

Midlertidig ansettelsesavtaler

– en oversikt over reglene og forslag til ny ordning

Innledning

Dette notatet er en presentasjon og gjennomgang av reglene om midlertidig ansettelsesavtaler i medhold av arbeidsmiljøloven § 14-9, samt et forslag til endring av reglene.

Hovedregelen om ansettelsesavtaler i gjeldende arbeidsmiljølov (**aml**) er fast ansettelse. Fast ansettelse medfører en rekke rettigheter som andre former for ansettelse ikke gjør. Midlertidig ansettelse er et unntak og kan bare tillates i visse, nærmere bestemte tilfeller med begrenset lengde, nemlig (i) når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten, (ii) for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat), (iii) for praksisarbeid, (iv) for deltaker i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med Arbeids- og velferdsetaten eller (v) for idrettsutøvere, idrettstrenerne, dommere og andre ledere innen den organiserte idretten, jf § 14-9 (1).

Det er det første vilkåret som har vakt mest politisk interesse.

Adgangen til midlertidige ansettelser har vært politisk sterkt omdiskutert, og var blant de mest sentrale diskusjonstemaene da aml ble politisk behandlet i Stortinget i 2005. Bakgrunnen for regelen er en krysning av både arbeidstakers og arbeidsgivers legitime behov. På den ene side står arbeidstakers behov for at oppsigelsesvernet ikke undergraves ved en vid adgang til midlertidige ansettelsesavtaler. Mot dette står arbeidsgivers behov for å kunne justere antall ansatte i tråd med arbeidsoppgaver. En snever adgang til midlertidige ansettelser vil kunne føre til at arbeidsgiver vegrer seg for å påta seg større oppdrag av kortere varighet. Stortinget har imidlertid valgt å gi sin støtte til arbeidstaker i denne avveiningen, og ment at arbeidsgiver heller bør ha adgang til å pålegge arbeidstakere overtid for å imøtekomme de behovene som arbeidsgiver har ved midlertidige og forventet forbigående større arbeidsoppgaver.¹

Et annet forhold som har vært aktivt nedvurdert av Stortinget, er hensynet til at flere unge kan komme inn på arbeidsmarkedet i en kortere periode for å skaffe seg relevant arbeidserfaring.² Dette hensynet, som i prinsippet gjelder for alle svakere eller mindre ressurssterke grupper, ble ikke ansett som så tungtveiende at det fikk forrang i forhold til formålet om beskyttelse av oppsigelsesvernet.

Noen tall

Bruken av midlertidige ansettelser har vært forholdsvis stabil i den perioden dette har vært lovregulert i norsk rett,³ dvs. siden arbeidsmiljøloven av 1977. Ca. 10 prosent av alle lønnstakere er midlertidig ansatt (Jakhelln m.fl. 2011:805). Det har vært en viss nedgang av midlertidige ansettelser i Norge fra 1996 til 2010, men det har ikke vært store endringer.⁴ Endringen i bruk av midlertidig ansatte har heller ikke samvariert med konjunkturer, slik man kanskje kunne tro.

Det er også klart flest yngre midlertidig ansatte, hvor over halvparten er under 30 år, og to av tre er under 35 år. Jakhelln m.fl. fremhever også "et annet viktig funn, nemlig at midlertidige ansettelser fungerer i stor grad

som et springbrett til fast ansettelse: Nesten to tredeler av de midlertidige ansatte hadde gått over til fast ansettelse etter to år" (2011:805). Videre fremheves det at flere kvinner enn menn er midlertidig ansatt, og bruken av ansettelsesformen er klart høyest i kommunal sektor og lavest i privat vareproduksjon. Klart høyest i bruk av midlertidig ansatte er helse- og omsorgssektoren, der 61 prosent av alle offentlig midlertidig ansatte arbeider, med utdanning på en andreplass med 24 prosent. Offentlig sektor står for ca. 1/3 av alle sysselsatte i Norge, men halvparten av alle midlertidig ansatte arbeider i offentlig sektor.

Rundt 1,7 prosent av alle sysselsatte i Norge er ansatt i vikarbransjen, noe som ikke kan sies å være spesielt mange sammenlignet med det inntrykk man kan få av debatten om denne bransjen.

Av typen midlertidig ansatte er vikarer klart overrepresentert, med sine 71 000. Ekstrahjelper, typisk hjelgehjelp av ungdommer, er en god nummer to med sine 49 000. Ansatte på midlertidige engasjementer og prosjektansatte, den gruppen som er ansatt på det mest kontroversielle vilkåret, teller 38 000 ansatte.⁵

"Når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten"

Som nevnt innledningsvis, er det særlig vilkårene om at midlertidige ansettelsesavtaler er tillatt "når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten" som har vært omdiskutert. I utgangspunktet virker dette som et snevert unntakstilfelle, men det kan stilles spørsmål ved hvor gjennomtenkt, fra Stortingets side, vilkåret om at arbeidet må skille seg fra det ordinære arbeidet som utføres i bedriften, er.

Det var Stortinget som på midten av 90-tallet gikk inn for den ytterligere begrensningen som ligger i vilkåret om "arbeidets karakter" for å begrense den skjønnsmessige vurderingen av når midlertidig ansettelse skal være lov. Det var nemlig ikke snakk om at det var "den faktiske sysselsettingssituasjonen eller prosjektets tidsavgrensede karakter som skal tillegges vekt ved vurderingen av om en midlertidig tilsetting er lovlig, men om *det arbeid som arbeidstakeren skal utføre etter sin art atskiller seg klart fra det arbeid som utføres av slike bedrifter*" (Innst. O. Nr 2 (1994—1995) s. 29). Man så typisk for seg jobben som julenisse for kjøpesenteret i julestria som et eksempel på midlertidig ansettelse. Man var redd for at bedriftene gradvis "innskrenker sin stab av faste ansatte til en viss 'kjernestab', hvoretter restbehovet for arbeidskraft fylles opp med andre typer tilknytning til bedriften" (ibid.). Det er engasjementsstillinger, prosjektansettelser, og inn/utleie av arbeidskraft man var spesielt opptatt av ved dette tilleggsvilkåret.⁶ Men lovteknisk var reguleringen ikke heldig, siden man ikke makter, ved et slikt tilleggsvilkår, å begrense den skjønnsmessige vurderingen. For hva betyr "arbeidets karakter"?

I alle fall slo Høyesterett i 2001 fast at vilkåret ikke hadde noen selvstendig betydning utover at arbeidet var tidsbegrenset, jf Rt 2001.1413 (Minerydderdommen). Begrunnelsen var at om man skulle ta vilkåret på alvor, utelukket man en stor del av den typen avtaler som bestemmelsen nettopp var ment å skulle fange opp, som for eksempel ansettelser pga. sterke sesongsvingninger.⁷ Vilkåret er mer å forstå som et moment i vurderingen av om arbeidet er av tidsbegrenset art eller ikke, og at dette i forarbeidene er mer å forstå som et vilkår om at arbeidstakeren trengs for å utføre "et bestemt oppdrag".

Selv om sesongsvingninger som et eksempel kan begrunne midlertidig ansettelse, vil ikke forventet framtidig behov for arbeidskraft eller jevne variasjoner i ordretilgang være en akseptabel grunn for slike avtaler. Heller ikke spesielle behov i forbindelse med omorganisering vil falle innenfor dette vilkåret.⁸

Rettspraksis har også på den annen side tillatt midlertidige ansettelser fordi arbeidstaker mangler formelle kvalifikasjoner, slik at arbeidsgiver ikke skal forhindres i å ansette mer kvalifisert arbeidskraft på et senere tidspunkt til erstatning for den manglende kompetansen, jf Rt 1985.1141.

Det som altså er klart fra rettspraksis, er at uttrykket "arbeidets karakter" ikke på noen måte kan sies å ha

eliminert eller forminsket den skjønsmessige vurderingen av om midlertidig ansettelse er tillatt eller ikke. Slik sett er tillegget et godt eksempel på at en bestemmelse som har til formål å skape klarhet, heller har den motsatte effekten og skaper et behov for advokatbistand og avklaring gjennom Høyesteretts rettspraksis, med alle de kostnader det involverer for private parter. Det må også bemerkes at det i henhold til SSBs tall ikke har vært noen markant endring av bruken av midlertidig arbeidskraft som følge av denne endringen i loven, jf tallene over. Reduksjonen av bruken av midlertidige ansettelsesavtaler har vært konsistent fra 1996.

I 2005 foreslo Bondevik II-regjeringen å liberalisere adgangen til midlertidig arbeid. Man foreslo å fjerne begrensningen om at "arbeidets karakter" måtte være av en viss art for at det skulle være aktuelt med midlertidig ansettelse. I stedet ble det foreslått en generell adgang til å gjøre bruk av midlertidige ansettelser, ved at en arbeidstaker kunne ansettes midlertidig for en periode av seks måneder, og at denne perioden kunne forlenges med ytterligere seks måneder.⁹ Forslaget ble vedtatt, men loven trådte aldri i kraft. Grunnen var at man i mellomtiden fikk et regjeringsskifte fra borgerlig til sosialistisk regjering.

De andre vilkårene som nevnt innledningsvis har vært til dels mindre kontroversielle, og er et resultat av visse konkrete behov, som for eksempel idrettsengasjementer eller vikarer i ferieavvikling. Men selv om ferievikarer er uomstridt, er ikke bemanningsbransjen det, slik at også dette vilkåret fortjener en viss omtale.

Vikariat og bemanning

Loven definerer "vikariat" som "arbeid i stedet for en annen". Man kan altså i prinsippet ikke fylle en bedrift med kun vikarer. Det å være vikar er en erstatning for noen andre i disses fravær, og er altså ment å angi en tidsbegrensning for ansettelsesforholdet. Det er ikke noe krav om at man må vikariere for noen bestemte personer eller fylle bestemte arbeidsoppgaver i fraværet.

Arbeidsgiver må vurdere i henhold til det som kalles "den ulovfestede læren om retten til fast ansettelse" om arbeidskraftsbehovet er "klart midlertidig slik at det er nødvendig å ansette i et tidsbegrenset vikariat" (Sønsteli Johansen og Stueland, 2011:573). Den såkalte læren går i korthet ut på at man skal møte arbeidsutfordringer ved å bruke fast ansettelse i stedet for vikarer, dersom dette ikke medfører store ulemper for arbeidsgiver. Dette er en del av den *generelle ulovfestede læren om midlertidige ansettelser*, som i korthet går ut på at "gjentatte midlertidige ansettelser kan være urettmessige og gi krav på fast ansettelse ut fra en vurdering av virksomhetens løpende bemanningsbehov" (Sønsteli Johansen og Stueland, 2011:574). Med andre ord; dekker man konstante behov for arbeidskraft ved bruk av midlertidig ansettelsesavtaler, har arbeidstakeren etter omstendighetene krav på å bli ansett som fast ansatt.

Kort og noe upresist kan man si at vikariatets lengde i prinsippet bare begrenses av fraværet til den eller de man vikarierer for. Situasjonen kan imidlertid bli noe annerledes ved et stabilt og varig vikarbehov. Ifølge forarbeidene faller slikt vikarbehov utenfor lovens ordning. Det kan altså ikke avtales midlertidig ansettelse for hver gang en vikar påtar seg arbeid for en bedrift, eksempelvis i form av en ordning som er til forveksling lik en turnus- eller skiftordning, jf Høyesteretts dom i Rt. 2009.578.¹⁰

Det må imidlertid skilles klart mellom ordinære vikarer og vikarer som utleies fra bemanningsbyråer. Slike ansettelsesforhold reguleres ikke gjennom reglene om midlertidig ansettelse i aml § 14-9, men i egne bestemmelser i § 14-12 og § 14-13. Denne typen innleie vil variere avhengig av om innleiet skjer fra bedrift som kun driver med utleie av arbeidskraft eller fra bedrift som også produserer tjenester utover det. Disse reglene vil ikke bli behandlet i særlig grad her. Det er imidlertid verdt å merke seg at bestemmelsen i § 14-12 i en viss grad henviser til, og inkorporerer, § 14-9s regler, og da særlig retten til fast ansettelse etter fire år, jf under.¹¹

Ansettelsesforholdets lengde

Midlertidige ansettelsesforhold varer så lenge de er avtalt, men er oppad begrenset til fire år, jf § 14-9 (5). Etter ansettelse mer enn ett år inntreffer krav på en måneds frist for varsel om fratreden, jf § 14-9 (4).

Etter mer enn fire år sammenhengende ansettelse på midlertidig basis, har arbeidstaker krav på å bli ansett

som fast ansatt med det oppsigelsesvern som følger av dette. Det kan imidlertid også skje at arbeidstaker kan bli ansett for å være fast ansatt før fireårsperioden har utløpt. Utenfor regelen faller ansatte som har vært ansatt på tariffavtaler, jf § 14-9 (3), på åremål etter § 14-10 eller med andre visse unntak, som imidlertid ikke vil bli behandlet her.

Det er et krav om at arbeidsforholdet må være sammenhengende, slik at avbrudd, med mindre de er kortvarige og/eller har preg av å være ferie, medfører at det inntreffer en ny fireårsperiode ved nytt engasjement. Ved utløpet av fristen har departementet uttalt at vedkommende arbeidstaker er å anse som "fast ansatt i det arbeid vedkommende har vært midlertidig ansatt i".¹² Dette medfører naturligvis ingen begrensning i arbeidsgivers styringsrett til å omplassere i tråd med behovene i virksomheten.

Hvem er omfattet av regelen?

I utgangspunktet er alle virksomheter som ansetter arbeidstakere, omfattet av arbeidsmiljøloven. Departementet kan gi forskrift som regulerer i hvilken grad arbeidstakere i staten skal være omfattet av tjenestemannsloven jf aml § 1-2. I henhold til forskrift av 16. desember 2005 nr 1567 reguleres midlertidig ansettelse i staten av tjenestemannsloven. Tjenestemannsloven regulerer i all hovedsak stillingsvernet i staten, selv om arbeidsmiljøloven i prinsippet skulle gjelde også for offentlig virksomhet.¹³ Tjenestemannsloven har noe avvikende regler fra arbeidsmiljøloven når det gjelder ansettelse, både fast og midlertidig. Når det gjelder midlertidig ansettelse, antas det at det er en videre adgang for staten til å benytte seg av midlertidige ansettelsesavtaler enn for arbeidsforhold som reguleres etter arbeidsmiljøloven, jf § 15-3 (7) og § 15-6. Om det er dette som har ført til at staten i mye større grad benytter seg av midlertidige ansettelsesavtaler, er uklart. Det kan også være en blanding av faktorer, som særlige behov eller generell velvilje overfor staten som arbeidsgiver som gjør at staten i større grad innvilges anledning til midlertidighet i ansettelsesforhold.

Avslutning: Fungerer loven, og er det behov for endringer?

Spørsmålet er om loven fungerer, i den forstand at den etterleves i tråd med dens intensjoner, og om den er en hensiktsmessig regulering av arbeidslivet. Som sagt har bestemmelsen vært omstridt, til dels sterkt, noe lovgivningshistorikken også bærer preg av. Men det ansettes heller ikke særlig mange på korte og midlertidige arbeidskontrakter i Norge, så man kan lure på om den til dels opphetete debatten mer er et resultat av prestisjekamp mellom partene i arbeidslivet over et "oppgitt tema" enn av tvingende realiteter.

Som er klart fra tall om omfanget av slike ansettelser, står vi ikke overfor noe stort samfunnsproblem. Det har heller ikke vært endringer i bruken i tråd med konjunkturendringer. Selv om det har vært en liten generell nedgang i bruk av midlertidige ansettelser i perioden fra 1996, førte for eksempel ikke høykonjunkturen i 2004-2007 til noen særlige endringer i omfanget. Lovens bestemmelse ser derfor ikke ut til å ha noen merkbar effekt, noe som tyder på at den kunne vært formulert mye enklere og mer åpent. Som også understreket av FAFO, så kan man ikke betegne situasjonen i Norge som spesiell: "Både nivå og utvikling over tid likner for eksempel det vi finner i Danmark".¹⁴

Støtte for denne antakelsen om at bestemmelsens utforming ikke har noen nevneverdig effekt finner man ved en enkel sammenligning med Danmark, som har hatt en noenlunde lik utvikling som Norge i antall og omfang av midlertidige ansettelser. Den eneste forskjellen er at man i Danmark *ikke* har knyttet vilkår til midlertidige ansettelser før i 2003, da man etter påtrykk fra fagforeningene innførte en ordning som er i tråd med EF-retten. Det er ikke nødvendig å gå inn i de nærmere detaljene i denne innstramningen som fant sted i Danmark. Det er tilstrekkelig å vise at reguleringen ikke ga noen utslag i utviklingen av bruken av midlertidige ansettelser, en utvikling som altså ligner den vi har hatt i Norge. Vi kan da altså legge til grunn at en regulering av dette har liten betydning for den faktiske utviklingen. Troen på lovgivningens effekter er betydelig overdrevet, om vi skal ta utgangspunkt i den sterke politiske debatten som har vært ført rundt denne i praksis virkningsløse bestemmelsen. Endring i bestemmelsen fører altså ikke til noen endring i praksis, viser erfaringene fra Danmark.

Tvert imot, erfaringer fra Finland viser at en strengere regulering av adgangen til midlertidig ansatte fører til en økning i bruken av bemanningsbyråer, med de problemene det kan medføre.¹⁵

Dette er et rettssosiologisk interessant poeng av mer generell betydning, som viser at man skal være forsiktig med å anvende lovgivningens virkemidler i den tro at det finnes et en-til-en-forhold mellom en lovs intensjoner og samfunnets etterlevelse av den.

Er det noen ulemper med dagens ordning? Utover at det er uheldig rent teknisk at bestemmelsen er uklar, har uklare lovbestemmelser den effekt at de fører til mer advokatarbeid. Man har ikke lyktes med å begrense det skjønsmessige spillerommet, selv om det var nettopp det som var formålet, men man har økt behovet for partene i arbeidslivet for å kontakte advokat når man skal finne ut av hvor grensen for midlertidige ansettelser går. Dette viser rettspraksis og kompleksiteten i de høyesterettsdommene vi har om vilkåret om "arbeidets karakter".

Et annet forhold er at midlertidige ansettelser avgjort er en fordel for de mest ressursvake, nemlig uutdannete, unge og innvandrere, som gjennom dette får en anledning til å opparbeide seg kompetanse og erfaring. Som fremhevet i en FAFO-rapport om midlertidig ansettelser: "Ett år etter opprinnelig intervju har de som ønsker fast stilling oftere oppnådd fast stilling enn dem som i utgangspunktet sier at dette ikke er interessant" (Nergaard, 2004:44). Det er interessant å merke seg at fagforeningene og sittende regjering aktivt nedvurderer slike forhold til fordel for dem som allerede er vernet gjennom faste ansettelser. Det er nemlig lite som tyder på at en redusert adgang til midlertidig ansettelse fører til at man heller velger å ansette vedkommende arbeidssøker i en fast stilling. Dette fremgår også av nevnte FAFO-rapport:

"Nesten alle midlertidig ansatte har et kortvarig perspektiv på sin nåværende kontrakt. Få har en kontrakt som går utover inneværende år, og nesten ingen oppgir å ha en kontrakt som skal vare mer enn halvannet år fram i tid. Selv om en del likevel blir i en midlertidig stilling over en noe lengre tidsperiode, tyder ikke dataene på at midlertidige ansettelser i noen vesentlig grad erstatter faste ansettelser når det gjelder langsiktige tradisjonelle arbeidsforhold. Dette bør imidlertid ikke tolkes som at midlertidig ansettelser kan betraktes som noe helt annet enn «vanlige» jobber. En god del av de midlertidig ansatte har et ansettelsesforhold som neppe skiller seg fra det de fast ansatte på arbeidsplassen har, verken når det gjelder type arbeidstid eller størrelse på stilling. Den viktigste forskjellen er antakelig at disse er ganske nye på arbeidsplassen, mange er også nye på arbeidsmarkedet i betydningen at de kommer fra en utdanningssituasjon" (2004:76).

Ofte blir alternativet at man lar være å ansette noen i det hele tatt og heller pålegger sine ansatte overtid. Slik sett fører regelen til at de som allerede er innenfor, får en bedre beskyttelse og en anledning til å tjene mer penger ved bruk av overtidbestemmelsene.

Det kan være god grunn til å ha en bestemmelse som regulerer midlertidig ansettelser av hensyn til *tidsbegrensningen*. Det er altfor mange sosiale goder og rettigheter knyttet til fast ansettelse, herunder muligheten for å låne hvis man har fast ansettelse og oppsigelsesvern, som gjør at lengden bør begrenses. Men det er ingen grunn til å regulere omfanget på den måten som vi har gjort.

I denne debatten må vi huske på at også arbeidsgiver er tjent med fast ansettelse, siden det knytter arbeidstaker sterkere opp mot bedriften og derigjennom skaper lojalitet til arbeidsplass og forutsigbarhet. Og det er også et viktig element i debatten at kun halvparten av alle midlertidig ansatte faktisk *ønsker* fast arbeid (Nergaard, 2004:43). Frykten for frislipp, og at hele arbeidsstokken skal ende opp på midlertidige ansettelsesavtaler, synes betydelig overdrevet.

Man burde derfor operere med en enkel bestemmelse, hvor det sentrale er at det eksisterer en maksimal lengde på midlertidige ansettelser.

SLUTTNOTER

¹Bestemmelsen gjelder bare arbeidsavtaler og avgrenser mot bruk av vikarer og innleid arbeidskraft enten fra andre bedrifter eller som selvstendig næringsdrivende. Dette notatet avgrenses på samme måte. Notatet foregir heller ikke å inneholde en fullstendig behandling av alle reglene om midlertidig ansettelse.

²Se Innst.O nr 2 (1994-1995), s. 29 og Ot.forh. (1994-1995) s 32flg. Det ble foreslått en økt adgang til midlertidige ansettelser i i NOU 2004: 5 og Ot.prp nr. 49 (2004—2005). Disse endringsforslagene ble alle reversert ved endringslov av 21.desember 2005 nr. 121 og Ot.prp nr. 24 (2005-2006). Se også Jakhelln m.fl. *Arbeidsrett.no*, Oslo, 2011:804.

³Midlertidige ansettelser eksisterte riktignok som en form i norsk rett også før den gamle arbeidsmiljøloven av 1977, men da var ikke *omfanget* begrenset gjennom lov.

⁴Nærmere bestemt fra 12,7% til 8,3%. I OECD-området har det vært en tilsvarende *økning* i samme periode, fra 10,4% til 12,3%. Jf Arbeidskraftundersøkelsen, *Statistisk Sentralbyrå*

⁵SSB, Arbeidskraftundersøkelse, 2010.

⁶Jf, Jakhelln, 2006:245.

⁷Jf Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland (red.), *Arbeidsmiljøloven. Kommentarer og praksis*, Oslo, 2011:569.

⁸Se Jakhelln, 2011:807, med videre henvisninger.

⁹Se Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, 4.utg, Oslo, 2006:243—244.

¹⁰For en mer utførlig dekning av situasjonen ved varig og stabilt vikarbehov, se Jakhelln m.fl. 2010:811—813.

¹¹For mer om dette, se Jan Fougner og Lars Holo, *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave*, Oslo, 2006:675—693.

¹²Jf Ot.prp n. 54 (2008-2009) pkt 6.1.5.

¹³Sønsteli Johansen og Stueland, 2011:44.

¹⁴Jf, Kristine Nergaard, *Atypisk arbeid. Midlertidige ansettelser og deltidsarbeid i Norge*. Fafo, 2004:43.

¹⁵<http://www.eurofound.europa.eu/ewco/2006/04/FI0604NU04.htm>

FORFATTER: Notatet er skrevet av jurist og filosof i Civita, dr. juris Morten Kinander. morten@civita.no