjekter eller midlertidig økning i arbeidsoppgaver, må arbeidsgiver slippe å måtte ty til faste ansettelser for å dekke behovet, forutsatt at behovet er midlertidig. På samme vis må arbeidsgiver slippe å dekke behovet for arbeidskraft ved å benytte seg av overtid, noe som er en dyr kostnad for arbeidsgiver. Det er ved dette behovet for arbeidskraft at midlertidige ansettelser har sitt kjerneområde. De behov for arbeidskraft som ikke er så permanent eller etter sitt innhold kvalifiseres til å måtte dekkes av flere faste stillinger, men heller ikke et så lite kort behov at det kan dekkes av overtid.

³⁰ Ot. prp. nr. 50 (1993-1994) side 165

2.4 Grunnbemanningslæren

I kjølvannet av at fast ansettelse er arbeidsmiljølovens hovedregel har det i rettspraksis utviklet seg en lære om at arbeidsgiver ikke kan benytte seg av midlertidige ansettelser til å dekke et varig behov. Læren har sitt opphav i Statfjord-dommen³¹ hvor en arbeidstaker jobbet som vikar i 2,5 år og ble tildelt nye arbeidsavtaler hver gang hun var ute på feltet. Spørsmålet Høyesterett måtte ta stilling til var om det var adgang for å inngå en rekke isolerte arbeidsavtaler om midlertidig ansettelse.

Høyesterett uttalte at det i utgangspunktet ikke er noe i veien for at arbeidsgiver benytter seg av samme vikar gjentatte ganger. Likevel kan lovens bestemmelser og formål sette grenser for hva som lovlig kan avtales av fortløpende vikariater uten at arbeidstakeren har rett til å få et stillingsvern (side 1120). Arbeidsforholdet i saken bar "... preg av at hun fast, over lang tid, har fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften." Høyesterett konkluderte etter en samlet vurdering med at det var "... best i tråd med intensjonene i arbeidsmiljøloven ..." at arbeidstakeren ble regnet som fast ansatt og at vikarordningen var i strid med daværende aml. 1977 § 58 nr. 7 annet ledd (side 1121).

Læren har blitt noe videreutviklet i etterkant av dommen. I et forsøk på å definere hva et vikariat innebærer uttalte Kommunal- og arbeidsdepartementet i 1994 at vikariatet må være begrenset i en alle annen form. Inngås det flere kortvarige vikariater for å dekke et konstant og stabilt behov for vikartjenester, vil vikarordningen være i strid med loven.³²

Læren er videre behandlet av Høyesterett i Ambulanse-dommen og Sykehuset Innlandet-dommen³³. Det kan trekkes frem tre vilkår fra dommene som i utgangspunktet må være tilstede for at den midlertidig ansatte skal ha krav på fast ansettelse. Det må foreligge et stabilt behov for vikarer i virksomheten, det faste arbeidskraftbehovet må uten vesentlig ulempe

³¹ Rt. 1989 s. 1116

³² Ot. prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165

³³ HR-2006-1605-A Rt. 2006 s.1158 og HR-2009-975-A Rt. 2009 s. 578

kunne dekkes ved økning i grunnbemanningen og vikaren må ha tilstrekkelig fast tilknytning til arbeidet som utføres.³⁴

I en sak fra Eidsivating lagmannsrett³⁵ ble det anført at læren måtte innskrenkes på grunn av den lovfestede retten til fast ansettelse for midlertidige ansatte som har jobbet sammenhengende i fire år, jf. daværende aml. § 14-9 femte ledd.³⁶ Lagmannsretten viste til Sykehuset Innlandet-dommen og at det ikke er noe i rettskildematerialet som tilsier at regelen skal erstatte læren. Basert på dommen la lagmannsretten også til grunn at læren ikke bør videreutvikles verken i form av innskrenkninger eller utvidelser.³⁷

Det sentrale ved læren er at arbeidsgiver ikke skal benytte seg av midlertidig ansettelser dersom behovet for arbeidskraft er permanent. Læren definerer også nærmere når det er grunnlag for å bruke midlertidige ansettelser og når arbeidstaker skal ansettes fast. En mer detaljert gjennomgang læren ligger utenfor oppgavens tema.

2.5 Hvordan kan arbeidsgiver dekke behovet for arbeidskraft?

For mange virksomheter vil ikke et behov for arbeidskraft være konstant. Behovet varierer fra virksomhet til virksomhet og kan i visse tilfeller variere i stor grad fra dag til dag.

Arbeidsmiljøloven har et system som arbeidsgiver må forholde seg til når man ønsker å dekke forskjellige behov for arbeidskraft.

Er behovet relativt stort og permanent kan arbeidsgiver ansette en ny arbeidstaker i en fast heltidsstilling. Er det et mindre permanent behov kan arbeidsgiver ansette arbeidstaker i en deltidsstilling. En slik løsning medfører også mest risiko for arbeidsgiver, ved at arbeidsgiver vil måtte betale arbeidstaker lønn uavhengig av om det foreligger et faktisk behov for arbeidstakerens arbeidskraft eller ikke.

³⁴Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad, Marianne Jenum Hotvedt, Individuell arbeidsrett, 2. utgave, Oslo 2017 s. 134-135

³⁵ LE-2014-150547

³⁶ Bestemmelsen har senere blitt noe endret og retten til fast ansettelse kommer nå frem av sjette ledd

³⁷ Det samme kommer frem av LG-2014-57287

Er behovet relativt stort og av midlertidig karakter kan arbeidsgiver ansette arbeidstaker i en midlertidig heltid- eller deltidsstilling. Faller behovet bort vil grunnlaget for ansettelsen også falle bort. En slik løsning bærer mindre risiko for arbeidsgiver, siden arbeidsgivers lønningsplikt vil falle bort når grunnlaget for den midlertidige ansettelsen faller bort.

Den siste ordningen er at arbeidsgiver kan ved umiddelbare og ekstra behov benytte seg av adgangen til å be arbeidstaker jobbe overtid. Løsningen er ment å dekke et kortere og mer umiddelbart midlertidig behov enn det andre alternativet. Det forutsettes at det foreligger et særlig og tidsavgrenset behov for det, jf. aml. § 10-6 første ledd. Arbeidstaker har krav på at det betales et overtidstillegg på minst 40 % for overtidarbeid, jf. § 10-6 (11), hvilket innebærer at det er en dyr løsning for arbeidsgiver.

Skulle behovet redusere seg etter at arbeidsgiver har benyttet seg av en av de første ordningene kan arbeidsgiver mulighet til å redusere utgiften tilknyttet ansettelsen ved å vurdere nedbemanninger eller permitteringer. Skulle behovet være større står arbeidsgiver fritt til å ansette flere arbeidstakere i heltid-, deltidstillinger, midlertidige ansettelse eller be flere arbeidstakere jobbe overtid. Arbeidsgiver står også fritt til å velge hvilken løsning som passer best for virksomheten.

2.6 Forskjellige rettigheter man har i kraft av å være arbeidstaker

2.6.1 Formkrav til arbeidsavtale

Arbeidsavtaler skal inngås skriftlig, jf. aml. § 14-5 første ledd, første punktum. Det er arbeidsgiver som skal sørge for at avtalen utformes, jf. andre punktum. Er arbeidsforholdet samlet lengre enn en måned skal arbeidsavtalen foreligge senest en måned etter at arbeidsforholdet begynte, jf. annet ledd. Er arbeidsforholdet kortere enn en måned, eller gjelder det utleie av arbeidskraft, skal avtalen inngås umiddelbart, jf. tredje ledd. Foreligger det ikke en skriftlig arbeidsavtale kan Arbeidstilsynet gi virksomheten pålegg på at det opprettes arbeidsavtaler og eventuelt ilegge tvangsmulkt dersom pålegget ikke etterkommes, jf. § 18-7 flg.

Paragraf 14-5 tredje ledd gjør seg særlig for midlertidige arbeidsforhold, siden et fast arbeidsforhold aldri vil kunne avtales på forhånd å skulle vare kortere enn en måned. Foreligger det ikke en skriftlig arbeidsavtale vil det ikke innebære at avtalen gjøres ugyldig, men avtalen vil bli tolket i arbeidsgivers disfavør dersom det oppstår en eventuell tvist.³⁸

Videre skal en arbeidsavtale inneholde opplysninger om forhold av vesentlig betydning, jf aml. § 14-6 første ledd, første punktum, herunder blant annet partenes identitet, stilling, grunnlaget for eventuell midlertidig ansettelse, partenes oppsigelsesfrister, den avtalte lønn, mv, jf. første ledd a) - m).

2.6.2 Oppsigelsesvern

Faste arbeidsavtaler vil ikke ha et avtalt opphørstidspunkt og opphører av den grunn når avtaleforholdet sies opp av en av partene. Midlertidige arbeidsavtaler opphører i utgangspunktet når den avtalte perioden er over eller når grunnlaget for ansettelsen faller bort, jf. aml. § 14-9 femte ledd, første punktum. Arbeidsmiljølovens kapittel 15 om opphør av arbeidsforhold gjelder likevel under hele arbeidsforholdet jf. annet punktum. Arbeidstaker står fritt til å si opp avtalen når han selv vil. Arbeidsgiver er derimot underlagt strenge form- og saklighetskrav, jf. aml §§ 15-4 til 15-10 og 15-14. Dersom form- og saklighetskravene ikke er fulgt vil arbeidstaker kunne kreve oppsigelsen ugyldig samt kreve erstatning, jf. §§ 15-5 og 15-12.

En oppsigelse fra arbeidsgiver skal være skriftlig, jf. § 15-4 første ledd samt leveres til arbeidstaker personlig eller sendes i rekommandert brev og informere arbeidstaker om en rekke rettigheter, blant annet retten til å kreve forhandlinger, søksmålsfrister m.v. Arbeidstaker kan ikke sies opp med mindre oppsigelsen er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold jf. § 15-7 første ledd. Terskelen for å si opp en arbeidstaker med grunnlag i arbeidstakers forhold er høyt og Høyesterett har uttalt at det må kunne vises til gode grunner.³⁹ Det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for å sannsynliggjøre grunnlaget for en eventuell oppsigelse. Før arbeidsgiver velger å si opp en arbeidstaker skal

³⁸ HR-2004-99-A Rt. 2004 s. 53 (30)

³⁹HR-2009-1129-A Rt. 2009 s. 685 og HR-2011-2327-A Rt. 2011 s. 1674

spørsmålet så langt det praktisk lar seg gjøre drøftes med arbeidstaker, jf. aml. § 15-1 første punktum. Bestemmelsens ordlyd tilsier at drøftelsesmøte må avholdes for at oppsigelsen ikke skal være ugyldig. Når bestemmelsen ble tatt inn i den gamle arbeidsmiljøloven la departementet til grunn at kravet om drøftelse kun er en ordensforskrift og unnlattelse ikke vil medføre at oppsigelsen er ugyldig.⁴⁰ Unnlattelse av å avholde drøftelsesmøte er likevel et moment som vil tolkes i favør av arbeidstaker dersom det oppstår en tvist i ettertid.

Gjør arbeidstaker seg skyldig i grove pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen, kan arbeidsgiver avskjedige arbeidstaker, jf. aml. § 15-14 første ledd. Avskjed innebærer at arbeidstaker blir oppsagt med umiddelbar virkning. Formkravene til avskjed er det samme som ved oppsigelse og dersom det lar seg gjøre bør det avholdes et drøftelsesmøte, jf. annet ledd. Dersom avskjeden er urettmessig kan arbeidstaker kreve erstatning, i likhet med urettmessige oppsigelser, jf. fjerde ledd. Arbeidstaker har ikke den samme adgangen til si opp et arbeidsforhold med umiddelbar virkning og er i utgangspunktet bundet av den avtalte oppsigelsestiden. Høyesterett har likevel åpnet for at arbeidstaker kan heve en arbeidsavtale dersom arbeidsgiver “vesentlig misligholder arbeidsavtalen”.⁴¹

Etter at oppsigelse er gitt av en av partene består arbeidsforholdet gjennom den avtalte oppsigelsestiden, hvilket, hvis ikke annet er avtalt, er på en måned, jf. § 15-3 første ledd, første punktum. Dersom partene ønsker å avtale en kortere oppsigelsesfrist enn hva som allerede er avtalt kan dette kun gjøres etter at oppsigelse har funnet sted, jf. annet punktum. Dersom partene ønsker å avtale en kortere frist før oppsigelse finner sted må virksomheten være bundet av tariffavtale og avtalen må inngås mellom arbeidsgiver og tillitsvalgt, jf. annet punktum.

Partenes plikter til å yte arbeidskraft og lønn består gjennom den avtalte oppsigelsestiden, men partene står fritt til å bli enig seg i mellom at oppsigelsestiden skal være kortere eller

⁴⁰Ot. prp. nr. 50 (1993- 1994) s. 183

⁴¹HR-1997-58-B Rt. 1997 s. 1506 (s. 1512)

ikke gjennomføres i det hele tatt. Dette må som nevnt avtales etter at oppsigelse er gitt. Før oppsigelse er gitt har ikke partene adgang til å avtale en kortere oppsigelsesperiode enn hva som følger av arbeidsavtalen.

2.6.3 Permittering

Permittering er en midlertidig ordning hvor arbeidstaker er fritatt arbeidsplikt og arbeidsgiver er fritatt lønningsplikt. Ordningen kan brukes som et mildere alternativ til oppsigelse, dersom det viser seg at arbeidsgiver har et midlertidig mindre behov for arbeidskraft. Adgangen til permittering er ikke lovfestet og baseres seg i hovedsak på tariffavtaler, særlig Hovedavtalen mellom LO og NHO.⁴² Det er sikker rett at Hovedavtalens bestemmelser om permittering får anvendelse for virksomheter som ikke er bundet av avtalen, så langt de passer.⁴³

Permittering kan foretas når saklig grunn gjør det nødvendig for virksomheten, jf. Hovedavtalen § 7-1 første ledd, og kan ikke vare lengre enn seks måneder med mindre partene er enige om at det fortsatt foreligger saklig grunn, jf. annet ledd. Siden funksjonen til permittering er et alternativ til oppsigelse dersom arbeidsgiver har et midlertidig mindre behov for arbeidskraft, må grunnlaget for permittering være relatert til virksomheten, ikke de ansatte. Typiske grunnlag som er saklige er ordremangel. Hvorvidt det foreligger saklig grunn må likevel avgjøres i hvert enkelt tilfelle.

Arbeidstaker har rett til permitteringslønn og annet arbeidsvederlag i en periode på ti dager, også kalt den første arbeidsgiverperioden, jf. permitteringslønsloven⁴⁴ § 3 første ledd, første punktum. Arbeidstaker har kun krav på permitteringslønn for dager hvor arbeidstaker skulle vært i arbeid og retten løper fra den første arbeidsdagen permitteringen omfatter, jf. første ledd, tredje og annet punktum.

⁴² <https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/lonn-og-tariff/hovedavtalen-2018-2021.pdf>

⁴³ LB-2010-62676 - RG-2010-797

⁴⁴ Lov 6. mai 1988 nr 22 om lønnsplikt under permittering

2.6.4 Fortrinnsrett

2.6.4.1 Fortrinnsrett for deltidsansatte

Deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver ansetter en ny arbeidstaker i virksomheten, jf. aml. § 14-3 første ledd. Arbeidstaker har kun fortrinnsrett dersom man er kvalifisert til stillingen og forutsatt at utøvelsen ikke vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten, jf. annet ledd.

Med deltidsansatt menes en arbeidstaker som har avtalt arbeidstid som er lavere enn normal arbeidstid i vedkommende yrke eller bransje.⁴⁵ Med kvalifisert menes at arbeidstaker innehar kvalifikasjoner som gjennomsnittlig kan forventes for utøving av stillingen og ved vurderingen om arbeidstaker innehar disse kan det legges vekt på både faglige og personlige forutsetninger.⁴⁶ Det kreves også at stillingen har ” ... om lag de samme arbeidsoppgavene som den deltidsansatte allerede utfører”⁴⁷. Med vesentlig ulempe menes det blant annet at arbeidstaker ikke kan kreve fortrinnsrett for deler av den nye stillingen, arbeidstaker vil måtte godta å få hele den nye stillingen eller la seg bli forbigått.⁴⁸

2.6.4.2 Fortrinnsrett for midlertidig ansatte

Arbeidstakere som er oppsagt på grunn av virksomhetens forhold har fortrinnsrett til ny stilling fremfor at arbeidsgiver foretar nye ansettelse, så frem arbeidstaker er kvalifisert til stillingen, jf. § 14-2 første ledd. Midlertidige ansatte som ikke får fortsette sitt arbeidsforhold på grunn av virksomhetens forhold har også fortrinnsrett fremfor at arbeidsgiver foretar nye ansettelse, jf. annet ledd. Retten gjør seg gjeldende for arbeidstakere som har vært ansatt i minst 12 måneder de siste to årene, jf. tredje ledd.

Hva ansatt i minst 12 måneder innebærer kommer ikke frem av bestemmelsen. En konkret ordlydstolkning kan tilsi at det ikke er et krav om konstant sammenheng. Fortrinnsretten var

⁴⁵ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) side 330

⁴⁶ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) side 329 og side 226

⁴⁷ Innst. O nr. 100 (2004-2005) side 44

⁴⁸ HR-2016-867-A (Dissens 4-1)

ny ved vedtakelsen av aml. 1977 og baserte seg på den daværende Hovedavtalen.⁴⁹ Departementet gikk bort fra N.A.F.⁵⁰ sitt forslag om at arbeidet måtte være sammenhengende og la vekt på at formålet med bestemmelsen var at man ikke skulle kunne unngå vernet mot usaklig oppsigelse ved å benytte seg av kortvarige driftsinnskrenkninger. Det kreves dermed ikke at det har vært et sammenhengende arbeidsforhold, slik at arbeidsforhold som for eksempel sesongarbeid også vil nyte godt av fortrinnsretten.

2.6.5 Retten til å fortsette i stilling

Oppstår det en tvist om arbeidstaker er oppsagt på saklig grunnlag, har arbeidstaker rett til å fortsette i stillingen så lenge forhandlinger pågår etter aml. § 17-3, jf. § 15-11 første ledd. Reises det søksmål innen fristene i § 17-4 har arbeidstaker også rett til å fortsette i stillingen mens saken pågår, jf. § 15-11 annet ledd. Arbeidstaker har ikke rett til å stå i stilling dersom saken gjelder tvist om avskjed, oppsigelse i prøvetiden, for innleid arbeidstaker eller midlertidig ansatt, men retten kan etter påstand fra arbeidstaker bestemme at arbeidsforholdet skal fortsette inntil saken er rettskraftig avgjort, jf. tredje ledd.

Bestemmelsen får virkning for tiden som løper etter at oppsigelsestiden er over. I løpet av oppsigelsestiden består arbeidsforholdet og arbeidstaker har både en rett og plikt til å arbeide i denne perioden. Ordlyden i bestemmelsens tredje ledd, første punktum kan forstås slik at retten til å fortsette i stillingen ikke gjelder for midlertidig ansatte. En slik tolkning kan ikke legges til grunn og strider med hva som kommer frem av første ledd. Det er også få holdepunkter som tilsier at en midlertidig ansatt har andre behov enn en fast ansatt for å få en tvist om gyldigheten av en oppsigelse avklart. Midlertidig ansatte burde også i det vesentlige ha de samme rettigheter mens tvisten pågår. Slik første punktum er inndelt er det også naturlig at de saker om oppsigelse som retten ikke gjelder for er når arbeidstaker er oppsagt i prøvetiden.⁵¹ Slik ordlyden skal tolkes er tvist om midlertidig ansettelse ikke et grunnlag for å fortsette i stillingen. En slik tvist må skilles fra for eksempel tvist om oppsigelse av en midlertidig ansatt.

⁴⁹ Ot. prp. nr. 41 (1975-1976) side 27 og 28

⁵⁰ I dag Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)

⁵¹ Skjønberg m. fl. side 475

Når arbeidstaker fortsetter i stillingen mens tvisten pågår plikter arbeidstaker å stille sin arbeidskraft til disposisjon i henhold til arbeidsavtalen i likhet med at arbeidsgivers lønnsplikt fortsetter. Verken arbeidsgiver eller arbeidstaker er bundet til å yte noe utover hva som kommer frem av arbeidsavtalen.

2.6.6 Sykepenger

Blir man som yrkesaktiv syk eller skadet og ikke har mulighet til å jobbe på grunn av sykdom eller skade, har man rett på sykepenger fra arbeidsgiver og NAV. Formålet med sykepenger er at man som yrkesaktiv skal motta kompensasjon for bortfalt arbeidsinntekt på grunn av sykdom eller skade, jf. ftrl.⁵² § 8-1. For å ha rett til sykepenger må arbeidstakerens pensjonsgivende inntekt falt bort som følge av arbeidsuførhet som klart følger av sykdom eller skade, jf. ftrl. § 8-3, jf. § 8-4. I tillegg må arbeidstakeren ha vært i arbeid i minst fire uker umiddelbart før uførheten trer inn jf. § 8-2, første ledd, samt være ansatt hos arbeidsgiver i minst fire uker for å få rett til sykepenger fra arbeidsgiver jf. § 8-18 første ledd. Slutter arbeidstakeren men begynner å jobbe for samme arbeidsgiver innen to uker regnes de to arbeidsperiodene som et arbeidsforhold, jf. § 8-18 annet ledd. Det ytes kun sykepenger for de dager det skulle vært utbetalt lønn, jf. fjerde ledd.

Som hovedregel er utbetaling av sykepenger et delt ansvar mellom arbeidsgiver og NAV. Forutsatt at arbeidstaker oppfyller kravet i § 8-18 skal arbeidsgiver utbetale sykepenger for alle arbeidsdager som faller på de første 16 dager etter at arbeidsuførheten inntreffer, jf. § 8-19 første ledd. Etter arbeidsgiverperioden betaler NAV sykepenger, jf. § 8-17.

Med en arbeidsrettslig tolkning lagt til grunn forstås ordlyden i § 8-18 andre ledd slik at arbeidsforholdet må opphøre for at opptjeningsperioden skal anses som avbrutt. Det er imidlertid slik at den trygderettslige forståelsen av et opphør i et arbeidsforhold nødvendigvis ikke er den samme som den arbeidsrettslige.⁵³ Trygderettens forståelse av opphør av arbeidsforhold baseres i større grad på om arbeidstaker har vært i arbeidsgivers tjeneste, uavhengig av om det formelle arbeidsforholdet består eller ikke. Skal arbeidstaker ha rett til

⁵² Lov 28. februar nr 19 om folketrygd

⁵³ RG 1998 s. 1518

sykepenger fra arbeidsgiver er det derfor sentralt at arbeidstaker har vært i arbeidsgivers tjeneste.

2.6.7 Dagpenger

Blir man arbeidsledig har man adgang til å søke om dagpenger fra NAV. Formålet med dagpenger er at man skal motta delvis dekning for bortfalt arbeidsinntekt dersom man blir arbeidsledig og fortsatt er arbeidsfør, jf. folketrygdloven (ftrl.) § 4-1. For å ha rett til dagpenger er det sentralt at man har hatt arbeidsinntekt og at den har falt bort og at man har redusert arbeidstid jf. § 4-3 første ledd, første punktum og annet ledd, første punktum. Med arbeidstid menes den arbeidstid søkeren hadde før arbeidsledigheten oppsto. I tillegg kreves det at søkeren er en reell arbeidssøker og at han står tilmeldt som arbeidssøker hos NAV, jf. §§ 4-5 og 4-8. Det vil ikke bli tatt stilling til kravet til minste inntekt i § 4-4 første ledd.

Så lenge vilkårene i §§ 4-2 til 4-8 er oppfylt ytes det dagpenger til søkeren når man har stått tilmeldt som arbeidssøker hos NAV i minst tre av de siste femten dager, jf. § 4-9 første punktum. Foreligger visse omstendigheter kan søkeren bli ilagt en forlenget ventetid på 12 uker eller seks måneder, jf. § 4-10.

Med tapt arbeidsinntekt menes arbeidsledighet. Dette kommer også klart frem av formålsbestemmelsen. I tillegg kan det presiseres at arbeidstaker må tidligere ha vært i arbeid. Andre former for tapt arbeidsinntekt, som for eksempel sykdom, vil ikke føre til at man har rett til å søke om dagpenger.

3 Tilsigelsesavtaler sin plassering i arbeidsmiljølovens system

3.1 Utviklingen av tilsigelsesavtaler – fra løsgjengere til ringehjelp

I motsetning til arbeidstakers rettigheter og den individuelle arbeidsretten som rettsdisiplin, har tilsigelsesavtaler aldri vært direkte regulert. Den midlertidige arbeidskraften de representerer har likevel eksistert i lang tid. Strinda bygd kan brukes som eksempel. På 1700 og 1800-tallet leide gårdbrukere inn dagarbeidere i perioder med større behov for arbeidskraft, særlig i onnetidene. Mange av dagarbeiderne fant seg annet arbeid blant annet på kysten, eller drev med handel utenfor onnetidene. Noen dagarbeidere tok seg derimot ikke annet arbeid, men heller småjobber og drev småhandel slik at de holdt det gående.⁵⁴

Disse dagarbeiderne som ikke tok annet arbeid ble kalt løsgjengere, i likhet med andre som ikke hadde fast arbeid. I en tid hvor det var mangel på tjenere og arbeidskraft ble folk som ikke hadde fast arbeid eller ellers var sysselsatt sett ned på blant de øvrige i samfunnet på grunn av at de ikke bidro til samfunnet, en bekymring namsmyndighetene også hadde. Fogden og amtet⁵⁵ delte en bekymring om at løsgjengeri førte med seg skade og uorden. I 1817 fikk fogden i oppdrag å få oversikt over og sette opp navnelister over de arbeidsledige, som igjen skulle møte på kirkebakken og bli utlyst til arbeid⁵⁶.

Som et forsøk på å regulere disse arbeidsskye løsgjengerne ble løsgjengerloven⁵⁷ vedtatt i 1900. Loven åpnet blant annet opp for at man kunne bli satt til tvangsarbeid uten dom⁵⁸ og har vært mye omdiskutert frem til den ble opphevet i 2006. Loven var også ment å omfatte fordrukne og tiggere og de siste årene var det hovedsakelig forbud mot tigging den regulerte. Etter 1900 finner man rettspraksis som stammer fra så langt tilbake som 1930-tallet⁵⁹. Det meste av relevant rettspraksis som gjelder tilsigelsesavtaler stammer likevel fra 1980-tallet og frem til i dag. Det kan antas at hyppigheten av rettspraksis har en sammenheng med

⁵⁴ <http://www.strindahistorielag.no/Wikibilder/Strinda-bygdebok3-hele.pdf> side 246 - 249

⁵⁵ Et amt er en gammel form for lokal forvaltning. I dag tilsvarer de på et vis fylker og kommuner

⁵⁶ Eksempelet er tatt fra Strinda historielag. Det er nærliggende å tro at de samme eller lignende problemstillinger også var tilstede ellers i landet i samme periode, særlig i distriktene.

⁵⁷ Lov 31. mai nr. 5 om Løsgjengeri, Betleri og Drukkenskap

⁵⁸ Adgangen ble opphevet ved lov 6 mai 1970 nr. 27

⁵⁹ jf. Rt. 1939 s. 71

fremveksten av tilsigelsesavtaler som ansettelsesform. Det er sannsynlig at hyppigheten har en sammenheng med fremveksten av bemanningsbransjen som kom på grunn av at det generelle forbudet mot privat arbeidsformidling ble opphevet i 2000⁶⁰ og EUs østutvidelse 1. mai 2004.

Dagens tilsigelsesavtaler fraviker i stor grad fra løsgjengerne på 1700-tallet, det samme gjør de gjeldende hensyn. Bruk av dagarbeidere har blitt erstattet med ringelister med studenter og arbeidsinnvandrere som ringes dersom det er et umiddelbart behov for arbeidskraft. Datidens bekymring for skade og uorden har blitt erstattet av ønsket å verne om arbeidstakerens rettigheter, særlig stillingsvernet. Ønsket om at alle skal ha fast arbeid er fortsatt tilstede.

3.2 Tilsigelsesavtalenes ordlyd

Som nevnt innledningsvis har tilsigelsesavtaler mange navn. I tillegg til at navnet varierer kommer de også i forskjellige former. Noen kan ha form som en midlertidig ansettelse, mens andre kan etter sin ordlyd fremstå som fast. Noen avtaler definerer arbeidstid og stillingsprosent som behovsrelatert, mens hos andre er verken arbeidstid eller stillingsprosent nevnt. I tillegg er en utbrakt avtaleform i bemanningsbransjen “fast ansatt uten garantilønn”, som har sitt opphav i en standardavtale utformet av NHO.⁶¹ Denne avtaleformen har flere fellestrekk med tilsigelsesavtaler. For oppgaven vil Evjus definisjon, som ble nevnt innledningsvis, bli lagt til grunn.⁶² Definisjonen dekker det sentrale ved avtalene hvilket er at arbeidstakeren har verken en rett eller plikt til arbeid utover den tid man tilkalles av arbeidsgiveren og som arbeidstakeren samtykker til å yte sin arbeidskraft for. Som nevnt legges det også til grunn at arbeidstaker ikke har en plikt til å akseptere det enkelte tilbudet om arbeid.

Det sentrale som regulerer en arbeidstakers rett og plikt til arbeid er den avtalte arbeidstiden. Arbeidstiden er ofte regulert av en stillingsprosent i arbeidsavtalen. Siden tilsigelsesavtaler

⁶⁰ Lov 4. februar 2000 nr. 10 om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. m. fl.

⁶¹<https://frifagbevegelse.no/image-3.246261.80b5e1fefe?size=1024x0> Avtalen finnes ikke lengre på NHO sine hjemmesider

⁶² Se punkt 1.1

ofte ikke har en fastsatt stillingsprosent er det naturlig å stille seg spørsmålet om stillingsprosent er påkrevd i en arbeidsavtale.

Krav om stillingsprosent er ikke nevnt i § 14-6 første ledd a) - m). En alminnelig tolkning av “herunder” tilsier at bestemmelsen ikke viser til en fullstendig liste. Det må dermed legges til grunn at listen ikke er ment å være uttømmende, men en henvisning til eksempler på forhold av vesentlig betydning som skal være regulert i arbeidsavtalen. Bestemmelsen vil dermed si at dersom et forhold er av vesentlig betydning for arbeidsforholdet, skal det inntas i arbeidsavtalen uansett om det står nevnt i listen eller ikke.⁶³

Hva et *forhold av vesentlig betydning* er vil kunne variere mellom ulike arbeidsforhold. Visse forhold som for eksempel partenes navn og oppsigelsesfrister er forhold som stort sett alltid vil være av vesentlig betydning. Et arbeidsforholds arbeidstid regulerer omfanget av en av ytelsene som skal ytes i avtaleforholdet. Til motsetning er den andre ytelsen arbeidstakers krav på lønn, noe som stort sett alltid vil være et sentralt forhold for arbeidsforholdet og burde derfor uten tvil reguleres i arbeidsavtalen. Siden arbeidstiden definerer motytelsen vil det også være naturlig at arbeidstiden også anses som et forhold av vesentlig betydning.

Listen stiller ikke uttrykkelig krav til at avtalen viser til en konkret stillingsprosent, men det stilles krav til at arbeidsavtalen inneholder *lengden og plassering av den daglige og ukentlige arbeidstid*, jf. § 14-6 første ledd j).

Med *lengde og plassering av den daglige og ukentlige arbeidstid* menes at arbeidsavtalen skal vise til en form for arbeidstidsordning. Ordlyden gir ikke en bedre henvisning til hva som menes med en arbeidstidsordning. Kravet om at en arbeidstidsordning skal komme frem av

⁶³ Det samme følger av bestemmelsens forarbeider, jf. ot prp. nr. 49 (2004-2005) s. 186.

avtalen ble innført på bakgrunn av EU-direktiv 91/533/EØF. Direktivets formål er klargjøring av arbeidstakernes stilling og skape mer oversiktlige forhold i arbeidsmarkedet.⁶⁴

I forarbeidene til dagens arbeidsmiljølov er det lagt til grunn at det med en arbeidstidsordning ikke vil være nødvendig å regulere alle detaljer som påvirker arbeidstiden. Både utvalget og departementet mente at det viktigste ved arbeidstidsordninger er at de mest vesentlige og de detaljer som tilsynelatende fast påvirker arbeidstiden, må komme frem av arbeidsavtalen. Sporadisk arbeid i form av søndagsarbeid som er begrunnet i et særlig behov vil på samme måte som overtid være vanskelig å regulere i avtalen.⁶⁵ Videre har Høyesterett uttalt at “De krav som arbeidsmiljøloven stiller til innholdet av arbeidsavtaler, skal fylle arbeidstakers behov for informasjon om arbeidsvilkårene.”⁶⁶

Som det kommer frem av ordlyden i arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd skal forhold av vesentlig betydning skal tas inn i arbeidsavtalen. I tillegg skal arbeidstiden reguleres så detaljert den lar seg gjøre, av hensyn til arbeidstakerens behov for informasjon om arbeidsforholdet. Et gjennomgående og beslektet hensyn man kan trekke ut av kildene er at arbeidstaker bør oppleve et så forutberegnelig arbeidsforhold som mulig som samsvarer med arbeidsavtalen.

En arbeidstidsordning er klart et forhold av vesentlig betydning, men det kan ikke sies å likestilles med stillingsprosent. Basert på kildene over har arbeidstaker av den grunn en klar rett til å bli informert om hvilken arbeidstidsordning som gjelder for arbeidsforholdet. Det kan ikke utledes av kildene at den samme retten omfatter en rett til at arbeidsavtalen inneholder en stillingsprosent. Dersom arbeidsavtalen informerer arbeidstakeren om at han er ansatt som tilkallingsvikar er han i det minste informert om at han er ansatt i en uforutsigbar stilling med tanke på stillingsprosent.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 78 (1993–1994) pkt. 2.2

⁶⁵ Jf. NOU 2004: 5 side 271 og ot.prp. nr. 49 (2004–05) pkt 13.14.3

⁶⁶ HR-2009-2181-A Rt. 2009 s. 1465

For øvrig vises det til at dersom det stilles krav til at arbeidsavtalen har en satt stillingsprosent ville arbeidsavtalen uansett ikke vært ugyldig, men den ville blitt tolket i disfavør av arbeidsgiver ved en eventuell tvist.⁶⁷

3.3 Tilsigelsesavtaler i rettskildebildet

3.3.1 Rettskildebildet før Braaten-dommen

Arbeidstidsordninger og en særskilt hjemmel for midlertidig ansettelse var nytt med arbeidsmiljøloven av 1977.⁶⁸ Tilsigelsesavtaler er ikke særlig problematisert i rettskildebildet i perioden fra vedtakelse av den gamle arbeidsmiljøloven i 1977 og frem til starten av 2000 tallet og vedtakelsen den nye arbeidsmiljøloven i 2005. Perioden bærer større preg av diskusjon om adgangen til og rettighetene og pliktene i forbindelse med midlertidig ansettelse.

Av rettspraksis før vedtakelse av aml. 1977 finnes det få avgjørelser fra Høyesterett om tilsigelsesavtaler. Den rettskildemessige vekten for avgjørelsene er minimal. For illustreringens del nevnes Rt. 1939 s. 71, hvor en pike arbeidet fast hos sin bror og senere sporadisk (leilighetsvis) etter tilkalling. Hun fikk senere lungetuberkulose. Hun krevde å få dekket sine utgifter i forbindelse med sykehusoppholdet og sykepenger fra trygden. Høyesterett kom frem til at hun ikke hadde rett til sykepenger siden arbeidsforholdet ble ansett som opphørt når det faste arbeidsforholdet opphørte, til tross for at hun og broren hennes avtalte at hun skulle jobbe etter tilkalling etter at det faste arbeidsforholdet opphørte.⁶⁹

I Statfjord-dommen⁷⁰ jobbet en arbeidstaker som vikar noenlunde kontinuerlig over en perioden på 2,5 år. Spørsmålet Høyesterett måtte ta stilling til var om arbeidstakeren fylte et fast behov for arbeidsgiver og av den grunn var fast ansatt. Høyesterett konkluderte med at arbeidstaker hadde fylt et fast behov for arbeidsgiver og hadde en så klar tilknytning til arbeidsplassen at hun var å anse som fast ansatt. Høyesterett lot spørsmålet om hva fast

⁶⁷ HR-2004-99-A Rt. 2004 s. 53

⁶⁸ Edvardsen, Kjetil, "Retten til fast ansettelse", Arbeidsrett vol 9 nr. 2/2012 s. 107

⁶⁹ Det kommer ikke klart frem fra dommen når og hvor hyppig hun jobbet ved tilkalling

⁷⁰ Rt. 1989 s. 1116

ansettelse ville innebære for en arbeidstaker som kun jobbet når det var behov for henne, stå åpent.

I Norsk varemesse-dommen⁷¹ hadde lagmannsretten konkludert med at arbeidstakerne var fast ansatte i en deltidsstilling. Selv om både arbeidstakerne og arbeidsgiver hadde et inntrykk av at arbeidstakerne mente de hadde en forpliktelse til å jobbe uten å bli tilkalt, hadde de i realiteten ikke en slik plikt i henhold til arbeidsavtalene. Lagmannsretten mente at et slikt inntrykk av at man har en forpliktelse ikke var avgjørende for om man var fast ansatt eller ikke. Konklusjonen til lagmannsretten ble av den grunn at arbeidstakerne var fast ansatt, men uten en rett og plikt til å jobbe utover arbeidsgivers behov. Kjæremålsutvalget sa seg enig i lagmannsrettens vurdering.

Høyesterett lot i Staffjord-dommen spørsmålet om hva fast ansettelse vil innebære for en arbeidstaker som kun jobber etter behov for arbeidsgiver stå åpent. Det ble ikke tatt stilling til om arbeidstakeren har rett eller plikt til verken lønn eller arbeid. Det som ble konkludert var at arbeidsforholdet var fast. Norsk varemesse-dommen viderefører denne tolkningen ved å slutte seg til lagmannsrettens tolkning. I Norsk varemesse ble det lagt vekt på om arbeidsforholdet oppfylte vilkårene for midlertidig ansettelse og ikke-ordinært arbeid. Lagmannsretten konkluderte med at vilkårene for midlertidighet ikke var oppfylt og arbeidsforholdet av den grunn måtte være fast, noe Høyesterett som nevnt sluttet seg til.

I Blaadliutvalget⁷² som førte til senere åpning for privat arbeidsformidling opplyste AVF⁷³ om ulike arbeidsavtaler som typisk benyttes av vikarbyrå; fast ansatt, fast ansatt med tilsigelse og midlertidig tilsetting (ansatt på engasjement). Slik AVF beskrev arbeidsforholdene innebærer fast ansettelse for vikarer at man har krav på 100 % lønn i perioder med oppdrag og en lavere prosentsats, ikke lavere enn 50 %, i perioder uten oppdrag. Fast ansatt med tilsigelse jobber i perioder men har ikke krav på lønn i perioder uten arbeid, mens midlertidig ansatte

⁷¹ HR-1997-59-K - Rt. 1997 s. 277

⁷² NOU 1998:15 punkt 6.2.5

⁷³ Autoriserte Vikarbyråers Forening

har ikke faste oppdrag. Tre av fire var likevel ansatt på engasjement. AVF sin redegjørelse ble ikke særlig behandlet og ansettelsesformene ble ikke særlig tatt stilling i den etterfølgende proposisjonen.⁷⁴ Aml. 1977 ble senere endret til å inneholde §§ 55 K og 55 L.⁷⁵

Vikarbyråbransjens bruk av fast ansatt med tilsigelse bærer preg av å være en videreføring av praksisen satt i blant annet Statfjord- og Norsk varemesse-dommene. Det er likevel verdt å nevne at fast ansettelse med krav på lønn basert på en lavere prosentsats i perioder uten arbeid også var en ansettelsesform som ble benyttet.

3.3.1.1 Konklusjon

Kildene fra før årtusenskiftet legger mer vekt på og fokuserer på om vilkårene for midlertidig ansettelse var oppfylt. Var ikke vilkårene oppfylt var arbeidsforholdet regulert av hovedregelen og derav en fast ansettelse. Arbeidstakerens behov for stillingsvern og forutsigbarhet i form av lønn og arbeid ble tillagt mindre vekt. Det er verdt å nevne at i perioden som kildene stammer fra pågikk en stor debatt om adgangen til midlertidig ansettelse. Rettighetene i forbindelse med tilsigelsesavtalers stillingsvern later til å ikke være særlig nevnt i denne perioden. Det ble tilsynelatende ikke tatt stilling til før den kom opp for Høyesterett i Braaten-dommen.

3.3.2 Braaten-dommen⁷⁶

Braaten-dommen gjaldt en arbeidstaker som hadde fått beskjed om å forlate arbeidsplassen etter at han stilte kritikk til arbeidsmiljøet. Han jobbet aldri for arbeidsgiver igjen etter bortvisningen. Han krevde erstatning for midlertidig ansettelse i strid med aml. 1977 § 58A. Høyesterett måtte som ledd i avgjørelsen av erstatningsspørsmålet ta stilling til om A i utgangspunktet var fast ansatt, eller om ansettelsesforholdet i realiteten var en ulovlig midlertidig ansettelse.

A ble ansatt i desember 2001 og jobbet uten skriftlig arbeidsavtale frem til oktober 2002. A mottok timelønn og arbeidet omtrent daglig i en tilnærmet full stilling. Avtalen beskrev

⁷⁴ Ot. prp. nr. 70 (1998-1999)

⁷⁵ Nå aml. § 14-12

⁷⁶ HR-2005-1028-A Rt. 2005 s. 826

stillingen som “ekstrahjelp ved behov”. Både varighet av ansettelsesforholdet og arbeidstid var angitt å være “behovsrelatert”. Partene hadde avtalt oppsigelsestid på en måned (3). A anførte at man ikke kan være fast ansatt uten å ha en avtalt arbeidstid. at han dekket et permanent behov og at han i realiteten ikke jobbet etter tilsigelse (18).

Høyesterett la stor vekt på det strenge kravet til stillingsvern for fast ansatte samt forutberegneligheten faste ansatte har i til arbeid og lønn og om arbeidsforholdet oppfylte disse kravene, basert på en tolkning av arbeidsavtalen. Etter sin ordlyd var arbeidsavtalen en avtale om fast ansettelse ved at den ikke hadde en bestemmelse om varigheten av arbeidsforholdet og den tilsynelatende ga A et stillingsvern ved at partene hadde en gjensidig oppsigelsesadgang, jf. dommens avsnitt (27).

Store deler av Høyesteretts drøftelse tok utgangspunkt i arbeidsavtalen. Avtalen definerte arbeidstiden som “behovsrelatert”, hvilket innebar at A kun arbeidet når arbeidsgiveren hadde behov for han. Arbeidstidsordningen innebar at arbeidsavtalen kun ga en ramme av hva arbeidstiden i realiteten var og det var opp til arbeidsgiver å styre mengden av arbeidstid. A måtte dermed basere sine forutsetninger for arbeid og lønn på arbeidsgiverens behov for og vilje til å benytte seg av hans arbeidskraft, jf. dommens avsnitt (28). Høyesterett gikk bort fra en konkret ordlydstolkning av arbeidsavtalen hvilket tilsa at avtalen var en avtale om fast ansettelse. En enstemmig Høyesterett kom heller frem til at avtalen i realiteten var en omgåelse av arbeidsmiljølovens strenge regulering av adgangen til å avtale midlertidige ansettelsesforhold, siden avtalen i realiteten ikke ga arbeidstaker et stillingsvern og en beskjeden sikkerhet for arbeid og lønnsinntekt. Høyesterett konkluderte med at arbeidsavtalen måtte likestilles med en ulovlig avtale om midlertidig ansettelse og at A av den grunn kunne kreve erstatning, jf. dommens avsnitt (30) jf. (32).

Arbeidsgiver anførte at det er nødvendig med visse ”løse” arbeidsavtaler i arbeidslivet, noe han ikke ble hørt med. Bakgrunnen til anførselen var at arbeidsgiver viste til et varierende behov for arbeidskraft. Om anførselen valgte Høyesterett kun å vise til at bruken av en slik ordning i så fall må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle i forhold til de grenser for

adgangen til midlertidige ansettelse som aml. 1977 § 58A stiller og at arbeidsforholdet i saken falt klart utenfor rammene loven setter jf. dommens avsnitt (31).

Høyesterett konkluderte med at avtalen i saken var en ulovlig avtale om midlertidig ansettelse, men at slike "løse" arbeidsforhold kan, under de rette forhold, være lovlig. Annet enn at hvert enkelt tilfelle må vurderes etter reglene om midlertidig ansettelse, presiserte ikke Høyesterett nærmere hva som konkret skal til for at et tilsigelsesforhold praktisk skal kunne gjennomføres. Det kommer ikke klart frem av dommen hva Høyesterett mener med *i det enkelte tilfelle*. Uttalelsen kan både forstås slik at hver enkelt tilkalling må vurderes eller at selve ordningen med tilkalling vil måtte vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle etter reglene om midlertidig ansettelse. Siden Høyesterett ikke går nærmere inn på hva en lovlig ordning vil det være vanskelig å si hvilke av de to forståelsene som er den korrekte.

Begge forståelsene kan legges til grunn som naturlig, siden hver enkelt tilkalling representerer et midlertidig behov for arbeidskraft og siden en slik ordning ikke gir arbeidstakere det stillingsvernet og forutsetningen for arbeid og lønn som kreves ved en fast ansettelse. En ren praktisk tolkning vil være at Høyesterett viser til at det er hver tilkalling som skal vurderes, siden de representerer et midlertidig behov. Uttalelsen må likevel sees i sammenheng med at den er et svar på arbeidsgivers anførsel om at slike tilknytninger mellom partene er nødvendig. Det må derfor legges til grunn at Høyesterett viser til at det er ordningen som skal vurderes i hver konkrete sak. En slik tolkning er sannsynlig siden det gjeldende arbeidsforholdet som diskuteres er avtalen om at arbeidstaker tilkalles etter behov. Om vilkårene for en midlertidig ansettelse foreligger for hver enkelt tilkalling vil være irrelevant siden det er den overordnede ordningen som er den inngåtte arbeidsavtalen mellom partene. I den gjeldende saken og de aller fleste andre tilkallingsforhold vil partene også identifisere avtalen om at arbeidstaker kan tilkalles som arbeidsavtalen mellom partene.

En slik tolkning kan muligens vanskeliggjøre vurderingen om vilkårene for en midlertidig ansettelse er oppfylt, siden avtalene ofte vil ha et permanent preg. Avsnittet må dog sees i sammenheng med resten av dommen. I drøftelsen om arbeidsforholdet er fast eller midlertidig

går Høyesterett lengre enn å kun basere drøftelsen på om arbeidsforholdet er tidsbestemt eller ikke. Høyesterett legger også til grunn at dersom de øvrige vilkårene for fast ansettelse ikke foreligger, vil ansettelsen reguleres av reglene om adgangen til midlertidig ansettelse, og være en midlertidig, eller en ulovlig midlertidig ansettelse som sådan. Siden tilsigelsesavtaler representerer en svært uforutsigbar avtaleform vil det dermed passe bedre å vurdere de etter reglene om midlertidige ansettelse enn faste ansettelse.

Braaten-dommen markerer et skille i rettskildebildet for tilsigelsesavtaler. Som nevnt ovenfor har tidligere praksis fra Høyesterett vært at tilsigelsesavtaler avtaler om fast ansettelse og at arbeidstaker kan være ansatt i en fast stilling uten en rett eller plikt til å jobbe. I Braaten-dommen flyttes grunnlaget for vurderingen av avtalene fra å være en vurdering om fast, til å være en vurdering om midlertidig ansettelse. En mer detaljert analyse av skillet ligger utenfor oppgavens tema.

3.3.2.1 Oppsummering

Dommen bærer preg av at avtalen måtte vurderes etter reglene om midlertidig ansettelse fordi avtalen ikke oppfylte de strenge kravene til stillingsvern og forutsigbarhet som følger av en fast ansettelse. Siden arbeidsmiljøloven ikke har andre ansettelsesformer er en slik konklusjon ikke unaturlig. Det kan likevel nevnes at et annet alternativ kunne vært at avtalen ble ansett som en ulovlig fast arbeidsavtale, eller bare en ulovlig arbeidsavtale. Avtalen oppfylte like fullt ikke kravene til fast ansettelse som midlertidig ansettelse. Det kan like gjerne stilles kritikk til lovgiver i dette tilfellet. Det var, og er i dag, kun etablerte rettsvirkninger for ulovlige midlertidige ansettelse, men ikke for ulovlige faste ansettelse eller arbeidsavtaler generelt. I selve dommen hadde utfallet lite å si siden arbeidsforholdet uansett ikke oppfylte kravene til verken fast eller midlertidig ansettelse.

Braaten-dommen er den første dommen som stiller ytterligere vilkår til en fast ansettelse i tillegg til at den skal være tidsbestemt og har svært høy prejudikatsverdi når det gjelder fast ansettelse. Avgjørelsen har også blitt lagt til grunn som den sentrale kilden for tilsigelsesavtaler. Problemet med at den legges til grunn som en sentral kilde for tilsigelsesavtaler er at Høyesterett kun sier at avtalene må vurderes etter reglene om midlertidig ansettelse, uten å presisere om dette gjelder for hver enkelt tilkalling eller hele

forholdet mellom partene. Basert på dommen kan man uansett legge til grunn at det er adgangen til å inngå tilsigelsesavtaler som skal vurderes i forhold til adgangen til å inngå midlertidige ansettelse. Hvordan denne vurderingen mer konkret skal foretas kommer ikke frem av dommen.

3.3.3 Rettskildebildet etter Braaten-dommen

Etter Braaten-dommen bærer rettskildebildet sterkt preg av at dommen legges til grunn for tilsigelsesavtaler og at de vurderes etter reglene om midlertidig ansettelse.

3.3.3.1 Lovforarbeider etter Braaten-dommen

I det første lovforarbeidet etter Braaten-dommen hvor det tas stilling til tilsigelsesavtaler legger departementet til grunn at tilsigelsesavtaler ikke kan være fast ansatt med mindre det vises til “ ... en nærmere definert og forutsigbar samlet arbeidstid ... “ og at tilsigelsesavtaler “ ... uten forutsigbar arbeidstid i realiteten vil være en fortsatt midlertidig ansettelse ... ”.⁷⁷

Departementet legger til grunn at tilsigelsesavtaler må i utgangspunktet løses etter reglene om midlertidig ansettelse, forutsatt at arbeidstaker ikke har en forutsigbar arbeidstid. En slik tolkning følger konklusjonen i Braaten-dommen. Det legges også til grunn at dersom arbeidstaker ikke har en forutsigbar arbeidstid vil ansettelsen i realiteten være en fortsatt midlertidig ansettelse. Departementet tar ikke stilling hvordan en ordning om tilkalling eventuelt skal praktiseres.

Senere legger departementet til grunn at tilsigelsesavtaler som regel vil være midlertidige ansettelse, men at det ikke kan utelukkes at de også kan inngås innenfor rammen av et fast arbeidsforhold. Departementet konkluderer med at “Dersom vilkårene for midlertidig ansettelse *er* til stede, kan behovet for ekstrahjelp løses gjennom en midlertidig ansettelsesavtale. Dette vil være fullt ut lovlig.”⁷⁸

⁷⁷ Ot. prp. nr. 54 (2008-2009) side 44 om fireårsregelen med midlertidig ansettelse

⁷⁸ Prop. 104 L (2009-2010) side 4 om arbeidsgivers plikt til å drøfte bruken av midlertidige ansettelse med de tillitsvalgte

Det legges til grunn at dersom vilkårene for midlertidig ansettelse er oppfylt vil avtalene være lovlige. Med hensyn til konklusjonen i Braaten-dommen som kan tolkes på to måter, må det legges til grunn at departementet her mener at i vurderingen om en tilsigelsesavtale er lovlig, er det hver enkelt tilkalling som skal vurderes i forhold til reglene om midlertidig ansettelse.

Departementet legger til grunn en praktisk vurdering av dommen. Proposisjonen ser ikke ut til å ta stilling til at en slik tolkning lar visse spørsmål stå ubesvart. Er vilkåret for en midlertidig ansettelse oppfylt for den enkelte tilkalling vil partene fortsatt ha en tidsubestemt avtale om at arbeidstaker kan tilkalles for arbeid. En slik avtale fremstår som en permanent arbeidsavtale, og grunnet dens mangel på vern av arbeidstaker vil den samtidig fremstå som det departementet beskrev i forrige proposisjon som en fortsatt midlertidig ansettelse. I tillegg gjenstår en rekke spørsmål om hvordan den overordnede avtalen og selve tilkallingen står seg i forhold til forskjellige rettigheter en arbeidstaker har, herunder blant annet retten til sykepenge og fortrinnsretten.

På et tidspunkt etter årtusenskiftet ble ansettelsesformene ”fast ansatt uten garantilønn” og ”fast ansatt med garantilønn” mer vanlig i bemanningsbransjen. Avtaleformen uten garantilønn innebærer at arbeidstaker er fast ansatt i bemanningsbyrået, men at man kun mottar lønn dersom man er i oppdrag. Avtaleformen med garantilønn innebærer at arbeidstakeren får en redusert lønn i perioder mellom oppdrag. Det er tilsynelatende fast ansatt uten garantilønn er mest brukt. Bemanningsbyråene mente at arbeidstaker med en avtale som fast ansatt uten garantilønn hadde bedre rettigheter enn midlertidige ansatte. Om arbeidstakernes rettigheter viste departementet til at de fleste arbeidsforhold tilsynelatende opphørte fordi arbeidstaker sluttet å ta kontakt og dermed ikke ble tildelt flere oppdrag.⁷⁹ Når det gjelder avtaler hvor det er avtalt garantilønn la departementet til grunn at dersom arbeidstaker ikke mottar tilstrekkelig garantilønn og forutberegnelighet med hensyn til tilgang på arbeid, vil ansettelsen ikke kunne være en reell fast ansettelse, uavhengig av om det er avtalt garantilønn eller ikke.⁸⁰

⁷⁹ Prop 74 L (2011-2012), pkt. 3.4 side 17

⁸⁰ Prop 74 L (2011-2012), pkt. 7.1.5.3 side 45

3.3.3.2 Clockwork-dommen

Etter at Braaten-dommen ble avsagt er det ingen avgjørelser fra Høyesterett hvor det bygges videre på hva tilsigelsesavtaler er og hvordan de lovlig skal inngås får å ikke stride med aml. § 14-9. Avgjørelsene fra Høyesterett hvor det ligger en tilsigelsesavtale til grunn tar ikke Høyesterett nærmere stilling til spørsmålet.⁸¹ Med mangel på avgjørelser fra Høyesterett er det grunn til å nevne Clockwork-dommen, som ble avsagt av Bergen Tingrett 24. mars 2017.⁸² Selv om dommen er avsagt av tingretten må det antas at den gir uttrykk for gjeldende rett siden den følger opp de prinsipielle oppfatningene i Braaten-dommen, noe også departementet legger til grunn.⁸³

I Clockwork-dommen gikk seks polske arbeidstakere til sak mot sin arbeidsgiver Clockwork Bemanning AS med krav om fast ansettelse. Arbeidstakerne var formelt fast ansatt, men de mente at de i praksis var tilkallingsvikarer som jobbet etter arbeidsgivers behov, og at de i realiteten var midlertidige ansatt hver gang de ble innkalt og tildelt oppdrag. Arbeidsgiveren mente at arbeidstakerne var formelt og reelt faste ansatte og at vilkårene om fast ansettelse var oppfylt ved at arbeidstakerne var fast ansatt uten garantilønn. Avtalene innebar at arbeidstakerne fikk lønn når de jobbet, i tillegg hadde arbeidsgiver en plikt til å tilby de ansatte oppdrag i henhold til arbeidsavtalene. Arbeidstakerne hadde ikke en plikt til å godta tilbudet om arbeid. Selv om arbeidstakerne ikke hadde krav på lønn mellom oppdrag mente arbeidsgiveren at arbeidstakerne hadde et stillingsvern.

Retten la i Clockwork-dommen forståelsen for fast ansettelse i Braaten-dommen til grunn. I tillegg gikk retten noe lengre i utdype hvordan en avtale som fremstår som fast kan fravike fra en faktisk fast ansettelse. Retten viste til at en praksis hvor arbeidstaker kun jobber etter arbeidsgivers behov legger en stor del av driftsrisikoen til virksomheten på arbeidstaker. Den samme praksisen skapte også "... en usikkerhet og uforutsigbarhet med hensyn til fremtidige oppdrag og lønnsinntekt ... som avviker fra den situasjonen som fast ansatte arbeidstakere normalt befinner seg i." I tillegg viste retten til en klausul i arbeidsavtalene innebar at dersom

⁸¹Se for eksempel HR-2006-1605-A - Rt-2006-1158 (Ambulanse-dommen)

⁸²TBERG-2016-131720

⁸³Prop. 73 L (2017-2018) 6.1.3

det ikke var kontakt mellom partene på tre uker, anses arbeidsforholdet som opphørt. Retten mente at klausulen innebar og det at arbeidstakerne kun jobbet og mottok lønn etter arbeidsgivers tildeling av arbeid, sørget for at arbeidstakerne ikke hadde et reelt stillingsvern.

Praksisen om plassering av risiko er svært særegen og uvanlig. Det er vanlig at det er hovedsakelig arbeidsgiveren som bærer risikoen for at det er et behov for arbeidskraften som arbeidstaker tilbyr. Det er arbeidsgiveren som står for all administrasjon av virksomheten, herunder ansettelse, hvilke og omfanget av oppdrag virksomheten skal ta på seg, hvilke kunder virksomheten skal ha m.v. Siden arbeidstaker har ingen til svært liten mulighet til å påvirke behovet for arbeidskraft, er det svært unaturlig at risikoen for at behovet skal legges på arbeidstaker.

Måten praksisen påvirker arbeidstakerens arbeid- og lønnsutsikter er også uvanlig. En noe lignende praksis kan være å finne i arbeidsforhold hvor arbeidstaker jobber med salg i en provisjonsbasert stilling, som for eksempel med dørsalg. Selv om slike arbeidsforhold kan være basert på kun provisjon jobber arbeidstaker som regel ikke kun etter arbeidsgivers behov og arbeidstaker har gjerne en bestemt arbeidstid eller stillingsprosent. En praksis hvor både arbeid- og lønnsutsikten er styrt av arbeidsgivers behov er unik for arbeidsforhold som er beskrevet i dommen.

Det kan ikke legges til grunn at alle faste ansettelse uten garantilønn har en klausul som sier at arbeidsforholdet opphører dersom det ikke er kontakt mellom partene. Usikkerheten som en slik klausul innebærer kan likevel legges til grunn. Slik avtalene beskrives har arbeidsgiver ikke en plikt til å yte lønn når arbeidstaker ikke er i arbeid og arbeidsgiver bestemmer når arbeidstaker skal jobbe. Siden arbeidsgiver alene kan velge å benytte seg av arbeidstakers arbeidskraft og samtidig bli fritatt fra å betale lønn, vil arbeidsforholdet kunne praktiseres som om en slik klausul foreslå. Arbeidsgiveren står dermed fritt til å kunne fase ut arbeidstakeren og slik omgå reglene om oppsigelsesvern.

Dommen har stor overføringsverdi til tilsigelsesavtaler. Slik arbeidsavtalene blir beskrevet i dommen er de tilsvarende en tilsigelsesavtale. Klare kjennetegn som at arbeidstaker jobber kun etter arbeidsgivers behov, arbeidsavtalen fremstår som fast og at det i realiteten ikke foreligger et stillingsvern, er både tilstede og sentrale for begge avtaleformene. Det er derfor ikke grunn til å skille mellom fast ansatt uten garantilønn og tilsigelsesavtaler. Clockwork-dommen følger opp den prinsipielle oppfatningen fra Braaten-dommen, ved at den beskriver mer detaljert hvordan avtaleformen fraviker fra en reell fast ansettelse. I tillegg fremhever den at slike avtaleformer fører til at driftsrisikoen til virksomheten legges på arbeidstaker.

3.3.3.3 Lovforarbeid etter Clockwork-dommen – Prop. 73 L (2017-2018)

Arbeids- og sosialdepartementet sendte 29. juni 2017 forslag til endringer i arbeidsmiljøloven ut på høring. Departementet foreslo en definisjon av hva fast ansettelse innebærer, en ny hjemmel for adgang til midlertidig ansettelse i bemanningsforetak, samt en skisse til forslag om kvotering av innleide arbeidstakere i visse bransjer.⁸⁴ Departementet fremmet 10. april 2018 en ny proposisjon som ikke ennå er behandlet i Stortinget.⁸⁵

Det er særlig ønsket om å klargjøre hva fast ansettelse innebærer som er relevant for oppgaven. Departementet viser til en stadig mer vanlig praksis hvor arbeidsavtaler omtales som faste uten at de har det innhold som tradisjonelt forbindes med en fast ansettelse. Det er særlig fremveksten av avtaleformen fast ansatt uten garantilønn i bemanningsbransjen som er grunnlaget for at det er ønskelig med en presisering i loven av hva som menes med fast ansettelse. Bruken av lignende avtaler vokser også i andre bransjer. Departementet kjennetegner avtalene ved at “Det dreier seg oftest om kontrakter hvor arbeidstaker ikke har noen garanti for å få arbeid, og hvor tildeling av arbeid utelukkende beror på arbeidsgivers behov.” Kjennetegn på fast ansettelse som ikke er en realitet i disse avtalene er forutberegnelighet for arbeid og lønn og at arbeidstaker ikke har et reelt oppsigelsesvern. Departementet har også en bekymring for at all risiko for at det er behov for arbeidskraft

⁸⁴ Prop. 73 L (2017-2018) kapittel 2

⁸⁵ Saken er planlagt behandlet i Stortinget 4. mai 2018, <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=70968>

legges på arbeidstaker og at virksomheter som ikke betaler lønn når det ikke er behov for arbeidskraft vil få en stor konkurransefordel.⁸⁶

Departementet foreslår at nytt aml. § 14-9 første ledd skal lyde:

Arbeidstaker skal ansettes fast. Med fast ansettelse menes i denne lov at ansettelsen er løpende og tidsubegrenset, at lovens regler om opphør av arbeidsforhold gjelder, og at arbeidstaker sikres forutsigbarhet for arbeid i form av et reelt stillingsomfang.⁸⁷

Forslaget bygger på gjeldende rett slik begrepet fast ansettelse er tolket i rettspraksis, i tillegg til at det fremhever de sentrale kjennetegn ved fast ansettelse. Med en slik ordlyd vil ikke avtaler som ikke gir arbeidstaker slik sikkerhet som det stilles krav om, for eksempel “fast ansatt uten garantilønn”, kunne kjennetegnes som faste. Det avtalte arbeidsomfanget må uansett tilsvare det faktiske og reelle arbeidsforholdet. Arbeidsgiver vil ikke lovlig kunne avtale en lav stillingsprosent og umiddelbart utvide stillingen med merarbeid. Et slikt tilfelle vil være avtalt overtid og være i strid med aml. § 10-6.⁸⁸

Proposisjonen er fremmet med et ønske om å klargjøre hva en fast ansettelse innebærer. Ordlyden innebærer ikke en realitetsendring og er i takt med rettsutviklingen for faste ansettelser. Forslaget til ny ordlyd i § 14-9 første ledd vil hovedsakelig gjøre hva som kreves for at et ansettelsesforhold skal anses som fast, mer tilgjengelig.

Departementet mener definisjonen ikke vil være til hinder for at det kan inngås rammeavtaler med lønns- og arbeidsvilkår som skal komme til anvendelse dersom det inngås midlertidige arbeidsavtaler etter tilkalling, forutsatt at vilkårene for midlertidig ansettelse er oppfylt. Selve rammeavtalen vil etter departementets syn ikke være en selvstendig arbeidsavtale. Der hvor

⁸⁶ Prop. 73 L (2017-2018) punkt 6.3.1 Bakgrunn og formål

⁸⁷ Prop. 73 L (2017-2018) punkt Forslag til lov om endringer i arbeidsmiljøloven (fast og midlertidig ansettelse og innleie fra bemanningsforetak) I

⁸⁸ Prop. 73 L (2017-2018) punkt 6.3.2 Nærmere om forslaget om fast ansettelse

slik tilkalling fyller et varig behov for arbeidskraft vil arbeidstaker ha krav på fast ansettelse, jf. blant annet Braaten-dommen.⁸⁸ I høringsnotatet legger departementet til grunn at forslaget “ ... er ikke ment å få betydning for bruk av tradisjonelle tilkallingsavtaler ... ”⁸⁹, noe som får støtte av NHO, KS og Finans Norge.⁹⁰ Det samme standpunktet kommer ikke frem av proposisjonen. Det er av den grunn noe uklart om departementet fortsatt står ved standpunktet.

Forslaget om at det kan inngås rammeavtaler stammer mest sannsynlig fra departementets tidligere tolkning av Braaten-dommen. Forslaget tyder på at departementet har tatt en avgjørelse og bestemt seg for hvilken tolkning av Braaten-dommen som skal legges til grunn for tilsigelsesavtaler, nemlig at det er hver enkelt tilkalling som må vurderes etter reglene om midlertidig ansettelse. En slik avgjørelse kan ikke være særlig utredet og bærer preg av at departementet har lagt sin egen tidligere proposisjon til grunn. Rammeavtaler er ikke nytt for tilsigelsesavtaler med denne proposisjonen og har blitt diskutert i forskjellige juridiske artikler uten særlig støtte om at dette er en normal ordning.⁹¹ Det foreligger uansett ikke kilder som tilsier at en ordning hvor det inngås en rammeavtale er en slags norm.

Det kan stilles spørsmål til hva departementet i høringen mener med at endringen ikke vil få betydning for tradisjonelle tilkallingsavtaler. Denne påstanden bærer som over også preg av at departementet har bestemt seg for hvordan tilkallingsavtaler skal praktiseres. Tilkallingsavtaler har ikke en klar tradisjonell definisjon. Det later til å være en viss enighet om at en tilkallingsavtale som beskrevet av Evju⁹² kan legges til grunn som en generell beskrivelse. Formålet med proposisjonen er at det er ønskelig å klargjøre at uforutsigbare arbeidsavtaler som fremstår som faste faller utenfor kravet som stilles av faste ansettelser. Departementet viser blant annet til avtaleformen fast ansatt uten garanti lønn og beskriver tilsvarende uforutsigbare arbeidsavtaler.⁹³ Slik departementet selv beskriver de uforutsigbare

⁸⁹ <https://www.regjeringen.no/dokumenter/horing-omendringer-arbeidsmiljolooven/id2563621/> side 18

⁹⁰ Prop. 73 L (2017-2018) punkt 6.2.2 Høringsuttalelsene

⁹¹ Se blant annet Søreide, (2017) hvor rammeavtaler nevnes flere ganger. Søreide later ikke til å legge til grunn at rammeavtaler er en norm

⁹² Evju, 2005 s. 259

⁹³ Prop. 73 L (2017-2018) punkt 6.3.1 Bakgrunn og formål

avtalene og slik fast ansatt uten garanti lønn beskrives i Clockwork-dommen, ligger svært nære Evju sin beskrivelse av en tilkallingsavtale. Siden beskrivelsene er så like kan det ikke dras et klart skille hvor tradisjonelle tilkallingsavtaler faller utenfor avtalene som beskrives i proposisjonen.

Proposisjonen er ikke behandlet av Stortinget i skrivende stund og man bør av den grunn være noe forsiktig med å tillegge den for mye vekt. Siden høringsinstansene har gitt forslagets formål bred støtte⁹⁴ er det sannsynlig at Stortinget ikke vil fravike departementets forslag i stor grad. I ethvert tilfelle gir proposisjonen uttrykk for departementets syn.

3.3.4 Oppsummering

Etter Braaten-dommen er det klart at om tilsigelsesavtaler lovlig kan inngås skal vurderes etter reglene om midlertidig ansettelse jf. aml. § 14-9 første ledd. Det er bred enighet om dette og grunnlaget fra tiden før Braaten-dommen kan klart settes til side. Braaten-dommen viser til sentrale elementer ved en tilsigelsesavtale som gjør at de ikke kan være faste ansettelser, som arbeidstakers mangel på forutberegnelighet til arbeid og lønn og at det ikke foreligger et reelt stillingsvern. Clockwork-dommen definerer avtalene ytterligere ved å tilføye at slik en tilsigelsesavtale praktiseres legges driftsrisikoen i hovedsak på arbeidstaker.

I ettertid av Braaten-dommen har departementet forsøkt å beskrive hvordan avtalene lovlig kan praktiseres. Basert på dommen har departementet lagt til grunn at dersom vilkårene for en midlertidig ansettelse er oppfylt for hver enkelt tilkalling, vil ansettelsen være lovlig. Det legges senere til grunn at en slik ordning kan gjennomføres ved at det inngås en rammeavtale som regulerer sentrale arbeidsvilkår dersom arbeidstaker tilkalles. Rammeavtalen vil ikke være en selvstendig arbeidsavtale. Legger man til grunn at det er hver enkelt tilkalling som skal vurderes etter reglene i § 14-9, reises det en rekke spørsmål om hvordan rammeavtalen og selve tilkallingen står i forhold til en rekke andre forhold.

⁹⁴ Prop. 73 L (2017-2018) punkt 6.3.1 Bakgrunn og formål. Jf. også høringsuttalelsene: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-om-endringer-i-arbeidsmiljolooven/id2563621/>

3.4 Kan tilsigelsesavtaler inngås innenfor rammen av aml. § 14-9 første ledd?

3.4.1 Innledning

Braaten-dommen legger til grunn at tilsigelsesavtaler må vurderes etter reglene om midlertidig ansettelse. Det er arbeidsavtalen om at arbeidstaker kan tilkalles ved behov som skal vurderes. Siden departementet over en lengre periode har lagt til grunn at det er hver tilkalling som skal vurderes, vil det bli vurdert om både arbeidsavtalen og tilkallingen kan bli inngått som et lovlig arbeidsforhold. Det vil også bli tatt stilling til om partene kan inngå en rammeavtale med videre tilkallinger. Uansett hvilken tolkning av Braaten-dommen man legger til grunn må man ta stilling til hvordan arbeidsforholdet står i forhold til en rekke andre forhold.

3.4.2 Kravet om midlertidighet

For at en midlertidig ansettelse lovlig skal kunne inngås må det enten foreligge et behov for arbeidskraft som fraviker hva virksomheten vanligvis har behov for, en markert forskjell i behovet for arbeidskraft eller i vikariat for andre, i tillegg til at ansettelsen er midlertidig, jf. aml. § 14-9 første ledd a) og b).⁹⁵

Tilsigelsesavtaler som inngås slik at arbeidstaker kan tilkalles ved behov vil ikke oppfylle vilkårene for en midlertidig ansettelse, med mindre grunnlaget for den midlertidige ansettelsen kommer klart frem av avtalen. Med ordlyd som ringehjelp, ekstrahjelp ved behov m.v. vil avtalen sjeldent oppfylle vilkårene. Presiseres det i avtalen at arbeidstaker kan tilkalles for en periode hvor det er behov for midlertidig arbeid, for eksempel på grunn av et sesongbasert behov, vil avtalen kunne oppfylle vilkårene. I ethvert tilfelle vil arbeidstaker kunne ansettes i en midlertidig stilling uten spesifisert grunnlag for en periode på 12 måneder, jf. § 14-9 første ledd, bokstav f.

⁹⁵ Det er ytterlige grunnlag for midlertidige ansettelser, men det er i hovedsak grunnlag etter § 14-9 første ledd a) og b) som gjør seg gjeldende for tilsigelsesavtaler

Til motsetning kan hver enkelt tilkalling anses som et selvstendig, midlertidig arbeidsforhold, enten med eller uten en rammeavtale i bunnen. Dersom hver enkelt tilkalling er et selvstendig arbeidsforhold vil et typisk tilsigelsesforhold vare i én dag. Selv om et slikt arbeidsforhold er svært kort, er det ikke grunnlag for å si at det ikke lovlig kan inngås. Det finnes ikke støtte i verken lovens ordlyd eller andre kilder som tilsier at det finnes en nedre grense for hvor kort et arbeidsforhold kan være. Når adgangen til å inngå midlertidige ansettelse ble først regulert i aml. 1977 var lovgivers intensjonen neppe at ansettelse skulle være så korte som én dag. Uavhengig av intensjonen til lovgiver, må det legges vekt på at aml. 1977 ble vedtatt for over 40 år siden, og at behovet for arbeidskraft og arbeidslivet kan ha endret seg i noe grad siden den tid. Det er ikke utenkelig at det i dag er et større behov for umiddelbar arbeidskraft enn hva det var på 70-tallet. I tillegg er umiddelbar arbeidskraft mer tilgjengelig i dag.

3.4.3 Oppsigelsesvern

I en diskusjon om tilsigelsesavtaler legges det mye vekt på at avtalene ikke kan være faste siden de ikke gir arbeidstaker det stillingsvern som kreves av en fast ansettelse. I denne diskusjonen må det ikke glemmes at midlertidig ansatte også har et stillingsvern, selv om det er svakere enn hva fast ansatte har. Et midlertidig arbeidsforhold kan i tillegg til å opphøre ved oppsigelse også opphøre ved at grunnlaget for ansettelsen faller bort.

Med en arbeidsavtale basert på tilkallinger vil arbeidstaker verken ha en rett eller plikt til arbeid utover hva man blir tilkalt til. Uten en rett til arbeid vil arbeidstaker i realiteten ikke ha et stillingsvern. Dersom arbeidsgiver ikke ønsker å benytte seg av arbeidstakers arbeidskraft vil arbeidsgiver enkelt kunne slutte å tilkalle arbeidstaker og slik fase ut arbeidsforholdet til det i realiteten ikke eksisterer lenger.

Legger man til grunn at hver enkelt tilkalling er et selvstendig arbeidsforhold vil arbeidstaker ha et reelt stillingsvern for hver enkelt stilling man blir tilkalt til. Dersom arbeidsgiver slutter å tilkalle arbeidstaker vil det ikke være en utfasing av arbeidsforholdet.

Det er i realiteten liten forskjell på de to tilfellene siden arbeidsgiver i begge tilfellene kan velge å slutte å tilby arbeidstaker arbeid, hvilket vil innebære at arbeidstaker vil slutte å

arbeide for arbeidsgiveren. Slik plasseres risikoen for at det er et behov for arbeidskraft kun på arbeidstaker i begge tilfellene. Forskjellen ligger i at ved det siste alternativet vil arbeidstaker i større grad være klar over at man ikke har et stillingsvern, siden man frivillig har inngått en så kort arbeidsavtale. Det samme gjelder dersom det inngås en rammeavtale. En rammeavtale vil ikke være en selvstendig arbeidsavtale og arbeidsgiver kan uten risiko for sanksjoner slutte å tilkalle arbeidstaker.

3.4.4 Permittering

Med en arbeidsavtale basert på tilkallinger vil arbeidstakers rettigheter i forbindelse med permittering i stor grad være like rettigheter i forbindelse med oppsigelse. I stedet for å permittere en arbeidstaker ansatt på tilsigelse, står arbeidsgiver fritt til å slutte å tilkalle arbeidstaker. Siden arbeidstaker ikke vil ha avtalte dager hvor man skal jobbe vil arbeidstaker i tillegg ikke ha en reell rettighet til permitteringslønn etter permitteringslønnsloven.

Det samme vil i stor grad gjelde dersom hver enkelt tilkalling er et selvstendig arbeidsforhold. I likhet med stillingsvernet vil forskjellen være at arbeidstaker i et slikt tilfelle er klar over at man ikke har de nevnte rettighetene, siden arbeidstaker frivillig har gått med på den korte arbeidsavtalen. Det samme vil gjelde dersom det er inngått en rammeavtale mellom partene.

3.4.5 Fortrinnsrett

3.4.5.1 Fortrinnsrett for deltidsansatte

Siden en ansettelse basert på tilkallinger sjeldent vil ha en satt stillingsprosent er den etter sin ordlyd vanskelig å definere som en deltidsstilling. Arbeidsavtalen vil dog ha mindre preg av å være en heltidsstilling. Det er derfor mer naturlig at avtalene likestilles med deltidsstillinger og at de har en fortrinnsrett. Et naturlig utfall av at arbeidstaker i et slikt tilfelle påberoper seg fortrinnsretten vil være at arbeidstaker får en definert stilling, før arbeidsgiver foretar nye ansettelser.

Legges det til grunn at hver tilkalling er et selvstendig arbeidsforhold vil arbeidstaker ikke ha fortrinnsrett i kraft av å være deltidsansatt, siden fortrinnsretten for deltidsansatte kun gjelder

for aktive arbeidsforhold. Det samme gjelder om det foreligger en rammeavtale. Slike avtaler kan likevel gi arbeidstaker fortrinnsrett etter § 14-2.

3.4.5.2 Fortrinnsrett for midlertidig ansatte

Det er uklart om en tilsigelsesavtale gir arbeidstaker en fortrinnsrett til ny stilling, uavhengig av hvordan avtalen praktiseres. Siden formålet med bestemmelsen er å unngå at arbeidsgiver omgår reglene om oppsigelse ved å vise til behovet for nedbemanning, faller muligens tilsigelsesavtaler noe utenfor den gruppen som lovgiver ønsket å verne om. Det bør likevel kunne legges til grunn at dersom arbeidstaker har dekket et forholdsvis stort behov for arbeidskraft for arbeidsgiver de siste to årene, burde arbeidstakers fortrinnsrett stå noe sterkere. I tillegg bør arbeidsgiver vise forsiktighet med å foreta nye ansettelser dersom man benytter seg av tilkallingsavtaler.

3.4.5.3 Andre arbeidstakers fortrinnsrett

En annen del av fortrinnsretten er andre arbeidstakers fortrinnsrett. Legger man til grunn at hver enkelt tilkalling er en ny ansettelse, vil arbeidsgiver måtte vurdere om det finnes andre kvalifiserte tidligere- eller deltidsansatte som har en fortrinnsrett til stillingen. Har ikke den tilkalte arbeidstakeren en sterkere fortrinnsrett og ansettelse av den fortrinnsberettigede ikke er en vesentlig ulempe for virksomheten⁹⁶, kan ikke arbeidsgiver ansette den tilkalte, forutsatt at den berettigede påberoper seg fortrinnsretten og han er kvalifisert til stillingen. Har arbeidsgiver mange deltidsansatte, eller det har vært en hyppig utskiftning av ansatte, kan en tilkalt arbeidstaker i visse tilfeller svært sjeldent ha rett til arbeid.

3.4.6 Retten til å fortsette i stillingen

Foreligger det en tvist om oppsigelse er det stor sannsynlighet for at det er et relativt høyt konfliktnivå mellom partene. Når retten til å stå i stilling påberopes opprettholdes arbeidsforholdet i stor grad som om oppsigelsen ikke var gitt. En ansettelse basert på tilkallinger vil dermed innebære at arbeidsgiver ikke vil være forpliktet til å tilkalle arbeidstaker utover hva som er avtalt i arbeidsavtalen. Arbeidstaker vil likevel kunne kreve midlertidig forføyning etter reglene i tvisteloven kapittel 34, for å kreve at man blir tildelt arbeid i tilnærmet samme omfang som før tvisten oppstod.⁹⁷ Hvorvidt det er grunnlag for midlertidig forføyning vil måtte avgjøres i hvert enkelt tilfelle. Det kan likevel legges til

⁹⁶ Vilkåret om vesentlig ulempe gjelder kun dersom fortrinnsretten påberopes av en deltidsansatt

⁹⁷ LE-1993-1311 - RG-1994-842

grunn at dersom arbeidstaker har jobbet så mye for arbeidsgiver at et totalt bortfall av inntekt vil være til *vesentlig skade* for arbeidstaker, bør det være grunnlag for at arbeidstaker får fortsette i sin stilling med krav om tildelt arbeid.

I arbeidsforhold hvor arbeidet har vært mer sporadisk og bestått av mindre arbeid er sikringsgrunnen til arbeidstaker langt svakere. Arbeidstaker vil fortsatt ha adgang til å kreve å fortsette i sin stilling, men man vil ikke nødvendigvis bli hørt med at det foreligger grunnlag for en midlertidig forføyning. Det kan nevnes at arbeidstaker ikke vil få en mindre rett til arbeid enn før tvisten oppstod og at arbeidstaker kan fortsatt forvente å jobbe etter arbeidsgivers behov. Forskjellen er at arbeidsgivers ønske om å benytte seg av arbeidstakers arbeidskraft kan ha endret seg, slik at arbeidstaker verken vil få arbeid eller lønn mens tvisten pågår.

3.4.7 Sykepenger

Med en arbeidsavtale basert på tilkalling stiller arbeidstaker ofte i arbeidsgivers tjeneste med jevne mellomrom. Med mindre arbeidstaker står til arbeidsgivers disposisjon minst en gang hver andre uke, vil arbeidsforholdet anses som opphørt i Trygderettens forstand mellom hver tilkalling. Det samme vil legges til grunn dersom hver enkelt tilkalling er en ny ansettelse. Siden arbeidsforholdet kan anses som opphørt i Trygderettens forstand mellom hver tilkalling, risikerer arbeidstaker ansatt på tilsigelse generelt å miste retten til sykepenger dersom det går lang tid mellom tilkallinger. I disse tilfellene vil arbeidstaker starte en ny opptjeningsperiode før de oppnår retten til sykepenger. Blir arbeidstaker syk i løpet av denne perioden vil de ikke ha rett til sykepenger etter de alminnelige reglene om sykepenger. Arbeidstakere ansatt på tilsigelse vil fortsatt kunne ha rett til sykepenger etter § 8-47 som yrkesaktiv medlem som midlertidig har vært ute av inntektsgivende arbeid, dog kun med rett på 65 % av sykepengegrunnet.

I tillegg står arbeidsgiver fritt til å bestemme når man ønsker å tilkalle arbeidstaker. Blir arbeidstaker syk eller skadet med fullført opptjeningsperiode, vil arbeidstaker ha krav på sykepenger basert på sitt sykepengegrunnlag. Uavhengig av tidligere opparbeidet sykepengegrunnlag betales det likevel kun sykepenger fra arbeidsgiver for de dager det skulle vært utbetalt lønn. Siden arbeidstakere ansatt på tilsigelse kun jobber etter arbeidsgivers

behov, vil arbeidstaker i realiteten ikke ha krav på sykepenger fra arbeidsgiver, med mindre arbeidsgiver mot all formodning tilkaller arbeidstaker under sykemeldingsperioden. Det samme gjelder dersom hver enkelt tilkalling er en ny ansettelse. Forskjellen på avtaleformene er at ved den siste modellen vil arbeidstaker være klar over at man ikke har krav på sykepenger før sykdommen eller skaden inntreffer.

3.4.8 Dagpenger

I likhet med vurderingen som gjelder for retten til sykepenger er ikke opphold i arbeidstid nødvendigvis den samme etter folketrygdloven som etter arbeidsmiljøloven. Arbeidsavtaler som gjelder tilkalling anses etter folketrygdloven som avtaler hvor arbeidstaker jobber sporadisk for arbeidsgiver og at man er arbeidsledig mellom tilkallinger.⁹⁸

Siden det ikke er holdepunkter for at arbeidstaker ilegges en forlenget ventetid vil arbeidstaker med en tilsigelsesavtale ha rett til dagpenger etter utløpet av den alminnelige ventetiden. Dette er forutsatt at arbeidstaker igjen ikke tilkalles av arbeidsgiver. En slik praksis medfører at tilsigelsesavtaler gir arbeidstaker en bedre stilling enn andre arbeidsforhold når det gjelder rett til dagpenger. Skulle arbeidsgiver ønske å fase ut arbeidsforholdet vil arbeidstaker uten særlig opphold kunne søke om dagpenger fra NAV. Retten til dagpenger er forutsatt at arbeidstaker oppfyller kravet til minsteinntekt.

Det er verdt å nevne at retten til dagpenger kan falle bort i en tidsbegrenset periode, dersom søker uten rimelig grunn ikke tar imot tilbud om arbeid av forskjellig art, form og grad, jf. § 4-20, se særlig første ledd a) og c). Trygderetten later å praktisere § 4-20 relativt strengt og adgangen til å takke nei til et tilbud om arbeid er snever.⁹⁹

Det er ikke funnet praksis hvor det tas stilling til at en arbeidstaker takker nei til et tilbud om arbeid etter tilkalling. Siden folketrygdlovens tolker tilsigelsesavtaler slik at oppholdet mellom tilkallinger anses som en arbeidsledig periode, burde det legges til grunn at et avslag

⁹⁸ Rundskriv R04-00-K17, § 4-3 tap av arbeidsinntekt og arbeidstid, tap av arbeidstid, 1. Innledning, femte ledd

⁹⁹ Se blant annet TRR-2008-624 med videre henvisninger, TRR-2007-3366 og TRR-2008-1785

på tilbud om arbeid etter tilkalling svært sjeldent vil anses som en rimelig grunn. En slik tolkning finner også delvis støtte i TRR-2008-1785 hvor søkeren mistet retten til dagpenger siden han hadde kontaktet arbeidsgiver og meldt ifra om at han ikke ville kunne ta imot tilkallinger på grunn av sin bosituasjon.

3.4.9 Konklusjon

Etter en gjennomgang av forholdene nevnt over vil en tilsigelsesavtale ved de fleste forhold¹⁰⁰ innebære at arbeidstaker havner i en dårligere rettsstilling enn andre arbeidstakere. Dette gjelder både dersom det inngås en arbeidsavtale om tilkalling og der hvor hver enkelt tilkalling er en ny ansettelse. En slik forskjell er ikke ønskelig. Foruten at arbeidstaker vil ved en tvist ikke ha en reell rett til å fortsette i sin stilling, med mindre den bortfalte inntekten vil være til vesentlig skade, er det særlig verdt å nevne avtaleformenes forhold til oppsigelsesvern, permittering og sykepenger.

En arbeidsavtale om tilkallinger vil kun oppfylle vilkårene til midlertidig ansettelse dersom grunnlaget klart kommer frem av avtalen. Med mindre arbeidsgiver i kraft av avtalen har en eller annen form for plikt til å betale lønn foruten for den tiden arbeidstaker tilkalles til, vil slike arbeidsavtaler uansett ikke gi arbeidstaker et reelt stillingsvern, rettigheter i forbindelse med permittering eller sykepenger. Foreligger det en slik plikt for arbeidsgiver vil ikke arbeidsgiver kunne omgå reglene om oppsigelse eller permittering, samt kunne unnlate å betale sykepenger dersom arbeidstaker blir syk eller skadet.

Er hver enkelt tilkalling en ny ansettelse vil arbeidstaker på forhånd være klar over at man ikke har et stillingsvern, rettigheter i forbindelse med permittering og rett til sykepenger. Arbeidstaker vil i realiteten ha avtalt seg vekk fra disse rettighetene. Selv om slike arbeidsavtaler lovlig oppfyller vilkårene for midlertidige ansettelser, fremstår de likevel som en omgåelse av arbeidstakers rettigheter etter arbeidsmiljøloven og folketrygdloven.

¹⁰⁰ Unntaket gjelder dagpenger hvor tilsigelsesavtaler til tider faktisk gir arbeidstaker en bedre rettsstilling enn mange andre arbeidsforhold

Omgåelse av arbeidsmiljøloven var den sentrale grunnen til at arbeidsavtalen i Braaten-dommen ble ansett som en ulovlig midlertidig ansettelse. Basert på Clockwork-dommen og den etterfølgende proposisjonen later det til at det fortsatt er ønskelig å hindre at arbeidstakers rettigheter svekkes ved omgåelser av arbeidsmiljøloven (og folketrygdloven). Det kan tenkes at unntak kan foreligge der hvor arbeidstaker tilkalles svært sjeldent. Det er dog vanskelig å trekke en grense for hvor hyppig en slik ordning kan benyttes og samtidig gå klar for å være en ordning hvor arbeidstaker i realiteten fraskriver seg blant annet stillingsvernet.

Det er også verdt å nevne at fortrinnsretten til andre og arbeidstakeren ansatt på tilsigelse gjør praktiseringen av tilsigelsesavtaler svært vanskelig. Dette gjelder både den tilkaltes og andre arbeidstakers fortrinnsrett. Dekker den tilkalte arbeidstakeren et forholdsvis stort behov vil arbeidsgiveren være avskåret fra å ansette nye arbeidstakere, forutsatt at den tilkalte arbeidstakeren er kvalifisert for stillingen. På samme vis vil arbeidsgiver ved hver tilkalling måtte vurdere om det er andre nåværende eller tidligere ansatte i bedriften som har fortrinnsrett til stillingen. Reglene om fortrinnsrett kan i visse tilfeller avskjære arbeidsgivers mulighet til å tilkalle arbeidstaker svært ofte. Det antas at disse reglene om fortrinnsrett ikke praktiseres av mange arbeidsgivere.

Det har blitt foreslått at partene kan inngå en rammeavtale med hvilke lønn- og arbeidsvilkår m.v som gjelder dersom arbeidstaker tilkalles og at hver enkelt tilkalling vil være en ny midlertidig ansettelse. Selve rammeavtalen vil ikke i seg selv være en selvstendig arbeidsavtale, men en avtale om at arbeidstaker kan tilkalles dersom det er umiddelbart behov for arbeidskraft. Har partene inngått en rammeavtale vil de til en viss grad ha et permanent forhold til hverandre. En rammeavtale vil i praksis være en intensjonsavtale om at partene skal inngå arbeidsavtaler. Når rammeavtalene ses på en slik måte kan de i likhet med forslaget om enkelte midlertidige ansettelser ikke anses som noe annet enn en omgåelse av arbeidsmiljøloven og folketrygdloven, særlig siden partene vil ha et permanent forhold til hverandre. Siden en slik avtale vil være en intensjonsavtale mellom en privat part og en profesjonell næringsdrivende part, bør man i tillegg vise stor forsiktighet med å åpne for at slike avtaler kan bli en norm.

Tilsigelsesavtaler dekker en lav prosentandel av behovet for arbeidskraft i arbeidslivet, men de er likevel sentrale for å dekke umiddelbare behov. Selv om dette behovet foreligger i arbeidslivet er det ikke grunnlag for å si at det lovlig kan inngås flere svært korte midlertidige ansettelser uten at man samtidig omgår både arbeidsmiljøloven og folketrygdloven.

4 Hvordan bør arbeidsgiver dekke umiddelbart behov for arbeidskraft?

4.1 Innledning

Uavhengig av hvilken avtaleform som benyttes og om den er lovlig eller ikke, er det klart at det er et behov for å kunne benytte seg av umiddelbar arbeidskraft i dagens arbeidsliv. Arbeidsgiver må ha mulighet til å tilkalle arbeidstakere som kan dekke et umiddelbart behov for arbeidskraft som ikke kan dekkes av alminnelig arbeidstid, nye ansettelser og bruk av overtid.

Særegent for tilsigelsesavtaler er at de benyttes av arbeidstakere som ønsker et annet kjennetegn enn de usikre elementene ved avtalene, nemlig fleksibiliteten. Siden arbeidstaker ikke har en arbeidsplikt overfor arbeidsgiver kan arbeidstaker velge å takke nei til et tilbud om arbeid, dersom man ønsker å bruke tiden sin på noe annet enn arbeid i den etterspurte perioden. I tillegg benyttes ordningen av arbeidstakere som slettes ikke ønsker en fleksibilitet, men en mer stabil ordning.

4.2 Forslag til nytt EU-direktiv

EU-kommisjonen kom 21. desember 2017 med forslag til nytt direktiv for arbeidsretten.¹⁰¹ En utredning av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen ligger utenfor oppgaven og det begrenses derfor til å si at det i norsk rett gjelder et prinsipp om EØS-konform tolkning som innebærer at norsk rett skal tolkes slik at den samsvarer med EØS-retten. I tillegg nevnes at norsk rett har et dualistisk system hvilket innebærer at vi inkorporerer de aller fleste direktiv fra EU som om de var norsk rett.

Forslaget til nytt direktiv er ikke vedtatt og det kan forventes at det tar lang tid før det blir aktuelt å inkorporere direktivet i norsk rett, i tillegg er det ingen garanti for at direktivet mottar god oppslutning verken i medlemslandene eller i parlamentet. Forslaget er i stor grad

¹⁰¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52017PC0797>

utgitt med begrunnelse til fremveksten av “non-standard” forms of employment”¹⁰² og har blant annet forslag til hvordan tilsigelsesavtaler kan reguleres slik at de kan inngås som faste arbeidsavtaler og gir arbeidstakeren en mer forutsigbarhet med henhold til arbeid og inntekt.

Det er særlig forslaget artikkel 3, 9 og 10 som gjør seg gjeldende for tilsigelsesavtaler. I forslaget styrkes rettighetene for arbeidstakere som har en variabel arbeidstid og kun eller i hovedsak jobber når arbeidsgiveren bestemmer det. Slike arbeidstakere skal på forhånd være skriftlig informert om hvilke tider på døgnet og hvilke dager det vil være aktuelt å bli tilkalt for arbeid, i tillegg skal de varsles i rimelig tid om at de må jobbe, jf. artikkel 9, jf. artikkel 3(2)(1)(i) og (ii).

Det kreves også at arbeidstaker på forhånd er informert om en rekke forhold som gjelder arbeidsforholdet. Har arbeidsforholdet kun eller i hovedsak varierende arbeidstider skal den varierende arbeidstiden, antall garanterte betalte arbeidstimer og eventuell godtgjørelse i tillegg til garantilønnen informeres om på forhånd jf. artikkel 3(2)(1). Er arbeidstiden i hovedsak styrt av arbeidsgiver skal arbeidstaker også informeres om hvilke tider på døgnet og hvilke dager det vil være aktuelt å bli tilkalt for arbeid og hvilke tidsfrister som gjelder for når arbeidstaker kan tilkalles, jf. artikkel 3(2)(1)(i) og (ii).

Arbeidstakere med seks måneder ansiennitet kan kreve en ansettelse som er mer forutsigbar og med mer sikre arbeidsvilkår, jf. artikkel 10(1). Det er forutsatt at en slik stilling finnes eller er mulig å opprette i virksomheten.

Kjernen i artikkel 9 er det er ønskelig at arbeidstaker i alle arbeidsforhold skal ha en viss grad av forutberegnelighet. Det er noe uklart om bestemmelsen er ment å gi arbeidstaker et krav om garantilønn, siden dette ikke kommer frem verken ordlyden eller beskrivelsen av artikkel

¹⁰² Med “non-standard work” menes faste deltidsansettelser og alle former for midlertidige ansettelser jf. forslaget fotnote 1

9.¹⁰³ Det er uansett klart at det er ønskelig at arbeidstaker får en slik forutberegnelighet for sin arbeidstid at man kan benytte sin arbeidsfritid til annet arbeid, studier, omsorg m.v.

Inkorporeres en slik praksis som kommer frem av artikkel 9 i den norske arbeidsretten vil ikke tilsigelsesavtaler kunne benyttes av arbeidsgiver uten at arbeidstaker er klar over hvilke dager det vil være aktuelt å bli tilkalt til arbeid. Innføres det ikke i tillegg en eller annen form for garantilønn er det vanskelig se at arbeidsforholdene til tilsigelsesavtaler blir særlig mer forutsigbare og sikre enn hva de er beskrevet som tidligere. Uten en innføring av garantilønn vil arbeidsgiver kunne informere arbeidstaker om at det vil være aktuelt med tilkalling alle dager samt at det ikke betales lønn dersom arbeidstaker ikke møter til arbeid. I tillegg er ikke arbeidsgiver hindret fra å slutte å tilkalle arbeidstaker. Selv om arbeidstaker vil ha et noe mer forutberegnelig arbeidsforhold med hensyn til når det er aktuelt med arbeid, vil forutberegneligheten til arbeid og lønn fortsatt være svært uthullet. I tillegg vil arbeidstaker ikke ha et reelt stillingsvern. Siden det er snakk om et umiddelbart behov for arbeidskraft kan det også være noe vanskelig å praktisere et varslingsystem med lengre tidsfrister enn dagen før.

4.3 Forslag til avtaleform

En sentral del for tilsigelsesavtaler er at avtalene er ment å dekke et kort og umiddelbart behov for arbeidskraft. Måten arbeidsavtaler blir inngått for å dekke sånne behov innebærer svært ofte at arbeidstaker ansettes i en meget udefinert fast stilling uten særlig rett til verken arbeid eller lønn, samt at avtalene ikke har et reelt stillingsvern. Siden avtalene er så udefinert blir det opp til arbeidsgiver å utfylle det øvrige innholdet i arbeidsforholdet, hvilket innebærer at arbeidstaker kun jobber etter arbeidsgivers behov. Slik legges store deler av risikoen for at det er behov for arbeidstakers arbeidskraft på arbeidstaker.

Det er mulig å dekke et slikt umiddelbart behov for arbeidskraft og i tillegg sørge for at arbeidstaker har en forutberegnelighet til arbeid og lønn samt et reelt stillingsvern. I tillegg

¹⁰³ Se forslaget 5. Other elements, Detailed explanation of the specific provisions of the proposal, Chapter III, Article 9 – Minimum predictability of work

legges ikke risikoen for at det er behov for arbeidskraft på arbeidstaker. Oppfatningen om at avtalene slik de ble praktisert i Braaten-dommen må løses etter reglene om midlertidig ansettelse er korrekt, men dommen kan ikke tas til inntekt for at alle arbeidsavtaler som dekket et umiddelbart behov for arbeidskraft må løses etter de samme reglene.

Det kan utledes et system av arbeidsmiljøloven for hvordan slik arbeidskraft kan benyttes. Den alminnelige arbeidstid skal ikke overstige ni timer i løpet av 24 timer og 40 timer i løpet av syv dager, jf. aml. § 10-4 første ledd. I tillegg kan partene avtale at arbeidstiden ordnes slik at arbeidstiden i løpet av en periode på høyst 52 uker i gjennomsnitt er i henhold til § 10-4, jf. § 10-5 første ledd. Partene kan også på forhånd skriftlig avtale at arbeidstaker kan trekkes i lønn, jf. § 14-15 annet ledd, bokstav c.

Det er ingenting i veien for at partene inngår en avtale om fast ansettelse i en deltidsstilling basert på tilkalling. I tillegg kan partene avtale at det praktiseres gjennomsnittsberegning av arbeidstid etter aml. § 10-5 og at det foretas trekk i lønn dersom arbeidstaker ikke møter etter tilkalling jf. § 14-15 annet ledd, bokstav c. I tillegg bør det presiseres i arbeidsavtalen at den er basert på at arbeidstaker jobber etter tilkalling. Som illustrasjon brukes en 20 % stilling, siden en slik stilling tilsvarer en arbeidsdag per uke, eller fire arbeidsdager per måned. I tillegg illustreres gjennomsnittsberegningen ved at det brukes en periode for på fire uker, siden dette tilsvarer en måned.

Med en slik arbeidsavtale vil arbeidstaker være klar over at man i utgangspunktet er forpliktet til å stille sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver fire dager i løpet av en måned og kan forvente seg lønn deretter. Arbeidstaker er også klar over at dersom man takker nei til arbeid risikerer man å ikke motta full lønn denne måneden. Når i løpet av måneden arbeidsgiver ønsker å tilkalle arbeidstaker er opp til arbeidsgiver. Om arbeidsgiver ikke tilkaller arbeidstaker vil arbeidsgiver likevel være forpliktet til å betale arbeidstaker lønn for fire arbeidsdager i løpet av måneden. Arbeidsgiver står fritt til å tilkalle arbeidstaker utover hva som er avtalt, men ingen av partene kan forvente at den andre parten yter mer enn avtalt. Dersom arbeidstaker i løpet av måneden tilkalles og takker nei til tilbud om arbeid, vil

arbeidsgiver ved månedens slutt ha rett til å trekke arbeidstaker i lønn for en arbeidsdag, forutsatt at arbeidstaker ikke har jobbet fire arbeidsdager i løpet av måneden. Det er en fordel at korrespondansen skjer eller bekreftes skriftlig enten via SMS eller e-post.

Med en slik ordning vil arbeidstaker ha en forutsetning for arbeids og lønn som kun er minimalt dårligere enn andre arbeidsforhold. Siden arbeidstaker også vil ha et reelt stillingsvern, vil arbeidsavtalen oppfylle kravet til fast ansettelse. Arbeidstaker vil også ha klare rettigheter i forbindelse med permittering. Det vil heller ikke være tvil om at arbeidstaker har en klar fortrinnsrett til ny ansettelse, dersom arbeidstaker ønsker et mer sikkert og forutberegnelig arbeidsforhold. Risikoen for at det er behov for arbeidskraft plasseres også rettmessig på arbeidsgiver. Risikoen i seg selv vil ikke være særlig stor, siden arbeidsgiver kun vil være forpliktet til å yte lønn for fire arbeidsdager per måned, uavhengig av om arbeidsgiver benytter seg av arbeidskraften til arbeidstaker.

Tilkalles arbeidstaker utover hva som er avtalt slik at praksis blir at arbeidstaker jevnlig jobber mer enn avtalt, vil arbeidstaker kunne kreve rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, om en slik praksis går over 12 måneder eller lenger, jf. § 14-4 a første ledd.

Partene står fritt til å avtale mindre eller større stillinger enn vist i eksempelet over. De bør dog være klar over at de da i utgangspunktet binder seg til å yte relativt mye basert på et uforutsigbart behov og risikoen som følger med en slik avtale. Arbeidsgiver står selvsagt fritt til å ansette flere ved tilkallingsavtaler, slik at man kan dekke det umiddelbare behovet dersom en tilkalt arbeidstaker takker nei til tilbudet om arbeid.

Det kan oppstå problemer der hvor avtalene inngås på langt dårligere vilkår enn fremstilt i eksempelet. Inngås det arbeidsavtale med langt lavere prosentsetser, vil arbeidstaker fortsatt være sikret av fortrinnsretten og retten til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Inngås det avtale om gjennomsnittsberegning over langt lengre perioder vil det måtte vurderes om slike avtaler strider mot aml. § 10-2 første ledd om at arbeidstidsordninger skal være forsvarlige for

arbeidstaker. Bestemmelsen setter en grense for at det ikke vil være adgang til å benytte seg av de maksimale rammer loven setter, dersom dette vil føre til uheldige psykiske eller fysiske belastninger for arbeidstaker.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Ot. prp. 49 (2004-2005) side 315

Kildeliste

Lover

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814

Lov 27. juni 1892 om tilsyn med arbeid i fabrikker

Lov 31. Mai 1900 nr. 5 om Løsgjængerer, Betleri og Drukkenskap

Lov 10. september 1909 om tilsyn med arbeid i fabrikker

Lov 18. september 1915 Arbeiderbeskyttelsesloven

Lov 19. juni 1936 om arbeidervern

Lov 7. desember 1956 om arbeidervern

Lov 6 mai 1970 nr. 27 om endringer i lov om Løsgjængerer, Betleri og Drukkenskap

Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø

Lov 6. mai 1988 nr 22 om lønnsplikt under permittering

Lov 28. februar 1997 nr 19 om folketrygd Løsgjengerloven

Lov 4. februar 2000 nr. 10 om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. m.fl.

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

Lov 28. februar 1997 nr 19 om folketrygd

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1939 s. 71

Rt. 1985 s. 1141

Rt. 1989 s. 1116 (Statfjord)

HR-1997- 59-K - Rt. 1997 s. 277

HR-1997-58-B Rt. 1997 s. 1506

HR-2000-1241-A Rt. 2001 s. 1413 (Norsk folkehjelp)

HR-2004-99-A Rt. 2004 s. 53

HR-2005-1028-A Rt. 2005 s. 826 (Braaten)

HR-2006-1605-A Rt. 2006 s.1158 (Ambulanse)

HR-2009-975-A Rt. 2009 s. 578 (Sykehuset Innlandet)

HR-2009-1129-A Rt. 2009 s. 685

HR-2009-2181-A Rt. 2009 s. 1465

HR-2011-2327-A Rt. 2011 s. 1674

HR-2016- 867-A

Lagmannsrettene

LE-1993- 1311 - RG-1994- 842 (Eidsivating lagmannsrett)

RG 1998 s. 1518 (Gulating lagmannsrett)

LB-2010- 62676 – RG-2010- 797 (Borgarting lagmannsrett)

LE-2014-150547 (Eidsivating lagmannsrett)

LG-2014-57287 (Gulating lagmannsrett)

Tingrettene

TBERG-2016-131720 (Bergen tingrett)

Særdomstoler

TRR-2008- 624 (Trygderetten)

TRR-2007- 3366 (Trygderetten)

TRR-2008- 1785 (Trygderetten)

Lovforarbeider, rundskriv og forskrifter

NOU 1998:15

NOU 2004: 5

Ot. prp. nr. 41 (1975-1976)

Ot. prp. nr. 50 (1993-1994)

Ot.prp. nr. 78 (1993–1994)

Innst. O. nr. 2 (1994-1995)

Ot. prp. nr. 70 (1998-1999)

Ot. prp. nr. 49 (2004-2005)

Innst. O nr. 100 (2004-2005)

Ot. prp. nr. 24 (2005-2006)

Ot. prp. nr. 54 (2008-2009)

Prop. 104 L (2009-2010)

Prop 74 L (2011-2012)

Prop. 39 L (2014-2015)

Prop. 73 L (2017-2018)

Rundskriv R04-00-K17, Dagpenger under arbeidsløshet

Juridisk teori

Litteratur

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E., ”Rettskildelære”, 5. utgave, Oslo 2011

Lilleholt, Kåre, ”Knophs oversikt over Norges rett”, 14. utgave, Oslo 2014

Skjønberg, Alexander Næss, Hognestad, Eirik, Hotvedt, Marianne Jenum, *Individuell arbeidsrett*, (Oslo 2017)

Artikler

Evju, Stein, Nytt i privatretten nr. 3/2005

Evju, Stein «Fast ansatt ulovlig midlertidighet», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, 2005

Jakhelln, Henning, ”Trekk av arbeidsrettens historie i Norge”, *Arbeidsrett* vol 6 nr 3 2009 (side 111-119)

Evju, Stein, “Arbeidsrettsdisiplinen og arbeidsrettsforskningen i tilbakeblikk - Utviklingen av faget og forskningen fra fortid til nåtid”, *Arbeidsrett* vol 9 nr 1 2012 (side 1-29)

Edwardsen, Kjetil, “Retten til fast ansettelse” , *Arbeidsrett* vol 9 nr. 2/2012

Søreide, Christel, ”Grensen mellom fast og midlertidig ansettelse”, *Arbeidsrett* nr. 1/2017, s. 113-127

Nettsider

<https://www.strindahistorielag.no/Wikibilder/Strinda-bygdebok3-hele.pdf> (Sist besøkt 3. Mai 2018)

<https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/lonn-og-tariff/hovedavtalen-2018-2021.pdf> (Hovedavtalen LO-NHO 2018-2021) (Sist besøkt 3. mai 2018)

<https://www.regjeringen.no/dokumenter/horing-omendringer-arbeidsmiljolooven/id2563621/> (sist besøkt 3. mai 2018)

<https://frifagbevegelse.no/image-3.246261.80b5e1fefe?size=1024x0> (sist besøkt 3. mai 2018)

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=70968> (sist besøkt 3. mai 2018)

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52017PC0797> (sist besøkt 3. mai 2018)

Øvrige kilder

Nergaard, Kristine, Alsos, Kristin, Bråten Mona og Steen Jensen Ragnhild,
“Tilkallingsvikarer i norsk arbeidsliv”, Fafo-rapport 2015:10