

**Innleie av arbeidstakere etter
arbeidsmiljøloven § 14-12 og rettslige konsekvenser
av implementering av EUs Rådskdirektiv 2008/104/EF
om vikararbeid (vikarbyrådirektivet) i norsk rett**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 663
Leveringsfrist: 25.04.2012

Til sammen 17 999 ord

24.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Temaets bakgrunn og aktualitet	1
1.2.1	Behovet for innleid arbeidskraft	1
1.2.2	Striden om implementeringen av vikarbyrådirektivet i norsk rett	3
1.3	Rettslige utgangspunkter og hensyn bak disse	4
1.3.1	Hovedregel om fast ansettelse	4
1.3.2	Adgangen til å inngå midlertidige arbeidsavtaler	5
1.3.3	Trepartsforholdet ved innleie av arbeidstakere	6
1.4	Definisjoner og begrepsavklaring	6
1.4.1	”Innleie”	6
1.4.2	”Innleid/utleid arbeidstaker” og ”vikar”	7
1.4.3	”Vikarbyrå”	7
1.4.4	”Arbeidstaker”	8
1.4.5	”Arbeidsgiver”	8
1.5	Rettskildesituasjonen	9
1.5.1	Norsk rett	9
1.5.2	Internasjonal rett	9
1.6	Avgrensninger	9
<u>2</u>	<u>INNLEIE AV ARBEIDSTAKERE ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 14-12</u>	
	<u>FØRSTE LEDD</u>	<u>11</u>
2.1	Innledning	11
2.2	Virksomhetens formål må være å drive utleie	11

2.3	Grensen mellom innleie og entreprise	12
2.4	Arbeidsgiveransvaret for innleide arbeidstakere	13
2.4.1	Generelt om arbeidsgiveransvaret ved innleie	13
2.4.2	Ansvar for utbetaling av lønn og feriepenger	14
2.4.3	Ansvar for obligatorisk tjenstepensjon	15
2.4.4	Ansvar for skattetrekk og arbeidsgiveravgift	15
2.4.5	Ansvar for utbetaling av sykepenger	16
2.4.6	Ansvar for å tegne yrkesskadeforsikring	16
2.4.7	Ansvar for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø	17
2.4.8	Ansvar for at arbeidstiden er i samsvar med arbeidsmiljølovens krav	19
2.4.9	Ansvar for opplæring og for at arbeidstaker er kvalifisert for arbeidet	19
2.4.10	Adgangen til oppsigelse av arbeidstaker	20
2.5	Om prøvetid ("Try and hire")	21
3	<u>I HVILKE TILFELLER ER INNLEIE AV ARBEIDSTAKERE LOVLIG ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 14-12 FØRSTE LEDD</u>	22
3.1	Sammenhengen mellom innleie og midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd	22
3.2	Adgangen til midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstav a	23
3.2.1	"Arbeidets karakter"	23
3.2.2	"Arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten"	24
3.3	Adgangen til midlertidig ansettelse av vikarer etter arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstav b	25
3.3.1	Begrepet "vikariat"	25
3.3.1.1	Arbeid i stedet for en annen eller andre	25
3.3.1.2	Reelt og konkret begrenset vikariat	25
3.3.2	Varig stabilt vikarbehov	26
3.3.3	Vikariatets lengde	27

3.4	Retten til fast ansettelse ved sammenhengende innleie av arbeidstaker i mer enn fire år ("fireårsregelen")	28
3.4.1	Fireårsregelens anvendelsesområde og hensyn bak bestemmelsen	28
3.4.2	Forholdet mellom fireårsregelen og den ulovfestede læren om rett til fast ansettelse	29
3.4.3	Vilkår for rett til fast ansettelse etter fireårsregelen	29
3.4.4	Hva innholdet i den faste ansettelsen skal være	30
3.4.5	Retten til å stå i stilling ved tvist om fireårsregelen	31
3.4.6	Er fireårsregelen en god regel i praksis? - Betragtninger de lege ferenda	31
3.5	Rettsvirkninger av ulovlig innleie av arbeidstaker- arbeidsmiljøloven § 14-14	32
4	<u>VIKARBYRÅDIREKTIVET</u>	33
4.1	Vikarbyrådirektivet - et minimumsdirektiv	33
4.2	Vikarbyrådirektivets formål og anvendelsesområde	33
4.2.1	Direktivets formål	33
4.2.2	Direktivets anvendelsesområde	34
4.3	Restriksjonsforbudet - direktivets artikkel 4	35
4.3.1	Restriksjoner på bruk av innleid arbeidskraft	35
4.3.2	Forholdet mellom restriksjonsforbudet og arbeidsmiljøloven § 14-12	36
5	<u>LIKEBEHANDLINGSPRINSIPPET</u>	38
5.1	Likebehandlingsprinsippets innhold	38
5.2	Hva som skal være gjenstand for likebehandling	39
5.2.1	"Grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår"	39
5.2.1.1	Likebehandling av arbeidstidens lengde og plassering	41
5.2.1.2	Likebehandling av ferie, helligdager og andre fridager	42
5.2.1.3	Likebehandling av "lønn"	42

5.3	Sammenligningsgrunnlaget for likebehandling ved fastsettelse av innleide arbeidstakeres arbeids- og ansettelsesvilkår	45
5.4	Innleide arbeidstakeres rett til informasjon og felles goder	46
5.5	Unntak fra likebehandlingsprinsippet	47
5.6	Viktige tiltak for gjennomføring av likebehandlingsprinsippet i arbeidsmiljøloven	48
5.6.1	Generelt om gjennomføringen av likebehandlingsprinsippet	48
5.6.2	Innsynsrett for tillitsvalgte	48
5.6.3	Opplysningsplikt	51
5.6.3.1	Vikarbyråets opplysningsplikt overfor innleier	51
5.6.3.2	Innleiers opplysningsplikt overfor vikarbyrået	52
5.6.3.3	Vikarbyråets opplysningsplikt overfor den vikarbyråansatte	53
5.6.4	Innleiers solidaransvar for lønn	54
5.7	Innleiers ansvar for innleide arbeidstakeres arbeidstid	58
6	<u>AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER – MULIGE VIRKNINGER AV IMPLEMENTERING AV VIKARBYRÅDIREKTIVET I NORSK RETT</u>	<u>59</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>62</u>

1 INNLEDNING

1.1 PRESENTASJON AV TEMA

Temaet for denne fremstillingen er innleie av arbeidstakere etter arbeidsmiljøloven¹ (aml.) § 14-12 og rettslige konsekvenser for innleide arbeidstakere ved implementering av EUs Rådskdirektiv 2008/104/EF² om vikararbeid (heretter omtalt som ”vikarbyrådirektivet” eller ”direktivet”) i norsk rett.

I oppgaven vil jeg først redegjøre for hva innleie av arbeidstakere etter aml.§ 14-12 innebærer, herunder det karakteristiske trepartsforholdet som oppstår ved innleie. Jeg vil gjennomgå hovedtrekkene i de krav aml.§ 14-12 stiller til lovlig innleie og de rettsvirkninger som inntreffer ved overtredelse av disse. Deretter vil jeg redegjøre for direktivets sentrale innhold, med hovedvekt på likebehandlingsprinsippet, og vurdere hvorvidt de gjeldende vilkår for innleie i aml.§ 14-12 kan opprettholdes ved implementeringen av direktivet i norsk rett. Jeg vil så presentere viktige tiltak for å gjennomføre og effektivisere likebehandlingsprinsippet i arbeidsmiljøloven. Til slutt vil jeg synliggjøre hvordan implementeringen av vikarbyrådirektivet kan komme til å påvirke situasjonen for vikarbyråansatte, vikarbyråene og innleievirksomhetene i praksis.

1.2 TEMAETS BAKGRUNN OG AKTUALITET

1.2.1 Behovet for innleid arbeidskraft

I de fleste bransjer i arbeidslivet vil det i perioder være et behov for økt bemanning. Slike situasjoner oppstår særlig ved sykdom, ferie og permisjoner blant de ansatte, samt ved kortvarige, ofte sesongavhengige arbeidstopper. For en virksomhet med behov for midlertidig arbeidskraft kan det være et alternativ å leie inn arbeidstakere for en

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

² Europaparlaments- og rådskdirektiv 2008/104/EF 19. november 2008 om vikararbeid.

tidsbegrenset periode fra et vikarbyrå, i stedet for å foreta midlertidige ansettelser direkte i virksomheten.

En slik måte å organisere arbeidet på har blitt stadig mer vanlig det siste tiåret. Utleie av arbeidskraft var tidligere forbudt, med enkelte forskriftsfestede unntak, blant annet for utleie i kontorsektoren. Regelverket for arbeidsutleie fungerte imidlertid lite tilfredsstillende på grunn av vanskeligheter med tolkning og håndheving av reglene og endringer i arbeidsmarkedet.³ I 2000 ble det derfor foretatt en omfattende revisjon av regelverket. Utleie av arbeidskraft ble generelt tillatt, og det ble i stedet lagt restriksjoner på adgangen til innleie, som kun ble lovlig i samme utstrekning som adgangen til midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljøloven.⁴

Liberaliseringen av regelverket førte til at antallet sysselsatte i bemanningsbransjen ble mer enn fordoblet fra 2004 til 2008.⁵ I 2009 opplevde imidlertid norsk arbeidsliv en nedgang i antall vikarbyråansatte grunnet konjunkturedgangen i Europa, men denne utviklingen har nå snudd. Ifølge en rapport utarbeidet av Forskningsstiftelsen Fafo på oppdrag fra Arbeidsdepartementet høsten 2011, utgjorde andelen utleide arbeidstakere fra vikarbyrå i 2010 anslagsvis 1,7 prosent av alle lønnstakere i Norge.⁶

Selv om de vikarbyråansatte prosentvis ikke er en stor gruppe arbeidstakere, er innleie like fullt et viktig supplement til fast ansettelse for virksomheter med et midlertidig behov for arbeidskraft. De mange sakene i mediene om overtredelse av arbeidsmiljøloven vedrørende innleide vikarers lønns- og arbeidsvilkår illustrerer imidlertid at innleide arbeidstakere utgjør en utsatt gruppe. Særlig innen helse- og omsorgssektoren har det de siste årene blitt oppdaget stadig nye tilfeller av brudd på arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidsmiljø og arbeidstid, som utilfredsstillende HMS-system, bruk av doble vakter og manglende overtidsbetaling. Undersøkelser tyder på at innleide arbeidstakere gjennomgående har dårligere lønnsvilkår enn arbeidstakere

³ NOU 1998:15 Del V.

⁴ Se aml.§ 14-12 første ledd, jf. aml.§ 14-9 første ledd.

⁵ Fafo, Rapport 2011:33 (2011) s.13.

⁶ Ibid. s. 50.

som er direkte ansatt i innleievirksomheten.⁷ I tillegg er få vikarbyråansatte garantert lønn mellom oppdragene (garantilønn).⁸ Den økende arbeidsinnvandringen, særlig fra Øst-Europa, har bidratt til å sette fokus på at mange innleide arbeidstakere har dårlige lønns- og arbeidsvilkår. I 2006 vedtok Stortinget en omfattende handlingsplan mot sosial dumping.⁹

1.2.2 Striden om implementeringen av vikarbyrådirektivet i norsk rett

Norsk arbeidsrett er i stadig økende grad gjenstand for påvirkning fra EU. Ved inngåelsen av EØS-avtalen i 1994 ble det meste av arbeidsretten integrert i EUs indre marked, og ble således omfattet av regelverket for fri bevegelse av varer, tjenester, kapital og personer, herunder arbeidskraft.¹⁰ Det foregår en kontinuerlig lovgivningsprosess i EU, og alle rettsakter som gjelder det indre marked skal i utgangspunktet tas inn i EØS-avtalen, med mindre det unntaksvis ikke anses som EØS-relevant, eller EFTA-landene benytter seg av sin reservasjonsrett¹¹. Etter at det er truffet vedtak om innlemmelse skal landene gjennomføre disse rettsaktene i sin nasjonale lovgivning og praksis.

Den siste tiden har det pågått en omfattende rettspolitisk debatt om implementeringen av vikarbyrådirektivet i norsk rett. Direktivet ble vedtatt av Europaparlamentet og Rådet for den Europeiske Union 19.november 2008, og fristen for gjennomføring av direktivet i nasjonal rett var 5.desember 2011.¹² Vikarbyrådirektivet omhandler regler for inn- og utleie av arbeidskraft fra vikarbyrå, og har som formål å bedre innleide arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår ved å innføre et prinsipp om likebehandling mellom innleide arbeidstakere og ansatte i innleievirksomheten. Høsten 2010 sendte Arbeidsdepartementet ut et notat om vikarbyrådirektivets konsekvenser på offentlig

⁷ Econ Pöyry, Rapport 2009-083 (2009) s. 79.

⁸ Se Econ Pöyry, Rapport 2009-083 (2009) s. 72 som opplyser at 43 prosent av vikarbyråansatte er midlertidig ansatt uten garantilønn, mens 20 prosent er fast ansatt uten garantilønn.

⁹ Se St. meld. nr. 2 (2005-2006) punkt 3.6.

¹⁰ Se EØS-avtalen del II og III.

¹¹ Reservasjonsretten er EFTA-landenes mulighet til å motsette seg nye rettsakter fra EU. Foreløpig har verken Norge eller de andre EFTA-landene benyttet seg av denne retten.

¹² Se Prop. 74 L punkt 2.1 for nærmere redegjørelse av bakgrunnen for direktivet.

høring.¹³ Dette har ført til bred debatt og stor uenighet om direktivets mulige virkninger for norsk arbeidsliv. Ettersom aml.§ 14-12 begrenser adgangen til innleie fra vikarbyrå, oppstår det spørsmål om denne bestemmelsen utgjør en ulovlig restriksjon som medfører at den nåværende begrensning på bruk av innleid arbeidskraft må oppheves. Dette skaper frykt for at implementering av direktivet skal undergrave vår hovedregel om faste ansettelser. I tillegg er det uenighet om likebehandlingsprinsippets innhold og hvordan prinsippet skal gjennomføres. I desember 2011 foretok derfor Arbeidsdepartementet en tillegghøring om forslag til en omfattende tiltakspakke som har til formål å sikre en tilfredsstillende gjennomføring av direktivet i norsk rett. Tiltakspakken inneholder blant annet forslag om rett til innsyn i lønns- og arbeidsvilkår og opplysningsplikt for partene ved innleie fra vikarbyrå.¹⁴

Til tross for at vikarbyrådirektivet har møtt sterk motstand i Norge, blant annet fra to av regjeringspartiene og fagbevegelsen, tilrådet Regjeringen 9.mars 2012 at Stortinget innlemmer direktivet i EØS-avtalen.¹⁵ I Stortingsproposisjon 30. mars 2012 er det fremmet forslag til lovvedtak i arbeidsmiljøloven, tjenestemannsloven og ferieloven for å gjennomføre direktivets prinsipp om likebehandling i norsk rett.¹⁶ Denne fremstillingen vil kun omhandle de endringer som er foreslått i arbeidsmiljøloven.

1.3 RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER OG HENSYN BAK DISSE

1.3.1 Hovedregel om fast ansettelse

Arbeidsmiljølovens utgangspunkt er at arbeidstaker skal ansettes fast.¹⁷ Dette innebærer at arbeidsavtalen inngås for et ubestemt tidsrom, i motsetning til en midlertidig ansettelse som normalt opphører uten noen form for oppsigelse.¹⁸ Hensynet bak denne

¹³ Arbeidsdepartementets høringsnotat, *Høring om konsekvenser av vikarbyrådirektivet* (2010).

¹⁴ Arbeidsdepartementets høringsnotat, *Høring - Forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterleveres* (2011).

¹⁵ Prop. 69 S Samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2008/104/EF om vikararbeid (vikarbyrådirektivet).

¹⁶ Prop. 74 L (2011-2012) Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv.

¹⁷ aml. § 14-9 første ledd første punktum.

¹⁸ aml. § 14-9 femte ledd første punktum.

hovedregelen er å hindre omgåelser og uthuling av arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern¹⁹, da en midlertidig ansatt ikke vil ha det samme oppsigelsesvernet som en fast ansatt. Eksempler på dette er manglende oppsigelsesfrist og manglende rett til å stå i stillingen ved tvist om usaklig oppsigelse.²⁰

Hovedregelen om fast ansettelse harmonerer godt med arbeidsmiljølovens formål i § 1-1 bokstav b om ”å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet”. Det er også i samsvar med uttalelser i vikarbyrådirektivets fortale om at tidsbegrensede arbeidsavtaler er den vanlige form for ansettelsesforhold.²¹ I forarbeidene til arbeidsmiljøloven har departementet uttalt at fast ansettelse

*”... innebærer stabile og forutsigbare rammebetingelser for begge parter i et arbeidsforhold ...[og] sikrer... en saklig og forsvarlig prosess i forbindelse med oppsigelse”.*²²

Arbeidstaker skal, som den svake part i arbeidsrelasjonen, vernes mot den usikkerhet en midlertidig arbeidsavtale medfører.

1.3.2 Adgangen til å inngå midlertidige arbeidsavtaler

Selv om hovedregelen er fast ansettelse, er det utvilsomt slik at en arbeidsgiver i en del tilfeller har behov for å inngå tidsbegrensede arbeidsavtaler. Mot hensynet til arbeidstakers stillingsvern står hensynet til arbeidsgivers behov for fleksibilitet. Arbeidsmengden i virksomheten kan variere, og det kan være nødvendig for en virksomhet å tilpasse sin bruk av arbeidskraft i slike perioder ved hjelp av midlertidig arbeidskraft.²³ Det forekommer også ofte at virksomhetens ansatte av ulike grunner er fraværende, for eksempel ved ferie, sykdom eller permisjon, og dette skaper et behov for tidsbegrensede arbeidsavtaler. Av disse grunner åpner lovverket for at slike avtaler kan inngås på bestemte vilkår.

¹⁹ Se aml. kap. 15.

²⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 164.

²¹ Se fortale avsnitt 15. Se også Rådsdirektiv 1999/70/EF om midlertidig ansettelse.

²² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 208.

²³ Jakhelln (2006) s. 243.

1.3.3 Trepartsforholdet ved innleie av arbeidstakere

Arbeidsmiljøloven § 14-12 og § 14-9 regulerer henholdsvis adgangen til arbeidsinnleie og adgangen til å foreta midlertidig ansettelse direkte i virksomheten. Dette er to alternative måter å dekke inn et behov for midlertidig arbeidskraft på. Arbeidsinnleie medfører at det oppstår et trepartsforhold bestående av utleier, innleier og arbeidstaker, i motsetning til regulære midlertidige arbeidsforhold som kun består mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Mellom utleier og arbeidstaker eksisterer det et ansettelsesforhold, som kan være fast eller midlertidig, mens det mellom utleier og innleier eksisterer et vanlig kontraktsforhold. Utleier og innleier kan således avtale fritt seg i mellom hvor lenge arbeidstaker skal leies inn og hvilken pris innleier skal betale for dette. I tillegg oppstår det en tilknytning mellom arbeidstaker og innleier, ettersom det er i innleievirksomheten arbeidstaker utfører arbeidet. Innleier vil eksempelvis ha instruksjonsrett overfor arbeidstaker i den perioden arbeidstaker arbeider hos innleier. Ved innleie må arbeidstaker derfor forholde seg til både sin egen arbeidsgiver, som er utleier, og til innleier, som er den arbeidstaker utfører arbeidet hos. Trepartsforholdet reiser med dette særlige problemstillinger som vil bli belyst underveis i denne oppgaven.

1.4 DEFINISJONER OG BEGREPSAVKLARING

1.4.1 "Innleie"

Arbeidsmiljøloven definerer ikke begrepet innleie. Arbeidsmarkedsloven²⁴ § 25 andre ledd gir imidlertid veiledning om hvordan begrepet skal forstås. Bestemmelsen definerer det motsatte begrepet "utleie" som "*leie av arbeidstakere fra en arbeidsgiver (utleier) til en oppdragsgiver (innleier) der de innleide er underlagt oppdragsgivers ledelse*". Bestemmelsen erstatter tidligere sysselsettingsloven²⁵ § 27, som definerte utleie som "*å stille egne ansatte til disposisjon for en oppdragsgiver når disse er underlagt oppdragsgivers ledelse*". I forarbeidene til denne bestemmelsen uttalte departementet at innholdet i begrepet innleie skal forstås på samme måte som

²⁴ Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester.

²⁵ Lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting (opphevet ved lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven)).

utleiebegrepet.²⁶ I denne fremstillingen vil jeg benytte betegnelsen ”innleier” eller ”innleievirksomheten” om den virksomhet som leier inn arbeidstaker, og ”utleier” eller ”vikarbyrået” om den virksomhet som leier ut arbeidstaker til å utføre arbeid hos innleier i medhold av aml.§ 14-12.

1.4.2 ”Innleid/utleid arbeidstaker” og ”vikar”

Trepartsforholdet som oppstår ved innleie av arbeidskraft fører til at arbeidstaker i denne oppgaven noen ganger blir omtalt som ”innleid”, og andre ganger som ”utleid”. Der jeg betegner arbeidstaker som ”innleid” viser det til forholdet mellom arbeidstaker og innleier, mens ”utleid” viser til forholdet mellom arbeidstaker og vikarbyrået. Betegnelsene ”vikarbyråansatt” og ”arbeidstaker” vil også benyttes.

Begrepet ”vikar” kan ha flere ulike betydninger. I aml.§ 14-9 første ledd bokstav b benyttes vikarbegrepet i en snever betydning om en som utfører arbeid ”... *i stedet for en annen eller andre [arbeidstakere]*”. Det forekommer imidlertid ofte at innleide arbeidstakere kalles ”vikarer”, men da i en videre betydning som omfatter alle lovlig måter å leie inn arbeidstakere på.²⁷ Vikarbyrådirektivet legger også en vid definisjon av vikarbegrepet til grunn. Her defineres ”vikar” i artikkel 3. nr. 1 bokstav c som ”... *en arbeidstaker som har en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold med et vikarbyrå med sikte på å bli leid ut til et brukerforetak for å arbeide midlertidig under dets tilsyn og ledelse*”. I vikarbyrådirektivets forstand vil begrepene ”innleid/utleid arbeidstaker” og ”vikar” ha samme betydning. På grunn av denne forskjellen i begrepsbruken vil jeg i denne oppgaven først og fremst benytte ”innleid/utleid arbeidstaker” for å forhindre misforståelser. Der jeg benytter begrepet ”vikar” vil jeg presisere om det benyttes i en vid eller snever betydning.

1.4.3 ”Vikarbyrå”

”Vikarbyrå” defineres i direktivets artikkel 3 nr. 1 bokstav b som ”... *enhver fysisk eller juridisk person som ... inngår arbeidsavtaler eller arbeidsforhold med arbeidstakere*

²⁶ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 41.

²⁷ Fougner, Kommentarutgave (2006) s. 659.

med sikte på å leie dem ut til brukerforetak²⁸ for midlertidig arbeid under deres tilsyn og ledelse”. Forskrift om bemanningsforetak § 1 definerer ”bemanningsforetak” som ”... virksomhet som har til formål å drive utleie av arbeidskraft”. Det kan argumenteres for at ”bemanningsforetak” er en mer presis betegnelse. Begrepet ”vikarbyrå” kan gi inntrykk av at det kun er snakk om utleie av vikarer i snever betydning, jf. punkt 1.4.2, men arbeidsleie etter aml.§ 14-12 skjer i videre utstrekning enn dette.²⁹ Forarbeidene benytter begge betegnelser, og legger til grunn at disse har samme betydning.³⁰ Jeg velger å bruke ”vikarbyrå” i denne fremstillingen, både fordi dette benyttes i den danske og norske oversettelsen av direktivet, og fordi det generelt er den mest brukte norske betegnelsen.

1.4.4 ”Arbeidstaker”

Begrepet ”arbeidstaker” skal i arbeidsmiljøloven forstås som ”... enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”, jf. aml.§ 1-8 første ledd. I vikarbyrådirektivet uttales det i artikkel 3 nr. 1 bokstav a og nr. 2 at det er den nasjonale forståelsen av arbeidstakerbegrepet som skal legges til grunn. Begrepet vil derfor ha samme innhold der det brukes i forbindelse med direktivet.

1.4.5 ”Arbeidsgiver”

I aml.§ 1-8 andre ledd defineres arbeidsgiver som ”... enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”. Dette må i utgangspunktet forstås som en speilvendning av arbeidstakerbegrepet.³¹ Arbeidsgiverbegrepet er imidlertid ikke et fastlagt begrep. I forarbeidene uttales det at hvem som skal anses som arbeidsgiver beror på hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver. Det åpnes likevel for at arbeidsgiveransvaret kan pålegges flere der dette etter en konkret vurdering anses rimelig, for eksempel der andre enn den formelle arbeidsgiver har opptrådt som

²⁸ Begrepet skal ifølge vikarbyrådirektivets artikkel 3 nr. 1 bokstav d forstås som ”... enhver fysisk eller juridisk person som en vikar [i vid betydning, jf. punkt 1.4.2] arbeider midlertidig for og under tilsyn og ledelse av”, dvs. innleier.

²⁹ Se punkt 3 om når innleie er tillatt etter aml.§ 14-12.

³⁰ Prop. 74 L (2011-2012) punkt 4.1.

³¹ arbeidsrett.no, Kommentarutgave (2011) s. 843.

arbeidsgiver og utøvet arbeidsgiverfunksjoner.³² Dette er særlig aktuelt ved innleie av arbeidstakere. En nærmere redegjørelse for plassering av arbeidsgiveransvaret ved innleie foretas i punkt 2.4.

1.5 RETTSKILDESITUASJONEN

1.5.1 Norsk rett

To sentrale rettskilder som benyttes i denne fremstillingen er arbeidsmiljøloven med tilhørende forarbeider. Ettersom både aml. §§ 14-9 og 14-12 er videreføringer av henholdsvis aml. av 1977 §§ 58A og 55K, vil forarbeidene til disse nå opphevede bestemmelsene fortsatt være relevante rettskilder. Særlovgivning og rettspraksis vil bli nevnt der dette er viktig for forståelsen.

De foreslåtte endringer i arbeidsmiljøloven i forbindelse med implementeringen av vikarbyrådirektivet i norsk rett er i skrivende stund ikke vedtatt i Stortinget. Fremstillingen vil derfor på dette punkt hovedsakelig bygge på de aktuelle forarbeider som foreligger, det vil si Stortingsproposisjonen, Arbeidsdepartementets høringsnotat og høringsinstansenes uttalelser.

1.5.2 Internasjonal rett

De viktigste internasjonale rettskilder på arbeidsrettens område er EU- og EØS-rett, og i denne fremstillingen står vikarbyrådirektivet sentralt. Jeg har valgt å benytte den norske oversettelsen av direktivet som er inntatt i Prop. 69 S (2011-2012), selv om denne versjonen foreløpig er uoffisiell. I utkastet til beslutning i EØS-komiteen om å innlemme direktivet i EØS-avtalen kreves det at den norske versjonen gis gyldighet.³³

1.6 AVGRENSNINGER

Denne fremstillingen omhandler rettslige konsekvenser av implementering av vikarbyrådirektivet ved innleie av arbeidstakere etter aml. § 14-12. Jeg vil således ikke redegjøre for adgangen til innleie etter tjenestemannsloven § 3 A, eller de lovendringer som foreslås i denne loven. Jeg vil heller ikke komme inn på de foreslåtte endringer i

³² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 76.

³³ Prop. 69 S (2011-2012) Vedlegg 1 artikkel 2.

ferieloven. Vikarbyrådirektivet har også en side til både EØS-avtalens tjenesteregler og utsendingsdirektivet, som jeg kort vil nevne under redegjørelsen for direktivets innhold, men ikke behandle inngående.³⁴

Når det gjelder adgangen til innleie fra vikarbyrå i aml.§ 14-12 kan det oppstå en uklar grense mot adgangen til innleie fra såkalte produksjonsvirksomheter³⁵ i aml.§ 14-13. Denne grensen skisseres i punkt 2.2. Jeg vil imidlertid ikke foreta en nærmere redegjørelse for innholdet i aml.§ 14-13, da dette ville favne for vidt i forhold til oppgavens ordlyd. En slik avgrensning følger også naturlig av at vikarbyrådirektivet ikke omfatter arbeidsleie etter denne bestemmelsen. Jeg vil heller ikke ta for meg de krav som stilles til utleie av arbeidstakere i arbeidsmarkedsloven § 27.

Det avgrenses videre mot en nærmere gjennomgang av adgangen til midlertidige ansettelser etter § 14-9 første ledd bokstav c-e, da disse alternativene ikke har særlig stor betydning i praksis. For øvrig vil jeg nevne tariffavtaleregulering der dette er særlig relevant, men ikke redegjøre nærmere for innholdet i slik regulering. Det betyr blant annet at den mulighet som fremgår i aml.§ 14-12 andre ledd til å inngå skriftlig avtale om tidsbegrenset innleie uten hinder av begrensningen i aml.§ 14-12 første ledd, faller utenfor denne fremstillingen.

³⁴ Se vikarbyrådirektivets fortale avsnitt 22.

³⁵ Se definisjon i punkt 2.2.

2 INNLEIE AV ARBEIDSTAKERE ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 14-12 FØRSTE LEDD

2.1 INNLEDNING

Arbeidsmiljøloven § 14-12 regulerer virksomheters adgang til å leie inn arbeidstakere ved et midlertidig behov for arbeidskraft. Innleie av arbeidskraft forutsetter som nevnt i punkt 1.3.3 at det foreligger et trepartsforhold; den innleide arbeidstaker må være ansatt hos en annen arbeidsgiver enn innleiebedriften, nærmere bestemt hos utleier.³⁶

2.2 VIRKSOMHETENS FORMÅL MÅ VÆRE Å DRIVE UMLEIE

Det følger direkte av ordlyden i aml.§ 14-12 første ledd at det er et krav at den virksomheten arbeidstaker leies inn fra har til formål å drive utleie av arbeidskraft. I forarbeidene uttales det at

*”[en v]irksomhet som regelmessig leier ut tilsatte og har innrettet sin virksomhet med det formål å tilby utleie, ikke bare sporadisk eller som resultat av overskudd på arbeidskraft, vil ... være å betrakte som virksomhet som har til formål å drive utleie”.*³⁷

Dette vil typisk gjelde vikarbyråer, som nettopp har utleie av arbeidskraft som sin forretningsidé.³⁸ Formålet om å drive utleie skiller aml.§ 14-12 fra aml. § 14-13. Arbeidsmiljøloven § 14-13 omfatter først og fremst utleie fra virksomheter som driver egen produksjon. Disse kan leie ut sine ansatte som et alternativ til permittering eller oppsigelse i de tilfeller markedssvingninger medfører et mindre behov for arbeidskraft. Arbeidsmiljøloven § 14-13 første ledd stiller som krav at arbeidstaker er fast ansatt hos utleier for at innleie skal være tillatt. Risikoen for omgåelse av arbeidsmiljølovens hovedregel om at arbeidstaker skal ansettes fast antas derfor å være minimal når

³⁶ arbeidsrett.no, Kommentarutgave (2011) s. 832.

³⁷ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44.

³⁸ Fougner, Kommentarutgave (2006) s. 679.

arbeidstaker leies ut fra en produksjonsvirksomhet, i motsetning til der utleie skjer fra et vikarbyrå hvor aml.§ 14-12 ikke oppstiller noe krav om fast ansettelse.

Fordi adgangen til innleie er videre etter aml.§ 14-13 er det viktig å trekke et klart skille mellom de to bestemmelsene. I praksis kan dette imidlertid være utfordrende og kan variere over tid, for eksempel i tilfeller der vikarbyråene går gradvis over til å drive konsulentvirksomhet i stedet for å leie ut arbeidstakere for å dekke et midlertidig behov for arbeidskraft, eller benytter de ansatte i virksomhetens egne prosjekter. Det må derfor foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av om virksomhetens formål er å drive utleie i hvert enkelt tilfelle. Det fremgår av forarbeidene og juridisk teori at momenter i denne vurderingen er virksomhetens art, utleiens omfang økonomisk og personellmessig sett, utleiens hyppighet og hvor stor andel utleien utgjør av virksomheten.³⁹ Hvilket formål utleievirksomheten selv legger til grunn er ikke avgjørende; det er det reelle forholdet som skal vurderes.

Arbeidsmiljøloven § 14-13 første ledd andre punktum oppstiller visse vilkår for at en virksomhet skal anses å drive egen produksjon. Utleie må skje innenfor de fagområdene som utgjør utleiers hovedbeskjeftigelse, og må ikke overstige 50 prosent av de fast ansatte hos utleier. Dette får direkte betydning for tolkningen av aml.§ 14-12. Dersom vilkårene i aml.§ 14-13 ikke er oppfylt, vil virksomheten anses for å ha til formål å drive utleie. Bestemmelsen er imidlertid en minimumsbestemmelse, og kan ikke leses antitetisk; det kan foreligge utleieformål selv om det leies ut innenfor de fagområdene som utgjør utleiers hovedbeskjeftigelse, og/eller selv om utleie utgjør mindre enn 50 prosent av utleiers fast ansatte. Det er virksomhetens formål som er det avgjørende.⁴⁰

2.3 GRENSEN MELLOM INNLEIE OG ENTREPRISE

Innleie av arbeidskraft har en grense mot kjøp av oppdrag og tjenester, ofte betegnet som entreprise. Entreprise ligger utenfor virkeområdet for aml.§ 14-12, men i noen tilfeller kan det være problematisk å fastslå om det aktuelle kontraktsforholdet skal karakteriseres som entreprise eller innleie. Forarbeidene oppstiller en rekke momenter

³⁹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 43-44 og arbeidsrett.no, Kommentartutgave (2011) s. 842.

⁴⁰ arbeidsrett.no, Kommentartutgave (2011) s. 842

som er relevante i denne vurderingen, blant annet hvem som leder arbeidet, om det er avtalt fast pris eller timepris, hvem som har ansvaret for det utførte arbeidet, om arbeidsoppgavene er ubestemte eller klart avgrenset, og hvem som stiller materialer og verktøy til disposisjon.⁴¹ Dersom utleier har påtatt seg et selvstendig oppdrag med en resultatforpliktelse overfor innleier for det arbeid den utleide arbeidstaker utfører, taler dette sterkt for at det foreligger entrepriser.⁴² Ved entrepriser vil det også som regel være avtalt en fast pris for arbeidet, og entreprenøren benytter seg av egne materialer og verktøy.⁴³ Ved vurderingen må det i tillegg foretas en konkret fortolkning av avtalen, og tas i betraktning hva partene har ment og deres etterfølgende opptreden.⁴⁴ Det er de reelle forhold som avgjør om det foreligger innleie eller entrepriser.

2.4 ARBEIDSGIVERANSVARET FOR INNLEIDE ARBEIDSTAKERE

2.4.1 Generelt om arbeidsgiveransvaret ved innleie

En arbeidsgiver har en rekke plikter overfor sine ansatte, et såkalt arbeidsgiveransvar. Arbeidsgiveransvaret fremgår dels av aml.§ 2-1 og dels av særlovgivningen, og innebærer blant annet at arbeidsgiver har ansvaret for å utbetale lønn, foreta skattetrekk, lære opp sine ansatte, og for øvrig sørge for at arbeidsforholdet til enhver tid er i samsvar med arbeidsmiljølovens regler.

Ved innleie av arbeidstakere etter aml.§ 14-12 oppstår spørsmålet om det er utleier eller innleier som skal anses som den innleides arbeidsgiver og bære arbeidsgiveransvaret. Som nevnt i punkt 2.1.1 forutsetter innleie av arbeidskraft etter aml.§ 14-12 at arbeidstaker er ansatt hos utleier, ikke hos innleier, og det må derfor være utleier som er den ansvarlige arbeidsgiver i arbeidsmiljølovens forstand. For de deler av arbeidsgiveransvaret som fremgår av særlovgivningen kan det være små nyanseforskjeller i definisjonen av ”arbeidsgiver” i den enkelte lov.

⁴¹ NOU 1998: 15 s. 46 og Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 16.

⁴² arbeidsrett.no, Kommentirutgave (2011) s. 840. Se også RG 2004/105 (Frostatting).

⁴³ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 16.

⁴⁴ LB -2004-102939 (Borgarting).

Det karakteristiske trepartsforholdet som gjør seg gjeldende ved innleie medfører imidlertid at den innleide arbeidstaker arbeider under innleiers ledelse og kontroll. Noen av de plikter og funksjoner som tilligger arbeidsgiver utøves dermed også av innleier. Dette kan etter omstendighetene gi rom for å pålegge utleier og innleier et delt arbeidsgiveransvar.⁴⁵ I det følgende skal det redegjøres for viktige sider ved arbeidsgiveransvaret, og i hvilke tilfeller ansvaret påhviler både utleie- og innleievirksomheten.

2.4.2 Ansvar for utbetaling av lønn og feriepenger

En av de mest sentrale pliktene en arbeidsgiver har er plikten til å utbetale lønn til arbeidstaker. Ettersom arbeidstaker er ansatt hos utleier, er som hovedregel utleier ansvarlig for utbetaling av lønn og feriepenger til den utleide arbeidstaker.⁴⁶ Dette vil ofte være fastsatt i den skriftlige arbeidsavtalen som etter aml. § 14-5 skal være inngått mellom dem.⁴⁷ Det er i utgangspunktet også opp til utleier og arbeidstaker å avtale hvilken lønn arbeidstaker skal ha for å utføre arbeidet, med mindre allmenngjøringsloven⁴⁸ kommer til anvendelse. Allmenngjøringsloven skal sikre at utenlandske arbeidstakere, som arbeider i Norge, får lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har.⁴⁹ I mange tilfeller har imidlertid ikke utleide arbeidstakere lønn mellom oppdragene. Dette gjør det økonomisk usikkert å arbeide i vikarbyråbransjen.

Innleier betaler på sin side normalt et avtalt vederlag til utleier for å leie inn arbeidstaker. Det kan imidlertid avtales at innleier skal overta ansvaret for å utbetale lønn og feriepenger til arbeidstaker.⁵⁰ Innenfor sitt virkeområde oppstiller allmenngjøringsloven § 13 et solidaransvar for innleier vedrørende utbetaling av lønn og feriepenger til innleide arbeidstakere i de tilfeller utleier misligholder sin forpliktelse.

⁴⁵ arbeidsrett.no, Kommentartutgave (2011) s. 832 og Fougner, Kommentartutgave (2006) s. 678.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 88 (2008-2009) punkt 4.2.1 og arbeidsrett.no, Kommentartutgave (2011) s. 833.

⁴⁷ Se også aml.§ 14-6 første ledd bokstavene a, g og i.

⁴⁸ Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.

⁴⁹ Se allmenngjøringsloven §§ 1 og 2.

⁵⁰ arbeidsrett.no, Kommentartutgave (2011) s. 833 og Rt. 1985/977.

2.4.3 Ansvar for obligatorisk tjenstepensjon

Tjenstepensjonsloven⁵¹ § 1 annet ledd, jf. § 2, bestemmer at ”*ethvert ... rettssubjekt som har arbeidstaker i sin tjeneste*” er pliktig til å opprette tjenstepensjonsordning etter foretakspensjonsloven⁵² eller innskuddspensjonsloven⁵³. Selv om den innleide arbeidstaker arbeider i innleievirksomheten, er vedkommende ansatt i vikarbyrået. Det er således vikarbyrået som har ansvaret for å opprette tjenstepensjonsordning for den ansatte som er utleid. Ved en innskuddsbasert pensjonsordning bærer vikarbyrået også ansvaret for den årlige premieinnbetaling som fremgår av innskuddspensjonsloven § 5-5, jf. tjenstepensjonsloven § 4, mens en ytelsesbasert ordning etter tjenstepensjonsloven § 5 medfører at vikarbyrået har ansvaret for at pensjonen holder et visst nivå utover folketrygden.

2.4.4 Ansvar for skattetrekk og arbeidsgiveravgift

I skattebetalingsloven⁵⁴ § 4-1 første ledd bokstav c fremgår det at arbeidsgiver er den som ”... *selv eller ved fullmektig utbetaler lønn eller annen godtgjørelse eller ytelse som det skal foretas forskuddstrekk eller utleggstrekk i*”. Dette er et forholdsvis vidt arbeidsgiverbegrep, som er begrunnet i hensynet til en effektiv gjennomføring av skatteplikten. Arbeidsgiver skal ikke kunne fri seg fra sin plikt til å foreta skattetrekk ved å overlate utbetaling av lønn til andre.⁵⁵ Som nevnt i punkt 2.4.2 er det utleier som i utgangspunktet er ansvarlig for utbetaling av lønn til arbeidstaker, og av den grunn er det også normalt utleier som skal foreta forskuddstrekk i lønnen.

Plikten til å betale arbeidsgiveravgift fremgår av folketrygdloven⁵⁶. Folketrygdloven har ingen generell definisjon av arbeidsgiverbegrepet, men det følger av lovens forarbeider at begrepet arbeidsgiver skal forstås som ”[e]nhver som har noen ansatt i sin tjeneste...”.⁵⁷ Ved innleie er arbeidstaker ansatt hos utleier, og etter folketrygdloven

⁵¹ Lov 21. desember 2005 nr. 124 om obligatorisk tjenstepensjon.

⁵² Lov 24. mars 2000 nr. 16 om foretakspensjon.

⁵³ Lov 24. november 2000 nr. 81 om innskuddspensjon i arbeidsforhold.

⁵⁴ Lov 17. juni 2005 nr. 67 om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav.

⁵⁵ Se Skattebetalingshåndboken (2010) punkt 4-1.3.3 om Forskrift 21. desember 2007 nr. 1766.

⁵⁶ Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd.

⁵⁷ NOU 1990: 20 s. 708.

§ 23-2 er det således utleier som har ansvaret for å betale arbeidsgiveravgift av lønn og annen godtgjørelse for arbeid.

Det følger imidlertid både av skattebetalingsloven § 4-1 annet ledd og folketrygdloven § 24-3 tredje ledd at det eksisterer et solidaransvar mellom utleier og innleier når det gjelder skatt og avgift for arbeidsforholdet. Formålet med bestemmelsene er ”... å lette kontrollen og innfordringen for skattemyndighetene, når ansvarsforholdene etter skattebetalingsloven er uklare”.⁵⁸ Konsekvensen av dette er at innleier kan avkreves for skattetrekk og arbeidsgiveravgift som er utlignet på utleier, dersom utleier forsømmer sin plikt.⁵⁹ Det er etter aml. § 4-1 annet ledd tredje punktum mulig for innleier og utleier å avtale at solidaransvaret likevel ikke skal gjelde, slik at bare en av dem står ansvarlig for skattetrekk og innbetaling av arbeidsgiveravgift. En slik avtale må godkjennes av skattemyndighetene ved søknad for å være gyldig, og normalt gis det fritak for innleieperioden, begrenset til ett år av gangen.⁶⁰

2.4.5 Ansvar for utbetaling av sykepenger

Ifølge folketrygdloven § 8-18 er det arbeidsgiver⁶¹ som skal utbetale sykepenger til arbeidstaker i arbeidsgiverperioden. Ettersom arbeidstaker er ansatt hos utleier, er det således utleier som har ansvaret for at sykepenger utbetales.

2.4.6 Ansvar for å tegne yrkesskedeforsikring

Når det gjelder yrkesskedeforsikring, som skal dekke tap, utgifter og erstatning i forbindelse med sykdom eller skade som arbeidstaker er påført i arbeidssammenheng, følger det av yrkesskedeforsikringsloven⁶² § 3 at arbeidsgiver skal tegne slik forsikring. I yrkesskedeforsikringsloven § 2 defineres arbeidsgiver som ”... *det offentlige og enhver annen som i eller utenfor ervervsvirksomhet har noen i sin tjeneste*”.

⁵⁸ Se Skattebetalingshåndboken (2010) punkt 4-1.4 om Forskrift 21. desember 2007 nr. 1766.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 88 (2008-2009) punkt 4.2.3 og arbeidsrett.no, Kommentarutgave (2011) s. 835.

⁶⁰ Skattebetalingshåndboken (2010) punkt 4-1.4 om Forskrift 21. desember 2007 nr. 1766. Se også Finansdepartementets brev av 21. august 1991 om praksis ved avgjørelse om fritak for solidaransvar, uttrykt i Sk-melding 12/1992 punkt 2 (Utv. 1992 s. 1013).

⁶¹ Se punkt 2.4.4 om arbeidsgiverbegrepet i folketrygdloven.

⁶² Lov 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskedeforsikring.

Justisdepartementets lovavdeling har i to prinsipputtalelser fra 1999 og 2006 uttalt at det ved innleie av arbeidskraft i utgangspunktet er innleier som må anses som arbeidsgiver i lovens forstand, og som derfor plikter å tegne forsikring etter yrkesskedeforsikringsloven. Begrunnelsen er at det som regel er innleier som har best kunnskap og kontroll over de forhold som avgjør hvilken risiko arbeidstaker utsettes for på arbeidsplassen, og som enklest kan iverksette tiltak for å redusere denne risikoen.⁶³

Det kan imidlertid gjøres unntak etter en konkret vurdering, blant annet i tilfeller der utleien er ”... *et rutinemessig, inntektsgivende element i utleierens virksomhet*”.⁶⁴ Dette vil være typisk for utleie av arbeidstakere fra vikarbyråer, og i slike tilfeller er det derfor naturlig å legge til grunn at plikten til å tegne yrkesskedeforsikring likevel påhviler utleier.

Det fremheves også i lovavdelingens prinsipputtalelse fra 2006 at yrkesskedeforsikringsloven er ufravikelig for så vidt gjelder hvem som har ansvaret for å tegne yrkesskedeforsikring. Det er alltid den som etter en konkret vurdering er arbeidsgiver i lovens forstand som bærer ansvaret. Inn- og utleiebedriftene kan derfor ikke inngå avtale om hvem av dem som skal regnes som ansvarlig arbeidsgiver etter yrkesskedeforsikringsloven. Det er imidlertid mulig å avtale at innleier skal betale forsikringspremien på vegne av utleier.⁶⁵

2.4.7 Ansvar for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø

Av aml. § 2-2 første ledd bokstav a fremgår det at det foreligger et delt arbeidsgiveransvar mellom utleier og innleier for at innleide arbeidstakere skal sikres et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Det vil som regel ikke være mulig for utleier å kontrollere at arbeidsforholdene hos innleier er tilfredsstillende til enhver tid. En arbeidsgiver som har innleide arbeidstakere til å utføre arbeid i innleiebedriften skal derfor påse at virksomheten er innrettet på en slik måte at de innleide er sikret et fullt forsvarlig

⁶³ Prinsipputtalelse (22.6.1999).

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Prinsipputtalelse (1.2.2007).

arbeidsmiljø på lik linje med innleiers egne ansatte. Bestemmelsen erstatter den tidligere aml. av 1977 § 15 og viderefører gjeldende rett, selv om lovteksten er noe annerledes utformet. Det kommer nå klart til uttrykk i aml. § 2-2 at innleide arbeidstakere er omfattet.⁶⁶

Det må understrekes at aml. § 2-2 kun supplerer det ordinære arbeidsgiveransvaret som følger av aml. § 2-1. Det betyr at det først og fremst er utleier som har ansvaret for et forsvarlig arbeidsmiljø.⁶⁷ Av arbeidsmiljølovens forarbeider fremgår det at innleier likevel vil ha et forholdsvis omfattende ansvar for en innleid arbeidstaker. Begrunnelsen for dette er at relasjonen mellom innleier og den innleide har mange likhetstrekk med vanlige ansettelse i et topartsforhold, blant annet ved at den innleide arbeidstaker arbeider under innleiers ledelse og kontroll.⁶⁸

Hva som ligger i innleiers ansvar for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø etter aml. § 2-2 første ledd bokstav a må ses i sammenheng med EUs direktiv om vern av innleide arbeidstakere.⁶⁹ Direktivet har som formål å sikre at midlertidig ansatte og vikarer fra vikarbyråer har tilsvarende vern som andre arbeidstakere når det gjelder helse, miljø og sikkerhet på arbeidsplassen. For å oppnå dette stilles det blant annet krav om at en innleid arbeidstaker har rett til informasjon om arbeidets risiko, nødvendig opplæring i forhold til risiko og rett til helsekontroll ved farlig arbeid. Innleier har også et ansvar for å informere utleier om hvilket arbeid som skal utføres, hvilke kvalifikasjoner arbeidstaker må ha for å utføre arbeidet, og besørge at lovens krav til arbeidstidens lengde og plassering blir overholdt. Innleier har ansvaret for den innleide arbeidstakers arbeidsvilkår knyttet til helse, miljø og sikkerhet i hele den perioden arbeidstaker utfører arbeid i innleiebedriften.⁷⁰

⁶⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 304.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 88 (2008-2009) punkt 4.2.2.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 304.

⁶⁹ Rådskildretiv 91/383/EØF av 25. juni 1991 om sikkerhet og helse på arbeidsplassen for arbeidstakere som har et tidsbegrenset eller midlertidig arbeidsforhold.

⁷⁰ NOU 2004: 5 punkt 10.6.4.

Det fremgår også av aml.§ 2-2 første ledd bokstav b at innleier har en plikt til å samarbeide med utleier for å sikre at arbeidsmiljøet er fullt forsvarlig.

2.4.8 Ansvar for at arbeidstiden er i samsvar med arbeidsmiljølovens krav

Arbeidsmiljøloven kapittel 10 stiller visse krav til når og hvor lenge en arbeidstaker kan arbeide. Arbeidstid defineres i aml.§ 10-1 som ”... *den tid arbeidstaker står til disposisjon for arbeidsgiver*”. I utgangspunktet er det utleier som er ansvarlig etter aml.§ 2-1 for at lovens bestemmelser om arbeidstid overholdes. Det følger imidlertid av lovens forarbeider at også innleier har et ansvar for dette i det tidsrommet den innleide arbeidstaker utfører arbeid i innleievirksomheten, da det i praksis er innleier som er nærmest til å kontrollere arbeidstiden.⁷¹

Hvis den innleide arbeidstaker bytter innleier kan det oppstå særlige spørsmål, eksempelvis i forbindelse med overtidarbeid. I aml.§ 10-6 fjerde ledd er det fastsatt at overtidarbeid ikke må overstige 200 timer i løpet av en periode på 52 uker. Selv om arbeidstaker leies inn til en ny virksomhet, består ansettelsesforholdet mellom utleier og arbeidstaker, og det er således det totale antallet overtidstimer som må legges til grunn for vurderingen av om overtidarbeidet tilfredsstiller lovens krav. Den nye innleieren kan imidlertid vanskelig kontrollere hvor mange timer arbeidstaker har arbeidet overtid hos forrige innleier. I slike tilfeller må derfor utleier være ansvarlig for å opplyse den nye innleier om dette, slik at den nye innleier kan overholde sin plikt etter aml.§ 2-2.⁷² I praksis kan likevel en slik opplysningsplikt vise seg å være problematisk, særlig ved kortvarige, suksessive innleieforhold.

2.4.9 Ansvar for opplæring og for at arbeidstaker er kvalifisert for arbeidet

Som utgangspunkt er det utleier som er ansvarlig for at arbeidstaker er kvalifisert for det arbeid som skal utføres hos innleier. Ansvar forfatter både faglig kompetanse og personlige egenskaper som pålitelighet og lojalitet, i tillegg til eventuelle offentligrettslige krav som må være oppfylt.⁷³ På dette punktet vil imidlertid arbeidsgiveransvaret være delt; innleier er ansvarlig for å kontrollere at de arbeidstakere

⁷¹ Ot. prp. 49 (2004-2005) s. 304.

⁷² arbeidsrett.no, Kommentartutgave (2011) s. 838.

⁷³ Ibid. s. 837.

som leies inn faktisk innehar de kvalifikasjoner som er nødvendige for å utføre arbeidet. Innleier er videre ansvarlig for at innleide arbeidstakere får opplæring i arbeidet og informasjon om rutiner på arbeidsplassen, på samme måte som innleiers egne ansatte. Det følger av rettspraksis at innleier også har et ansvar for tilsyn og oppfølging av innleide arbeidstakeres utførelse av arbeidet, ettersom arbeidstaker arbeider under innleiers ledelse og kontroll.⁷⁴

Dersom utleier kjenner til eller burde kjenne til forhold som utgjør en risiko for at arbeidstaker ikke vil utføre arbeidet hos innleier på en tilfredsstillende måte, skal utleier opplyse innleier om dette. Opplysningsplikten vil være streng der utleier besitter opplysninger om arbeidstaker som er direkte relevante for det arbeidet som skal utføres, eksempelvis der innleievirksomheten er et sykehus og utleier kjenner til at arbeidstaker tidligere har begått grove pliktbrudd som helsearbeider.⁷⁵

2.4.10 Adgangen til oppsigelse av arbeidstaker

Ved innleie av arbeidskraft etter aml.§ 14-12 er arbeidstakers stillingsvern knyttet til utleier, da det er utleier som etter loven anses som den innleides arbeidsgiver.⁷⁶ For å bringe arbeidsforholdet til opphør må utleier følge de krav som stilles til oppsigelse i aml. kapittel 15.

Innleier har ingen mulighet til å foreta oppsigelse av en innleid arbeidstaker direkte. Der innleier ikke lenger ønsker å benytte seg av den innleide arbeidstakeren, for eksempel fordi det ikke lenger er behov for ekstra arbeidskraft eller vedkommende fungerer dårlig i innleievirksomheten, kan det imidlertid være adgang til å si opp kontrakten som er inngått med utleier etter alminnelige kontraktsrettslige regler. Dette vil ikke nødvendigvis gi utleier grunnlag for oppsigelse av den utleide arbeidstakeren. Oppsigelse etter aml.§ 15-7 krever saklig begrunnelse, og det skal således ofte mer til for å si opp en utleid arbeidstaker på grunn av subjektive forhold enn det skal til for å si opp avtalen mellom innleier og utleier på grunn av den utleide arbeidstakerens

⁷⁴ LG-2004-35114 (Gulating).

⁷⁵ arbeidsrett.no, Kommentartutgave (2011) s. 837.

⁷⁶ Fougner, Kommentartutgave (2006) s. 678.

subjektive forhold.⁷⁷ I praksis kan imidlertid innleiers oppsigelse av kontrakten med utleier få store konsekvenser for arbeidstaker der arbeidstaker ikke har garantilønn mellom oppdragene. Selv om arbeidstaker fortsatt vil være formelt ansatt hos utleier, kan arbeidstaker bli stående uten arbeid og inntekt i de tilfeller utleier ikke har annet arbeid å tilby vedkommende, til tross for at kravene til saklig oppsigelse ikke er oppfylt.⁷⁸ Dette kan føre til en uthuling av oppsigelsesvernet for arbeidstaker.

2.5 OM PRØVETID ("TRY AND HIRE")

Ved innleie foreligger det en risiko for at innleier forsøker å omgå arbeidsmiljølovens regler om prøvetid⁷⁹ ved å leie inn arbeidstaker, for senere å ansette vedkommende i virksomheten. På denne måten kan innleier "prøve ut" den innleide arbeidstakeren i innleieperioden, og deretter stille vilkår om prøvetid ved ansettelsen. Ifølge forarbeidene er det ikke tillatt å inngå slike avtaler. Lovlig innleie forutsetter et midlertidig behov for arbeidskraft, noe som ikke vil være tilfellet hvis den innleide ansettes i samme stilling og utfører de samme arbeidsoppgavene.⁸⁰ Dersom arbeidstaker ansettes for å utføre nye arbeidsoppgaver kan det imidlertid avtales prøvetid.

⁷⁷ arbeidsrett.no, Kommentartutgave (2011) s. 839.

⁷⁸ Prop. 74 L (2011-2012) s. 8.

⁷⁹ Jf. aml.§ 15-6.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.3.

3 I HVILKE TILFELLER ER INNLEIE AV ARBEIDSTAKERE LOVLIG ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 14-12 FØRSTE LEDD

3.1 SAMMENHENGEN MELLOM INNLEIE OG MIDLERTIDIG ANSETTELSE ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 14-9 FØRSTE LEDD

Det fremgår av aml.§ 14-12 første ledd at innleie fra vikarbyrå er tillatt i samme utstrekning som det kan inngås avtale om midlertidig ansettelse etter aml.§14-9 første ledd. Aml.§ 14-9 første ledd bokstav a til e åpner for å gjøre unntak fra hovedregelen om fast ansettelse når den midlertidige ansettelsen er begrunnet i arbeidets karakter, ved vikariater, praksisarbeid, deltakelse i arbeidsmarkedstiltak og midlertidige arbeidsforhold innen idretten. Sammen med aml.§ 14-10 om ansettelse på åremål gir bestemmelsen en uttømmende oppregning av når det er tillatt å ansette en arbeidstaker midlertidig.⁸¹

Årsaken til reglenes parallellitet er at innleie etter aml.§ 14-12 og midlertidige ansettelser etter aml. § 14-9 første ledd er to alternative måter å dekke et midlertidig behov for arbeidskraft på. Parallell regulering bidrar derfor til å hindre omgåelse av arbeidsmiljølovens hovedregel om fast ansettelse. Dette kommer klart frem av forarbeidene, der det uttales:

"En slik harmonisering av regelverket for midlertidig ansettelse og innleie fra vikarbyrå begrunnes med at utvalget legger til grunn lovgivers utgangspunkt om at fast ansettelse i et topartsforhold skal være det normale. Arbeidsinnleie og midlertidige ansettelser er alternativer, og i prinsippet er det mulig å konstruere ethvert midlertidig behov for arbeidskraft som et innleiebehov. Dermed kan arbeidsmiljøloven § 58 A [nåværende § 14-9] i praksis omgås gjennom innleie. Dette tilsier symmetri i reguleringen av innleie fra vikarbyrå og midlertidig ansettelse."⁸²

⁸¹ Innst. O. nr. 2 (1994-1995) s. 29.

⁸² NOU 1998: 15 s. 121 og Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 29.

Ettersom adgangen til innleie fra vikarbyrå i aml.§ 14-12 første ledd avhenger av adgangen til midlertidig ansettelse i aml.§ 14-9 første ledd, må denne bestemmelsens innhold og rekkevidde utdypes for å kunne avgjøre i hvilke tilfeller arbeidsinnleie er tillatt. De to mest praktiske eksemplene på lovlig innleie finnes i § 14-9 første ledd bokstav a og b, som er innleie ved uforutsigbare, kortvarige arbeidstopper og sesongmessige svingninger, og innleie i vikariater blant annet ved sykdom, ferie og permisjon.⁸³ I det følgende vil jeg derfor begrense meg til å redegjøre for hovedtrekkene i adgangen til midlertidig ansettelse etter disse to alternativene.

3.2 ADGANGEN TIL MIDLERTIDIG ANSETTELSE ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 14-9 FØRSTE LEDD BOKSTAV A

3.2.1 "Arbeidets karakter"

Etter aml.§ 14-9 første ledd bokstav a kan arbeidstaker ansettes midlertidig når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten.⁸⁴ Uttrykket "arbeidets karakter" er upresist, og det må følgelig foretas en konkret, skjønnsmessig vurdering av det enkelte ansettelsesforhold for å avgjøre om den midlertidige ansettelsen er lovlig.⁸⁵ Ifølge forarbeidene må det legges avgjørende vekt på om det arbeidet arbeidstaker utfører er arbeid som "... normalt og løpende utføres i den ordinære driften i virksomheten".⁸⁶ Hvis dette er tilfellet, er den midlertidige ansettelsen ulovlig, og arbeidstaker skal ansettes fast. Midlertidig ansettelse vil typisk være tillatt når arbeidstaker fullfører en bestemt oppgave, eksempelvis bygningsarbeidere som skal oppføre et bestemt bygg, eller ved utførelse av sterkt sesongpreget arbeid, selv om dette gjentar seg årlig.⁸⁷ Ved sesongmessige svingninger kan det også være tillatt å benytte seg av ekstrahjelper.⁸⁸ Ekstrahjelper kan imidlertid ikke benyttes for å dekke et permanent behov for arbeidskraft - da vil den midlertidige ansettelsen være ulovlig.

⁸³ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44.

⁸⁴ Videreføring av aml. av 1977 § 58A nr. 1 bokstav a.

⁸⁵ Fougner, Kommentarutgave (2006) s. 650.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 178. Se også Rt. 2005 /826.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 71.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 179.

For at midlertidig ansettelse begrunnet i ”arbeidets karakter” skal være lovlig, må det foreligge forhold eller hensyn som gjør det nødvendig å inngå en tidsbegrenset arbeidsavtale.⁸⁹ Behovet må være midlertidig, noe som innebærer at den midlertidige arbeidsavtalen ikke kan vare i mange år. Denne begrensningen må begrunnes i hensynet til at arbeidstaker etter en tid får en slik tilknytning til virksomheten at vedkommende bør omfattes av arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern.⁹⁰ Arbeidsmiljøloven oppstiller nå en absolutt grense på fire år før arbeidstaker skal ansettes fast, jf. punkt 3.4.

3.2.2 ”Arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten”

Det følger av aml. § 14-9 første ledd bokstav a at det arbeidet den midlertidig ansatte skal utføre må atskille seg fra det arbeidet som ordinært utføres i virksomheten. Bestemmelsens ordlyd tilsier at dette er et kumulativt vilkår for lovlig midlertidig ansettelse. Det uttales imidlertid i forarbeidene til aml. av 1977 at dette må anses som en presisering av den skjønnsmessige vurderingen av vilkåret ”arbeidets karakter”, og skal ikke innskrenke adgangen til midlertidig ansettelse.⁹¹ Dette synspunktet er stadfestet i Rt. 2001 s. 1412 (Norsk Folkehjelp). I denne avgjørelsen tok Høyesterett stilling til gyldigheten av en tidsbegrenset ansettelse i Norsk Folkehjelp der arbeidstaker skulle utføre arbeid som minerydder i Bosnia. Selv om mineryddingen var en ordinær del av organisasjonens virksomhet, kunne ikke dette føre til at den midlertidige ansettelsen var ulovlig. Det kan derfor ikke stilles et ubetinget krav om at de arbeidsoppgaver som skal gi grunnlag for en midlertidig ansettelse må adskille seg fra de som ordinært utføres i virksomheten. Motsatt kan imidlertid det at arbeidet *ikke* adskiller seg fra det arbeid som ordinært utføres i virksomheten være et moment som taler for at behovet for arbeidskraft skal dekkes av fast ansatte.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165.

⁹⁰ Fougner, Kommentarutgave (2006) s. 657.

⁹¹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 178 og Innst. O nr. 30 (1997-1998).

3.3 ADGANGEN TIL MIDLERTIDIG ANSETTELSE AV VIKARER ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 14-9 FØRSTE LEDD BOKSTAV B

3.3.1 Begrepet ”vikariat”

3.3.1.1 Arbeid i stedet for en annen eller andre

I medhold av aml.§ 14-9 første ledd bokstav b kan arbeidsgiver ansette en person midlertidig dersom vedkommende skal utføre arbeid ”... *i stedet for en annen eller andre arbeidstakere*”, såkalt vikariat. Vikarbegrepet må her forstås snevert, jf. punkt 1.4.2. Begrepet presiseres ikke ytterligere i arbeidsmiljøloven, men lovens forarbeider uttaler at en vikar skal utføre bestemte arbeidsoppgaver eller fylle en bestemt stilling i en eller flere ansattes fravær.⁹² Den det vikarieres for etter aml.§ 14-9 første ledd bokstav b kan være fast eller midlertidig ansatt.⁹³ I mange tilfeller vil det også være slik at vikaren trer inn for å erstatte en bestemt arbeidstaker i virksomheten. For å oppfylle lovens krav til vikariater er det imidlertid ikke nødvendig at det vikarieres for en navngitt person. Ifølge forarbeidene er det tillatt å benytte seg av ferievikarer ved ferieavvikling, uten at det vikarieres for bestemte personer.⁹⁴

3.3.1.2 Reelt og konkret begrenset vikariat

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 nevnes to viktige kriterier som må være oppfylt for at det skal være tillatt å ansette arbeidstaker i et vikariat. For det første må det foreligge et reelt behov for vikar. Vikariatet oppfyller ikke automatisk arbeidsmiljølovens krav ved at stillingen betegnes som ”vikariat”; det er de reelle forholdene som er avgjørende for vikariatets lovlighet.⁹⁵ Hovedregelen i aml. § 14-9 første ledd er, som tidligere nevnt, at arbeidstaker skal ansettes fast slik at vedkommende er beskyttet av lovens regler om stillingsvern. Dersom arbeidsgiver forsøker å omgå stillingsvernet ved å ansette arbeidstaker som vikar uten at det foreligger et reelt behov, kan arbeidsavtalen bli satt til side av domstolene.⁹⁶

⁹² Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 331.

⁹³ arbeidsrett.no, Kommentirutgave (2011) s. 809.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 331.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 71 og Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165.

⁹⁶ Ibid.

For det andre må vikariatet være konkret begrenset for å være lovlig. Dersom det foreligger et permanent behov for arbeidskraft i virksomheten, for eksempel fordi fraværet blant de ansatte er stabilt og forutsigbart, er det ikke tillatt å ansette arbeidstaker som vikar.⁹⁷ I slike tilfeller skal arbeidstaker ansettes fast. Behovet for arbeidskraft må med andre ord være av midlertidig karakter. Det stilles ikke krav om at vikaren utfører nøyaktig de samme arbeidsoppgavene som den eller de det vikarieres for. Arbeidsoppgavene kan i utgangspunktet omfordes innad i virksomheten uten at det påvirker vikariatets lovlighet.⁹⁸ Vikaren kan imidlertid ikke utføre arbeidsoppgaver som aldri tidligere er utført i virksomheten, da vikaren i slike tilfeller ikke kan anses å fylle en annens arbeidsoppgaver.⁹⁹ Virksomheten kan også benytte seg av samme vikar flere ganger, så sant behovet for arbeidskraft stadig skyldes en eller flere ansattes fravær.¹⁰⁰

3.3.2 Varig stabilt vikarbehov

Som nevnt over vil fraværet blant de ansatte i virksomheten i noen tilfeller være nokså stabilt og forutsigbart, slik at behovet for arbeidskraft ikke kan anses som midlertidig. Behovet er med andre ord av varig karakter. I rettspraksis har det utviklet seg en ulovfestet lære om midlertidige ansettelsers lovlighet i tilfeller der det foreligger et varig behov for arbeidskraft.¹⁰¹ Læren gjelder i utgangspunktet for midlertidige ansettelser generelt, men vil særlig være praktisk for ansettelser etter aml. § 14-9 første ledd bokstav b. Den ulovfestede læren begrenser således den lovfestede adgangen til å inngå midlertidige arbeidsavtaler i aml. § 14-9 første ledd, og er derfor relevant også for adgangen til innleie etter aml. § 14-12.

Kort sagt dreier den ulovfestede læren seg om at en arbeidstaker som over tid er midlertidig ansatt i en virksomhet med konstant og forutsigbart behov for arbeidskraft,

⁹⁷ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165.

⁹⁸ arbeidsrett.no, Kommentartutgave (2011) s. 809.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165.

¹⁰¹ Se Rt. 1989/116, Rt. 2006/1158 og Rt. 2009/578.

kan få rett til fast ansettelse i virksomheten.¹⁰² Hvis virksomheten uten nevneverdig ulempe kan løse sitt arbeidskraftsbehov ved å ha høyere grunnbemanning, skal den gjøre dette.¹⁰³ Å inngå løpende kortvarige vikariater for å dekke et konstant behov for arbeidskraft der virksomhetens fraværsprosent er høy og stabil er i strid med arbeidsmiljøloven, og i slike tilfeller har arbeidsgiver plikt til å ansette arbeidstaker i fast stilling.¹⁰⁴

3.3.3 Vikariatets lengde

I utgangspunktet skaper det ikke problemer at vikariatet er langvarig, så lenge det er reelt og konkret begrenset. Det er heller ingen krav til at vikariatets varighet må tilsvare varigheten av fraværet til den det vikarieres for. Et element i arbeidsgivers styringsrett er nettopp å avgjøre hvordan virksomhetens bemanningsbehov skal organiseres. Arbeidsgivers styringsrett har imidlertid visse grenser. Dersom vikariatet er inngått for en kortere periode kan i utgangspunktet ikke arbeidsgiver erstatte vikaren med en ny vikar for å utføre det samme arbeidet, med mindre kravene til saklig oppsigelse i aml.§ 15-7 er oppfylt.¹⁰⁵ Når den arbeidstakeren det vikarieres for kommer tilbake i arbeid, kan det være grunnlag for å beholde vikaren i en overgangsperiode, for eksempel der arbeidstaker fortsatt er delvis sykemeldt.¹⁰⁶

Det må imidlertid settes en grense for hvor lenge et vikariat kan vare før det ikke lenger kan anses å utgjøre et midlertidig behov. Arbeidsmiljøloven oppstiller en absolutt grense på fire år før arbeidstaker skal ansettes fast, den såkalte ”fireårsregelen”, som gjennomgås i det følgende.

¹⁰² Johansen, Kommentarutgave (2011) s. 574.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165. Se Fougner (2009) s. 98-102 for en nærmere redegjørelse for den ulovfestede læren.

¹⁰⁵ arbeidsrett.no, Kommentarutgave (2011) s. 810.

¹⁰⁶ Ibid.

3.4 RETTEN TIL FAST ANSETTELSE VED SAMMENHENGENDE INNLEIE AV ARBEIDSTAKER I MER ENN FIRE ÅR ("FIREÅRSREGELEN")

3.4.1 Fireårsregelens anvendelsesområde og hensyn bak bestemmelsen

Det fremgår av aml.§ 14-9 femte ledd at en arbeidstaker som i mer enn fire år sammenhengende har vært midlertidig ansatt med hjemmel i aml.§ 14-9 første ledd bokstav a eller b, skal anses som fast ansatt i virksomheten. I aml.§ 14-12 tredje ledd er det bestemt at fireårsregelen også skal gjelde for innleie av arbeidstakere fra vikarbyråer, slik at den innleide blir å regne som fast ansatt hos innleier. For å oppnå best mulig sammenheng i loven er det lagt opp til en tilsvarende parallellitet som for adgangen til å leie inn arbeidstakere etter aml.§ 14-12 første ledd.¹⁰⁷

De hensyn som ligger bak fireårsregelen er ønsket om å hindre omgåelse av lovens hovedregel om faste ansettelser, og behovet for å sette en grense for når et midlertidig arbeidsforhold går over til å utgjøre et arbeidskraftsbehov av varig karakter.¹⁰⁸ En av begrunnelsene for at fireårsregelen ble innført var å tilfredsstille kravet i EU-direktivet fra 1999 om å hindre bruk av gjentatte midlertidige ansettelser.¹⁰⁹ Midlertidige arbeidsforhold skal ikke vare over et for langt tidsrom, da dette skaper stor usikkerhet for arbeidstaker med hensyn til fremtidig arbeid og lønn.¹¹⁰ En rett til fast ansettelse etter fire år innebærer at den innleide får det samme oppsigelsesvernet som en fast ansatt.

Som nevnt over gjelder fireårsregelen kun for slike arbeidsforhold som fremgår av aml.§ 14-9 første ledd bokstav a og b, det vil si når arbeidets karakter tilsier det og ved vikariater. Begrunnelsen for denne begrensningen er ifølge forarbeidene at det først og fremst er i disse to tilfellene hensynene bak regelen har relevans.¹¹¹ Praksisarbeid, deltakelse i arbeidsmarkedstiltak og midlertidige arbeidsforhold innen idretten i henholdsvis bokstav c, d og e faller dermed utenfor fireårsregelens anvendelsesområde.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 221.

¹⁰⁸ Ibid. s. 218.

¹⁰⁹ Rådsdirektiv 1999/70/EF.

¹¹⁰ NOU 2004:5 s. 303.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) punkt 6.1.5.

Fireårsregelen gjelder heller ikke for innleie etter aml.§ 14-13. Ettersom innleie fra slike produksjonsbedrifter krever at arbeidstaker er fast ansatt i utleiebedriften, har lovgiver ment at hensynene bak fireårsregelen ikke gjør seg gjeldende her. Fireårsregelen er dermed i utgangspunktet ment som en ekstra sikkerhet for midlertidig ansatte, både i regulære topartsforhold og ved arbeidsleie.

3.4.2 Forholdet mellom fireårsregelen og den ulovfestede læren om rett til fast ansettelse

Et spørsmål som oppstår er hvilken praktisk betydning den ulovfestede læren om rett til fast ansettelse ved et varig og stabilt arbeidskraftsbehov har ved siden av fireårsregelen. I Rt. 2009 s. 578 (Sykehuset Innlandet) uttaler Høyesterett at fireårsregelen kun fastsetter den øvre grensen for varigheten av et midlertidig arbeidsforhold. Den ulovfestede læren utfyller således fireårsregelen, og innebærer at arbeidstaker etter en konkret vurdering kan bli ansett som fast ansatt på et tidligere tidspunkt.¹¹²

3.4.3 Vilkår for rett til fast ansettelse etter fireårsregelen

Anvendelse av fireårsregelen på innleieforhold reiser særlige problemstillinger. I motsetning til ved midlertidige ansettelsesforhold, innebærer trepartsforholdet ved innleie at det ikke eksisterer noe ansettelsesforhold mellom innleier og den innleide arbeidstaker.¹¹³ Det betyr at den innleide opptjener rett til fast ansettelse etter fireårsregelen hos innleier i stedet for hos vikarbyrået, som er den innleides egen arbeidsgiver. For at arbeidstaker skal få rett til fast ansettelse hos innleier stiller aml.§ 14-9 femte ledd krav om at vedkommende har vært sammenhengende innleid i mer enn fire år. Ifølge forarbeidene innebærer dette at arbeidsforholdet må være uavbrutt, med unntak av mindre avbrudd på grunn av en kortere sykdomsperiode eller ferie. Om kravet til sammenhengende innleie er oppfylt avhenger av en helhetsvurdering av ansettelsesforholdet og årsaken til avbruddet.¹¹⁴

På grunn av usikkerhet rundt beregningen av arbeidstakers ansettelsestid ble fireårsregelen presisert i 2010 gjennom et tillegg i aml. § 14-9 femte ledd tredje

¹¹² Rt. 2009/578 premiss 47.

¹¹³ Se punkt 1.3.3.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 333.

punktum.¹¹⁵ Tidligere ble korte fraværsperioder, for eksempel ved ferie, sykdom og permisjon, trukket fra ved beregningen av arbeidstakers totale ansettelsestid, men det fremgår nå direkte av ordlyden at midlertidig ansattes fravær ikke skal gå til fradrag når arbeidstakers ansettelsestid beregnes i forbindelse med fireårsregelen. Ettersom aml.§ 14-12 tredje ledd kun henviser til aml.§ 14-9 femte ledd andre punktum, har det imidlertid vært tvil om dette også skal gjelde ved innleie. Fordi aml.§ 14-9 femte ledd tredje punktum presiserer fireårsregelen i aml.§ 14-9 femte ledd andre punktum, er det mye som taler for at det heller ikke skal gjøres fradrag for arbeidstakers fravær i innleietilfellene.¹¹⁶ Rettstilstanden klarlegges nå gjennom lovendring, slik at aml.§ 14-12 fjerde ledd (nåværende tredje ledd blir nytt fjerde ledd) også viser til § 14-9 femte ledd tredje punktum.¹¹⁷ Det betyr at innleide arbeidstakers fravær ikke skal komme til fradrag ved beregning av fireårsfristen ved innleie.

3.4.4 Hva innholdet i den faste ansettelsen skal være

Når fireårsgrensen er passert vil en innleid arbeidstaker i utgangspunktet ha krav på fast ansettelse i innleievirksomheten. Det innebærer at det etableres et ansettelsesforhold mellom disse. I motsetning til ved midlertidige ansettelser, der arbeidstaker allerede er ansatt i virksomheten og automatisk blir fast ansatt hos arbeidsgiver etter fireårsregelen, må en innleid arbeidstaker få dom for fast ansettelse hos innleier, jf. aml.§ 14-14 første ledd.¹¹⁸ Domstolen må i slike tilfeller ta stilling til hva innholdet i den faste ansettelsen skal være. Dette kan imidlertid være vanskelig fordi det ikke kan tas utgangspunkt i en eksisterende arbeidsavtale. Det fremgår av forarbeidene at det må skje en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak, der relevante momenter er hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår arbeidstaker har hatt hos vikarbyrået, hvilke arbeidsoppgaver arbeidstaker har hatt i innleievirksomheten og hvilken lønn andre arbeidstakere har for å utføre tilsvarende arbeid hos innleier.¹¹⁹ Det er dermed en risiko for at arbeidstaker kan få dårligere arbeids- og ansettelsesvilkår enn vedkommende hadde i vikarbyrået. Dersom arbeidstaker har oppsigelsestid hos utleier, og utleier ønsker at arbeidstaker

¹¹⁵ Prop. 104 L (2009-2010) punkt 4.

¹¹⁶ arbeidsrett.no, Kommentarutgave (2011) s. 847.

¹¹⁷ Prop. 74 L (2011-2012) s. 96-97.

¹¹⁸ Søreide (2010) s. 78.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 47.

arbeider ut oppsigelsestiden, må retten ta hensyn til dette. Det betyr at retten i slike tilfeller ikke kan avsi dom for umiddelbar fast ansettelse hos innleier.¹²⁰

3.4.5 Retten til å stå i stilling ved tvist om fireårsregelen

Det følger av aml. § 15-11 tredje ledd at en innleid som reiser søksmål om fast ansettelse hos innleier ikke har rett til å fortsette i sin stilling hos vikarbyrået utover oppsigelsestiden. Ved tvist om fireårsregelen er oppfylt, åpner imidlertid forarbeidene for at en innleid arbeidstaker unntaksvis kan stå i stillingen i særlige tilfeller, blant annet på grunn av hensynet til symmetri mellom innleiereglene og reglene om midlertidig ansettelse. Ettersom trepartsforholdet ved innleie innebærer en løsere tilknytning mellom innleier og den innleide arbeidstaker, vil likevel denne snevre unntaksmuligheten inntre sjeldnere enn ved krav på fast ansettelse etter aml. § 14-9 femte ledd, jf. aml. § 14-11.¹²¹

3.4.6 Er fireårsregelen en god regel i praksis? - Betrakninger de lege ferenda

Fireårsregelen skal beskytte innleide arbeidstakere mot langvarige midlertidige arbeidsforhold i innleievirksomheten. I praksis må det antas at fireårsregelen ikke har like stor betydning ved innleie som ved midlertidige ansettelser, da det sjeldnere oppstår situasjoner der arbeidstaker er sammenhengende innleid i mer enn fire år. Hensynet til konsistens og sammenheng i regelverket tilsier likevel at reglene bør få tilsvarende anvendelse ved innleie som ved midlertidig ansettelse, også ved beregning av ansettelsestid etter fireårsregelen, slik det nå er foreslått i Prop. 74 L (2011-2012).¹²²

Fireårsregelen har imidlertid en form for dobbelt beskyttelse ved innleie. Midlertidig ansatte i vikarbyrået kan opptjene rett til fast ansettelse både i vikarbyrået etter aml. § 14-9 femte ledd, og i innleievirksomheten etter aml. § 14-12 tredje ledd. I tillegg gjelder fireårsregelen også for fast ansatte, slik at disse arbeidstakerne får rett til å velge mellom fast ansettelse i vikarbyrået og fast ansettelse hos innleier dersom fireårsregelens vilkår er oppfylt. Det kan derfor spørres om fireårsregelen har et for vidt anvendelsesområde, slik at regelen burde vært begrenset til å gjelde for midlertidige

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid. s. 48-49

¹²² Prop. 74 L (2011-2012) s. 96, 104 og 110. Se punkt 3.4.3.

ansettelser, ettersom hensynet til å hindre utstrakt bruk av midlertidige arbeidsforhold ikke gjør seg gjeldende i de tilfeller arbeidstaker er fast ansatt i vikarbyrået.¹²³ I de tilfeller arbeidstaker er fast ansatt uten garantilønn vil imidlertid arbeidsforholdet i realiteten ha flere fellestrekk med midlertidige ansettelser, og det synes derfor ikke rimelig å unnta disse arbeidstakerne fra fireårsregelens vern.

3.5 RETTSVIRKNINGER AV ULOVLIG INNLEIE AV ARBEIDSTAKER – ARBEIDSMILJØLOVEN § 14-14

Det er innleier som har risikoen for at det ikke foretas innleie i strid med aml. § 14-9 første ledd.¹²⁴ Dersom det leies inn ulovlig, fremgår det av aml. § 14-14 første ledd at den innleide arbeidstaker kan kreve dom for fast ansettelse hos innleier. I enkelte tilfeller kan imidlertid trepartsforholdet som oppstår ved innleie gjøre det urimelig å gi den innleide rett til fast ansettelse. I aml. § 14-14 første ledd andre punktum åpnes det således for å gjøre unntak fra den innleides krav om fast ansettelse dersom det etter en helhetsvurdering vil være ”åpenbart urimelig” å etterkomme kravet. Et eksempel på dette kan være at innleier har vært i god tro med hensyn til innleieferholdets lovlighet.¹²⁵ På grunn av trepartsforholdet ved innleie skal derfor uttrykket ”åpenbart urimelig” ikke forstås like strengt i innleietilfellene som ved ulovlig midlertidig ansettelse i aml. § 14-11.¹²⁶

Den innleide arbeidstakerens rett til å stå i stilling mens saken avgjøres i domstolene er den samme som ved domstolenes behandling av krav på fast ansettelse etter fireårsregelen. Det vises derfor til redegjørelsen for dette i punkt 3.4.5. Når det gjelder hva innholdet i den faste ansettelsen skal være, vil de momenter som er angitt i punkt 3.4.4 også være relevante ved vurderingen etter aml. § 14-14 første ledd. Etter aml. § 14-14 andre ledd kan arbeidstaker kreve erstatning for økonomisk tap, enten alene eller i tillegg til kravet om fast ansettelse hos innleier.

¹²³ Søreide (2010) s. 80-81.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 47.

¹²⁵ Ibid. punkt 6.3.3.5.

¹²⁶ arbeidsrett.no, Kommentartutgave (2011) s. 857.

4 VIKARBYRÅDIREKTIVET

4.1 VIKARBYRÅDIREKTIVET - ET MINIMUMSDIREKTIV

Som nevnt innledningsvis regulerer vikarbyrådirektivet EU- og EØS-landenes mulighet til å begrense adgangen til inn- og utleie av arbeidstakere, og skal etter all sannsynlighet implementeres i norsk rett. Vikarbyrådirektivet er ifølge direktivets artikkel 9 nr. 1 et minimumsdirektiv.¹²⁷ Dette innebærer at norske lover og tariffavtaler kan inneholde bestemmelser som er gunstigere for vikarbyråansatte enn de kravene som oppstilles i direktivet.¹²⁸ Det vil derimot ikke være adgang til å opprettholde eller innføre bestemmelser som ikke oppfyller direktivets minimumskrav.

4.2 VIKARBYRÅDIREKTIVETS FORMÅL OG ANVENDELSESOMRÅDE

4.2.1 Direktivets formål

Vikarbyrådirektivet har et todelt formål som fremgår av direktivets artikkel 2. For det første skal direktivet beskytte arbeidstakere som leies ut av vikarbyråer. Deres rettigheter skal først og fremst sikres gjennom prinsippet om likebehandling fastsatt i direktivets artikkel 5, som jeg vil redegjøre nærmere for under punkt 5. Målet med dette prinsippet er at det skal finne sted en utjevning av vikarbyråansattes lønns- og arbeidsvilkår, slik at disse vil ha de samme vilkår som de ville hatt ved direkte ansettelse hos innleier.

Den andre delen av vikarbyrådirektivets formål er å anerkjenne vikarbyråenes posisjon i arbeidsmarkedet, slik at disse effektivt kan skape arbeidsplasser og bidra til fleksibilitet i arbeidslivet. EUs målsetting om fri bevegelighet av arbeidskraft over landegrensene gjør at unødige restriksjoner på arbeidsleie må fjernes. Fordi direktivets to formål utfyller hverandre, er det ifølge fortalens punkt 18 viktig at de nasjonale regler om

¹²⁷ Se også The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) artikkel 153.

¹²⁸ Arbeidsdepartementets høringsnotat (2010) s. 2.

arbeidsleie tilpasses det økte beskyttelsesnivå for innleide arbeidstakere fra vikarbyrå.¹²⁹

4.2.2 Direktivets anvendelsesområde

Det fremgår i vikarbyrådirektivets artikkel 1 at direktivet gjelder for alle arbeidstakere som inngår en arbeidsavtale eller har et ansettelsesforhold med et vikarbyrå, når disse leies ut til en innleier for midlertidig å utføre arbeid under innleiers tilsyn og ledelse. For at direktivets prinsipp om likebehandling skal komme til anvendelse er det således en forutsetning at det foreligger et trepartsforhold bestående av innleier, arbeidstaker og vikarbyrået.¹³⁰

Det er likevel ikke alle trepartsforhold som omfattes. Av direktivets definisjon av ”vikarbyrå” i artikkel 3 nr.1 bokstav b fremgår det at vikarbyråets formål må være å drive utleievirksomhet. Dette innebærer at vikarbyrådirektivet, herunder likebehandlingsprinsippet, ikke får anvendelse for arbeidsleie etter aml.§ 14-13, som typisk gjelder produksjonsvirksomheter som leier ut sine faste ansatte ved overskudd på arbeidskraft. Her kan det imidlertid oppstå tvilstilfeller i grensdragningen mellom aml.§§ 14-12 og 14-13, jf. punkt 2.2. Utenfor direktivets anvendelsesområde faller likeledes entrepris og konsulentoppdrag, men som nevnt i punkt 2.3 kan det også her oppstå tvil med hensyn til grensen mot innleie.¹³¹ Det vil derfor kunne være av stor betydning for en arbeidstakers rettigheter om vedkommende i slike tvilstilfeller faller utenfor eller innenfor aml.§ 14-12.

Vikarbyrådirektivet gjelder både for offentlige og private virksomheter.¹³² Etter departementets oppfatning gjelder direktivet også innleie av arbeidskraft uavhengig av hvilket land den utleide arbeidskraften kommer fra. Ordlyden i direktivets artikkel 1 krever ikke at arbeidsleien må være grenseoverskridende, og dette betyr at både

¹²⁹ Se også fortalen punkt 9 om balanse mellom fleksibilitet og sikkerhet i arbeidsmarkedet (”flexicurity”).

¹³⁰ Arbeidsdepartementets høringsnotat (2010) s. 3

¹³¹ Ibid.

¹³² Alsos (2010) s. 10.

arbeidstakere som er utleid fra norske vikarbyråer og utsendte¹³³ arbeidstakere fra utenlandske vikarbyråer som arbeider i Norge, skal omfattes av likebehandlingsprinsippet.¹³⁴ Utenlandske vikarbyråer som leier ut arbeidskraft til Norge blir dermed forpliktet til å følge norske regler for likebehandling av den utleides lønns- og arbeidsvilkår.

4.3 RESTRIKSJONSFORBUDET - DIREKTIVETS ARTIKKEL 4

4.3.1 Restriksjoner på bruk av innleid arbeidskraft

Vikarbyrådirektivets artikkel 4 inneholder et forbud mot restriksjoner på arbeidsleie som ligner EU-rettens alminnelige restriksjonsforbud og læren om tvingende allmenne hensyn. Det fremgår av direktivets fortale at direktivet skal gjennomføres i samsvar med EØS-avtalens tjenesteregler.¹³⁵ Restriksjonsbegrepet er utviklet gjennom EU-domstolens rettspraksis, og innebærer i dag at et tiltak som potensielt kan hindre fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital utgjør en restriksjon som kun kan opprettholdes eller innføres dersom den kan begrunnes i allmenne hensyn. Direktivets artikkel 4 nr. 1 oppstiller således krav om at forbud mot eller restriksjoner på ut- og innleie fra vikarbyrå må begrunnes i allmenne hensyn for å kunne opprettholdes i nasjonal rett.¹³⁶ Dette restriksjonsforbudet gjelder både nasjonal og grenseoverskridende tjenesteyting.¹³⁷

Ifølge direktivet er relevante allmenne hensyn ”... særlig vern av vikarer, krav til sikkerhet og helse på arbeidsplassen eller behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbruk”. Ordet ”særlig” tilsier at listen ikke er uttømmende, slik at flere hensyn kan være relevante.¹³⁸ Hvilke allmenne hensyn som er relevante må vurderes konkret med utgangspunkt i EU-domstolens praksis. De

¹³³ Jf. aml.§ 1-7.

¹³⁴ Arbeidsdepartementets høringsnotat (2010) s. 7. Se Prop. 74 L (2011-2012) punkt 5.11 for en nærmere redegjørelse av forholdet mellom vikarbyrådirektivets og utsendingsdirektivets.

¹³⁵ Se fortalen avsnitt 22.

¹³⁶ Se også fortalen avsnitt 18.

¹³⁷ Alsos (2010) s. 17

¹³⁸ Prop. 74 L (2011-2012) s. 41.

hensynene som presiseres i direktivets artikkel 4 nr. 1 vil likevel være de mest relevante på dette området. I tillegg må tiltaket være proporsjonalt, det vil si at tiltaket er egnet til å oppnå det aktuelle formål, og at det er forholdsmessighet mellom tiltaket og formålet.¹³⁹

4.3.2 Forholdet mellom restriksjonsforbudet og arbeidsmiljøloven § 14-12

Den parallelle regulering av innleie av arbeidstakere etter aml.§ 14-12 første ledd og midlertidige ansettelse etter aml.§ 14-9 første ledd innebærer at adgangen til innleie er begrenset. Dette utgjør en restriksjon etter direktivets artikkel 4 nr. 1.¹⁴⁰

Et spørsmål som oppstår er om denne restriksjonen kan begrunnes i allmenne hensyn, slik at aml.§ 14-12 kan opprettholdes i sin nåværende form ved gjennomføringen av vikarbyrådirektivet i norsk rett. Begrensningen på innleie er begrunnet i behovet for å hindre omgåelse av reglene om midlertidig ansettelse, jf. punkt 3.1. Uten en parallel regulering av disse to alternative måtene å dekke et behov for midlertidig arbeidskraft på kunne man risikere misbruk av innleie. Etersom forebygging av misbruk er ett av de relevante hensyn som fremheves i direktivets artikkel 4 nr. 1, taler dette for at restriksjonen kan begrunnes i allmenne hensyn. I tillegg begrunnes begrensningen i adgangen til innleie i ønsket om et arbeidsmarked basert på flest mulige faste ansettelse, da dette blant annet bidrar til større trygghet for arbeidstaker. Fordi lovverket gjennomgående er utformet med tanke på et topartsforhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, for eksempel når det gjelder reglene om stillingsvern, kan begrensningen i innleieadgangen også ivareta hensynet til ”*et velfungerende arbeidsmarked*”.¹⁴¹

Det må videre spørres om restriksjonen er proporsjonal. Begrensningen i innleieadgangen er etter departementets syn egnet til å oppnå formålet om å hindre misbruk og sikre et velfungerende arbeidsmarked.¹⁴² Det er imidlertid mer usikkert om

¹³⁹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 44.

¹⁴⁰ Ibid. s. 43.

¹⁴¹ Ibid. s. 44.

¹⁴² Ibid.

innleiebegrensningen kan anses som et forholdsmessig tiltak. Ettersom implementering av vikarbyrådirektivet innebærer et økt beskyttelsesnivå for vikarbyråansatte kan dette føre til at den nåværende begrensning på innleie ikke lenger anses nødvendig. Selv om departementet mener at begrensningene i innleieadgangen kan opprettholdes, blant annet fordi direktivet ikke styrker vikarbyråansattes stillingsvern, har flere høringsinstanser påpekt at innleiebegrensningene strekker seg lenger enn det som er nødvendig for å beskytte vikarbyråansatte.¹⁴³ Dette vil særlig gjelde dersom arbeidstaker er fast ansatt i vikarbyrået med garantilønn mellom oppdragene. I slike situasjoner vil det i utgangspunktet ikke foreligge risiko for omgåelse av reglene om midlertidige ansettelse og stillingsvern.¹⁴⁴ Det er likevel viktig å ta med i betraktningen at garantilønn mellom oppdragene ikke nødvendigvis innebærer at arbeidstaker får full lønn, og at direktivets prinsipp om likebehandling kun gjelder i de perioder arbeidstaker er utleid.¹⁴⁵ Departementet har derfor konkludert med at den nåværende regulering av innleie i aml.§ 14-12 bør opprettholdes uavhengig av hvilken ansettelsesform arbeidstaker har i vikarbyrået. Det finnes imidlertid ingen garanti for at restriksjonen på innleie i aml.§ 14-12 vil være lovlig etter at vikarbyrådirektivet er implementert i norsk rett - det vil være opp til EFTA-domstolen å avgjøre.

¹⁴³ Ibid. s. 40-45.

¹⁴⁴ Alsos (2010) s. 19-20.

¹⁴⁵ Prop. 74 L (2011-2012) s. 45. Se punkt 5.

5 LIKEBEHANDLINGSPRINSIPPET

5.1 LIKEBEHANDLINGSPRINSIPPETS INNHOLD

Kjernen i vikarbyrådirektivet er likebehandlingsprinsippet. I direktivets artikkel 5 nr. 1 første ledd uttales det at ”[d]e grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkårene for vikarer skal så lenge oppdraget hos et brukerforetak¹⁴⁶ varer, minst tilsvare de vilkår som ville gjelde dersom de hadde blitt ansatt direkte av vedkommende foretak for å utføre det samme arbeidet.” Det må her legges til grunn en vid betydning av begrepet ”vikar”, jf. punkt 1.4.2.

Det fremgår av bestemmelsens ordlyd at det må foretas en vurdering av hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår den innleide arbeidstaker ville hatt hvis vedkommende var ansatt hos innleier i et topartsforhold. Bestemmelsen fastslår at innleide arbeidstakere ikke skal kunne diskrimineres på det grunnlaget at de er innleid. Det betyr for eksempel at vikarbyrået, som den innleides arbeidsgiver, ikke kan gi den innleide lavere lønn enn vedkommende ville hatt for å utføre det samme arbeidet ved direkte ansettelse i innleievirksomheten. Det er imidlertid adgang til forskjellsbehandling på andre grunnlag, eksempelvis der en av innleiers ansatte har lengre ansiennitet.¹⁴⁷ Ordet ”*minst*” viser at bestemmelsen kun oppstiller et minimumskrav til likebehandling. Det er derfor ikke noe i veien for at den innleide arbeidstakeren gis bedre vilkår.¹⁴⁸

På det nåværende tidspunkt inneholder ikke arbeidsmiljøloven noe generelt prinsipp om likebehandling av innleides ansettelses- og arbeidsvilkår. Diskrimineringsvernet i aml.§ 13-2 andre ledd omfatter innleide arbeidstakere, men rammer ikke diskriminering på grunnlag av innleie. Det er kun de opplistede former for diskriminering i aml.§ 13-1

¹⁴⁶ Se note 27.

¹⁴⁷ Arbeidsdepartementets høringsnotat (2010) s. 4.

¹⁴⁸ Se punkt 4.1.

første ledd som er forbudt etter arbeidsmiljøloven, eksempelvis politisk syn og alder.¹⁴⁹ Det betyr at det av diskrimineringsvernet ikke kan utledes et krav om at innleide arbeidstakere skal ha de samme arbeids- og ansettelsesvilkår som de arbeidstakere som er direkte ansatt i innleievirksomheten.¹⁵⁰ Det er derfor nødvendig å innføre et generelt likebehandlingsprinsipp for arbeidsleie i arbeidsmiljøloven. Prinsippet er foreslått inntatt i en ny bestemmelse i aml.§ 14-12 a.¹⁵¹

5.2 HVA SOM SKAL VÆRE GJENSTAND FOR LIKEBEHANDLING

5.2.1 "Grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår"

Det fremgår av artikkel 5 nr. 1 første ledd at det er de "*grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår*" som skal være gjenstand for likebehandling. Et spørsmål som oppstår er hva som ligger i dette begrepet. Arbeidsmiljøloven inneholder ikke et slikt begrep. I aml.§ 13-2 første ledd bokstav c brukes uttrykket "lønns- og arbeidsvilkår", men i forarbeidene er det sagt at det ikke kan legges til grunn at begrepene har eksakt samme innhold.¹⁵² Direktivet definerer imidlertid begrepet i artikkel 3 nr. 1 bokstav f som bestemmelser om arbeidstidens lengde, overtid, pauser, hviletid, nattarbeid, ferier, helligdager, fridager og lønn fastsatt i lov, forskrift, tariffavtale eller i andre bindende alminnelige bestemmelser som gjelder i innleievirksomheten. Definisjonen angir minimumskravene for hvilke elementer som skal være gjenstand for likebehandling, og hvor dette kan reguleres. Det følger av arbeidsgiveransvaret at vikarbyrået skal sørge for at en utleid arbeidstaker i hele utleieperioden minst får de arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder hos innleier, og som fremgår av de nevnte reguleringskilder.

Uttrykket "*andre bindende alminnelige bestemmelser*" er noe diffust. I Arbeidsdepartementets høringsnotat er det uttalt at dette må forstås som vilkår som

¹⁴⁹ Ytterligere forbud mot diskriminering følger av likestillingsloven § 3, diskrimineringsloven § 4 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 3. Alle disse bestemmelsene omfatter innleide arbeidstakere fra vikarbyråer.

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 326.

¹⁵¹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 110.

¹⁵² Ibid. s. 51.

gjelder generelt i innleievirksomheten, herunder vilkår som er ensidig fastsatt av innleier.¹⁵³ Dette kan for eksempel være rutiner for fastsettelse av lønn eller andre arbeids- og ansettelsesvilkår som finnes i virksomhetens personalhåndbok eller arbeidsreglement. Likebehandlingsprinsippet innebærer at de generelle vilkår må gjelde enten for alle arbeidstakere som arbeider i innleievirksomheten, eller for en gruppe arbeidstakere som oppfyller bestemte krav.¹⁵⁴ Et eksempel kan være at alle selgere i innleievirksomheten har firmabil for å kunne besøke kunder.

I høringsuttalelsene ble det påpekt at ensidig fastsatte vilkår ikke naturlig hører inn under ordlyden, fordi en slik bestemmelse ikke kan anses som bindende når den fritt kan endres av innleier.¹⁵⁵ Dette er kommentert i forarbeidene, der det sies at slike vilkår kan være viktige, eksempelvis for fastsettelse av lønn. Disse vilkårene må følgelig innfortolkes for at likebehandlingen skal bli reell.¹⁵⁶ Dette er i overensstemmelse med direktivet, som kun oppstiller minstekrav.

Individuelle arbeidsavtaler vil også inneholde grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår. Slike avtaler gjelder imidlertid kun for den enkelte arbeidstaker, ikke generelt i virksomheten, og vil derfor etter ordlyden ikke regnes som bindende alminnelige bestemmelser. At individuelle arbeidsavtaler ikke skal være gjenstand for likebehandling kan i noen tilfeller føre til store forskjeller mellom ansatte og innleide arbeidstakere, særlig når det gjelder lønn. Den enkeltes lønn vil gjerne være fastsatt i den individuelle arbeidsavtalen, ettersom dette er vanskelig å lovregulere. Dersom arbeidsmiljøloven ikke oppstiller minstekrav for arbeids- og ansettelsesvilkår, innleievirksomheten ikke er bundet av tariffavtale eller har fastsatt bindende retningslinjer internt, og det heller ikke er en allmenngjort tariffavtale som kommer til anvendelse, vil ikke en innleid arbeidstaker ha krav på de samme vilkår som en ansatt som utfører det samme arbeidet. Vikarbyrået kan dermed gi den innleide dårligere vilkår enn de ansatte hos innleier får. Dette kan føre til uthuling av

¹⁵³ Arbeidsdepartementets høringsnotat (2010) s. 29

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Høringsuttalelse, Advokatforeningen (2010) s. 5.

¹⁵⁶ Prop. 74 L (2011-2012) s. 53.

likebehandlingsprinsippet.¹⁵⁷ Selv om vikarbyrådirektivet er et minimumsdirektiv, og det slik sett er mulig å bestemme at individuelle arbeidsavtaler skal inngå i sammenligningsgrunnlaget for likebehandling, kan likebehandling på et slikt grunnlag bli en stor utfordring i praksis på grunn av personvern hensyn og det store antallet individuelle arbeidsavtaler.

5.2.1.1 Likebehandling av arbeidstidens lengde og plassering

Direktivet stiller som nevnt krav om at de vilkår som skal gjelde for en innleid arbeidstaker med hensyn til arbeidstidens lengde, overtid, pauser, hviletid og nattarbeid skal være gjenstand for likebehandling. Etter aml. § 10-4 første ledd skal alminnelig arbeidstid maksimalt utgjøre 40 timer per uke for alle arbeidstakere. Dersom det i tariffavtale eller interne retningslinjer er fastsatt kortere ukentlig arbeidstid, skal dette også gjelde for den innleide arbeidstakeren. Vedkommende skal også ha de samme vilkår vedrørende overtidarbeid, pauser, hviletid og nattarbeid som ville vært gjeldende ved direkte ansettelse i innleievirksomheten.

Departementet har i forarbeidene foreslått at arbeidstidens lengde også skal omfatte arbeidstidens plassering, for å hindre at en innleid arbeidstaker kun tildeles vakter på ugunstige tider.¹⁵⁸ Ettersom direktivet kun oppstiller minstekrav til likebehandling, er det ikke noe i veien for at den innleide gis bedre rettigheter. En naturlig språklig forståelse av ”arbeidstidens lengde” tilsier i utgangspunktet ikke at arbeidstidens plassering skal omfattes. Flere høringsinstanser argumenterte også for at departementets forslag begrenser innleiers styringsrett. Mange virksomheter har nettopp behov for å benytte innleid arbeidskraft på ugunstige tider, og synspunktene var at en slik utvidelse av begrepet kan vanskeliggjøre dette.¹⁵⁹ Departementets intensjon er imidlertid kun å forhindre forskjellsbehandling på det grunnlag at arbeidstaker er innleid. Det vil således ikke være i strid med likebehandlingsprinsippet at en innleid arbeidstaker utelukkende får ugunstige vakter, for eksempel på nattestid, dersom det er disse vaktene vedkommende ville fått ved direkte ansettelse i virksomheten. En utvidende tolkning av

¹⁵⁷ Alsos (2010) s. 12.

¹⁵⁸ Prop. 74 L (2011-2012) s. 54.

¹⁵⁹ Se høringsuttalelse, KS (2010) s. 3-4.

arbeidstidens lengde til også å omfatte arbeidstidens plassering innebærer ikke at den innleide arbeidstakeren skal særbehandles - det skal kun sikre at likebehandlingen blir reell.¹⁶⁰

5.2.1.2 Likebehandling av ferie, helligdager og andre fridager

Likebehandlingen skal også omfatte ferie, helligdager og andre fridager. Det betyr at den innleide arbeidstakeren har krav på de samme ferie- og fridager som vedkommende ville hatt krav på ved direkte ansettelse i innleievirksomheten. Retten til fem uker ferie er fastsatt i ferieloven.¹⁶¹ Dersom innleievirksomheten er bundet av tariffavtale eller har fastsatt interne retningslinjer for ferie og fridager som gir rettigheter utover loven, har også den innleide arbeidstaker krav på dette. Eksempler kan være fri i romjul og ekstra ferie med økende alder i virksomheter med seniorpolitikk. Likebehandlingen skal også gjelde for opptjening av feriepenger og helligdagsgodtgjørelse.¹⁶²

5.2.1.3 Likebehandling av "lønn"

En innleid arbeidstakers lønn skal være gjenstand for likebehandling, og det er derfor viktig å fastlegge innholdet i lønnsbegrepet. I direktivets artikkel 3 nr. 2 slås det fast at det er definisjonen av lønn i nasjonal lovgivning som skal legges til grunn. Norsk lovgivning inneholder ingen generell definisjon av lønnsbegrepet, men i forarbeidene er det i forbindelse med forslaget til innføring av nye lovbestemmelser for gjennomføring av likebehandlingsprinsippet foretatt en vurdering av hva som skal inngå i begrepet lønn. Med utgangspunkt i lønnsdefinisjonen i artikkel 157 i The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) om lik lønn for kvinner og menn, uttaler departementet at alt vederlag for arbeid må anses som lønn.¹⁶³ Lønnsbegrepet omfatter således mer enn bare grunnlønn, da det ellers ville vært vanskelig å oppnå reell likebehandling der innleiers ansatte får utbetalt deler av vederlaget i en annen form enn penger. Etter departementets mening skal lønn derfor inkludere alle faste vederlag for utført arbeid, uansett i hvilken form arbeidstaker mottar vederlaget. Det betyr at også naturalytelser er omfattet. Der deler av det faste vederlaget arbeidstaker får for å utføre

¹⁶⁰ Prop. 74 L (2011-2012) s. 54. Se også Arbeidsdepartementets høringsnotat (2010) s. 28.

¹⁶¹ Lov 29.april 1988 nr. 21 om ferie § 5 første ledd.

¹⁶² Prop. 74 L (2011-2012) s. 55.

¹⁶³ Ibid. punkt 8.3.7.

arbeid er personlige, eksempelvis tillegg for kompetanse og erfaring, og innleier har fastsatt interne regler eller har som fast praksis å yte slike tillegg, skal dette også inngå i lønnsbegrepet og være gjenstand for likebehandling.¹⁶⁴

Lønnsbegrepet omfatter også vederlag som ikke er faste, for eksempel overtidsbetaling. Dette har alle arbeidstakere krav på etter aml.§ 10-6 ellefte ledd. Når det gjelder tilleggsvederlag som skal kompensere for ubekvem arbeidstid, som kvelds-, natt- og helgetillegg samt helligdagstillegg, har arbeidstaker ikke krav på dette etter arbeidsmiljøloven. Der innleievirksomheten er bundet av tariffavtale, eller har fastsatt generelle interne regler om dette, skal det imidlertid også være likebehandling av slike tillegg. Det samme gjelder for andre variable tillegg som skifttillegg og utkallingstillegg, og vederlag som arbeidstaker mottar på grunn av ubekvemme arbeidsforhold, for eksempel smuss- og støytlegg og tillegg for risikofylt arbeid.¹⁶⁵

Etter departementets vurdering bør i utgangspunktet ikke måten arbeidstaker opptjener lønnen på ha betydning for likebehandlingen, så lenge det kan karakteriseres som vederlag for arbeid. Hvis det i innleievirksomheten er vanlig med provisjonslønn for den type arbeid den innleide arbeidstaker skal utføre, har den innleide krav på dette. Innleier må informere vikarbyrået om slike ordninger, ettersom vikarbyrået ifølge arbeidsgiveransvaret skal utbetale lønnen. Det har imidlertid vært noe usikkert om bonusordninger skal være gjenstand for likebehandling, da det kan oppleves som urimelig at en innleid arbeidstaker, som kun arbeider i virksomheten i en kortere periode, skal få en slik tilfeldig fordel.¹⁶⁶ I en rapport om gjennomføring av vikarbyrådirektivet utarbeidet av Europakommisjonens ekspertkomité i 2011, er det sagt at det i utgangspunktet også skal være likebehandling når det gjelder bonus.¹⁶⁷ Det må således foretas en konkret vurdering av om den innleide arbeidstakeren ville hatt

¹⁶⁴ Ibid. s. 55.

¹⁶⁵ Ibid. s. 55-56.

¹⁶⁶ Se blant annet høringsuttalelse, Advokatforeningen (2010) s. 7.

¹⁶⁷ Rapport av Europakommisjonens ekspertkomité, *Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work* (2011) s. 20.

krav på den aktuelle bonusen ved direkte ansettelse i innleievirksomheten, blant annet på grunnlag av arbeidets karakter og oppdragets varighet.¹⁶⁸

Når det gjelder utgiftsdekning, for eksempel til kost, losji og arbeidstøy, har det vært delte meninger om dette bør inngå i lønnsbegrepet. Under høringen kom det frem at dette tradisjonelt ikke regnes som vederlag for arbeid.¹⁶⁹ Ettersom slike utgifter kan utgjøre betydelige beløp for en arbeidstaker er det imidlertid viktig at slik utgiftsdekning omfattes for å sikre reell likebehandling. Departementet mener derfor at innleide arbeidstakere skal få dekket sine utgifter i samme utstrekning som de ville fått ved direkte ansettelse hos innleier for å utføre det samme arbeidet. Dette vil gi innleide arbeidstakere bedre rettigheter enn det minstekrav direktivet fastsetter med hensyn til likebehandling av lønn.¹⁷⁰ Fordi dette i realiteten ligger utenfor en naturlig språklig forståelse av begrepet "lønn", har departementet foreslått at det i arbeidsmiljøloven skal fremgå konkret at utgiftsdekning skal være gjenstand for likebehandling.¹⁷¹

Et viktig spørsmål er om pensjon skal inngå i lønnsbegrepet. Som nevnt i punkt 2.4.3 skal alle arbeidstakere i offentlig og privat sektor være omfattet av en tjenstepensjonsordning.¹⁷² Dette gjelder også for innleide arbeidstakere, og det er vikarbyrået som etter arbeidsgiveransvaret har plikt til opprette slik pensjonsordning. Et krav om likebehandling vil føre til en plikt for vikarbyrået til å tilby den utleide arbeidstaker den samme pensjonsordningen som arbeidstaker ville fått tilbud om ved direkte ansettelse hos innleier. Dette vil imidlertid være svært tid- og kostnadskrevende og praktisk vanskelig å gjennomføre. En innleid arbeidstaker vil normalt bytte innleier forholdsvis ofte, og dette ville bety stadige inn- og utmeldinger i ulike pensjonsordninger.¹⁷³ I tillegg ville det nødvendiggjøre endringer i pensjonslovgivningens krav til opptjeningstid på grunn av den korte tiden

¹⁶⁸ Prop. 74 L (2011-2012) s. 56.

¹⁶⁹ Se blant annet høringsuttalelse, NHO (2010) s. 10. Se også punkt 6.4.

¹⁷⁰ Se punkt 5.1.

¹⁷¹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 56.

¹⁷² Se tjenstepensjonsloven § 2.

¹⁷³ Arbeidsdepartementets høringsnotat (2010) s. 29.

innleieperioden varer.¹⁷⁴ Av disse grunner foreslår departementet at innleide og ansatte arbeidstakere ikke skal likebehandles når det gjelder pensjon.¹⁷⁵

5.3 SAMMENLIGNINGSGRUNNLAGET FOR LIKEBEHANDLING VED FASTSETTELSE AV INNLEIDE ARBEIDSTAKERES ARBEIDS- OG ANSETTELSESVILKÅR

Et spørsmål som oppstår i tilknytning til likebehandlingsprinsippet er hvordan arbeids- og ansettelsesvilkårene til den enkelte innleide arbeidstaker skal fastsettes. Som arbeidsgiver er det vikarbyrået som fastsetter disse vilkårene. Utgangspunktet er at det må foretas en konkret vurdering av hvilke vilkår den innleide arbeidstaker ville hatt for å utføre det samme arbeidet dersom vedkommende var direkte ansatt hos innleier, jf. punkt 5.1. Der slike vilkår fremgår av lov, forskrift, tariffavtale eller i andre bindende alminnelige bestemmelser som gjelder i innleievirksomheten, legges disse til grunn. Hvis arbeidstaker leies inn for å erstatte en bestemt fraværende ansatt, vil det som regel også være forholdsvis klart hvilke lønns- og arbeidsvilkår den innleide skal ha.¹⁷⁶

For å synliggjøre at likebehandlingsprinsippet gjelder selv om det ikke er fastsatt arbeids- og ansettelsesvilkår i lov, forskrift, tariffavtale eller andre bindende alminnelige bestemmelser har departementet foreslått at arbeidsmiljøloven ikke skal henvisne til disse reguleringskildene. En slik angivelse kunne føre til for snever tolkning av likebehandlingsprinsippetets omfangsområde.¹⁷⁷ Der vikarbyrået ikke kan fastsette den innleide arbeidstakerens arbeids- og ansettelsesvilkår på de nevnte grunnlag, må vikarbyrået foreta en hypotetisk vurdering av hvilke vilkår den innleide ville fått ved ansettelse hos innleier. Dersom andre ansatte utfører tilsvarende arbeidsoppgaver i innleievirksomheten, og den innleide arbeidstaker kan sammenlignes med disse for så vidt gjelder kompetanse, erfaring, ansiennitet og ansvar, kan disse ansattes lønnsnivå tas i betraktning ved fastsettelse av den innleide arbeidstakerens lønn.¹⁷⁸ Det samme vil

¹⁷⁴ Prop. 74 L (2011-2012) s. 56.

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ Arbeidsdepartementets høringsnotat (2010) s. 30.

¹⁷⁷ Prop. 74 L (2011-2012) s. 53

¹⁷⁸ Ibid. Se også Rapport, Europakommisjonens ekspertkomité (2011) s. 18 punkt 3.

gjelde ved fastsettelse av andre arbeids- og ansettelsesvilkår som skal være gjenstand for likebehandling.¹⁷⁹

Det kan også tenkes tilfeller der den innleide arbeidstakeren er alene om å utføre den aktuelle type arbeid, slik at det ikke eksisterer noe sammenligningsgrunnlag i innleievirksomheten. En løsning kan da være å ta utgangspunkt i tariffavtaler som gjelder for tilsvarende arbeid i andre virksomheter.¹⁸⁰ Ettersom dette gjør vurderingen mer skjønnspreget må vikarbyrået gis rom for utøvelse av skjønn ved fastsettelse av den innleide arbeidstakerens vilkår.¹⁸¹ Vurderingen må imidlertid være reell, slik at vedkommende får de arbeids- og ansettelsesvilkår som ville vært gjeldende ved direkte ansettelse hos innleier.¹⁸²

5.4 INNLEIDE ARBEIDSTAKERES RETT TIL INFORMASJON OG FELLES GODER

I vikarbyrådirektivets artikkel 6 utdypes likebehandlingsprinsippet. Artikkel 6 nr. 1 og nr. 4 skal sikre at den innleide får informasjon om ledige stillinger hos innleier og adgang til de felles innretninger og goder innleier tilbyr, som kantine, barnepass og transport, i samme utstrekning som innleiers ansatte. Det er imidlertid adgang til forskjellsbehandling der dette er begrunnet i andre forhold enn innleien.¹⁸³

Når det gjelder informasjon om ledige stillinger følger det av aml.§ 14-1 at arbeidsgiver skal informere sine arbeidstakere om dette. Av ordlyden fremgår det ikke at også innleide skal få slik informasjon. Det er derfor nødvendig at dette presiseres i den aktuelle bestemmelsen.¹⁸⁴

¹⁷⁹ Rapport, Europakommisjonens ekspertkomité (2011) s. 18 siste avsnitt.

¹⁸⁰ Prop. 74 L (2011-2012) s. 53.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Ibid. s. 53-54.

¹⁸³ Ibid. s. 62.

¹⁸⁴ Ibid. s. 110.

”Felles innretninger og goder” må avgrenses mot individuelle goder som tilbys de ansatte. Goder og tjenester som ikke krever individuell vurdering av den enkelte, men som tilbys alle eller visse grupper av de ansatte, må anses å være felles.¹⁸⁵

Norsk rett inneholder ingen bestemmelse om at innleide skal sikres tilgang til slike felles goder. Departementet har derfor foreslått å lovfeste dette i en ny bestemmelse i aml.§ 14-12 a andre ledd.¹⁸⁶

5.5 UNNTAK FRA LIKEBEHANDLINGSPRINSIPPET

Selv om hovedregelen er likebehandling, åpner direktivets artikkel 5 for at likebehandlingsprinsippet kan fravikes i visse tilfeller. Ett av disse er unntak for utleide arbeidstakere som er fast ansatt i vikarbyrået med lønn mellom oppdragene, jf. artikkel 5 nr. 2. Unntaket kan etter bestemmelsens ordlyd kun gjelde den vikarbyråansattes lønn. Begrunnelsen for denne unntaksmuligheten er at en fast ansatt med garantilønn i prinsippet ikke har det samme behov for vern som midlertidig ansatte med garantilønn og faste og midlertidig ansatte uten garantilønn.¹⁸⁷ Direktivet fastsetter imidlertid ingen krav til garantilønnens størrelse, og i norsk rett har vi ingen lovfestet minstelønn. Det kunne derfor få store konsekvenser for nivået på den vikarbyråansattes lønn dersom utleide arbeidstakere med garantilønn skulle unntas fra likebehandling. For å sikre en reell gjennomføring av likebehandlingsprinsippet har departementet derfor gått inn for at det kun skal være adgang til å fravike prinsippet i tariffavtale mellom en landsomfattende arbeidstakerorganisasjon og arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening, slik direktivet fastsetter i artikkel 5 nr. 3.¹⁸⁸ Denne adgangen skal kunne reguleres i forskrift.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Ibid. s. 62.

¹⁸⁶ Ibid. s.110.

¹⁸⁷ Se vikarbyrådirektivets forale punkt 15.

¹⁸⁸ Se Prop. 74 L (2011-2012) s. 60-61 for en nærmere redegjørelse.

¹⁸⁹ Ibid. s.110.

5.6 VIKTIGE TILTAK FOR GJENNOMFØRING AV LIKEBEHANDLINGSPRINSIPPET I ARBEIDSMILJØLOVEN

5.6.1 Generelt om gjennomføringen av likebehandlingsprinsippet

Direktivets artikkel 10 nr. 1 krever at det fastsettes egnede tiltak for å sikre en tilfredsstillende gjennomføring av vikarbyrådirektivet i norsk rett. Høringsrunden resulterte i flere tiltaksforslag, og noen av disse forslagene er nå fremmet i Prop. 74 L (2011-2012). Tiltakene skal gjøre det mulig å praktisere likebehandling av innleides arbeids- og ansettelsesvilkår og sikre at likebehandlingsprinsippet følges. I det følgende vil jeg gjennomgå sentrale tiltak som foreslås inntatt i arbeidsmiljøloven.

5.6.2 Innsynsrett for tillitsvalgte

For å sikre reell likebehandling har departementet foreslått å lovfeste i ny aml.§ 14-12 b fjerde ledd at tillitsvalgte i innleievirksomheten skal ha innsynsrett i hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår den innleide har hos vikarbyrået.¹⁹⁰ Etter krav fra tillitsvalgte skal innleier dokumentere at disse vilkårene er i samsvar med likebehandlingsprinsippet. Det er således ingen plikt for innleier til å legge frem slike opplysninger uoppfordret. Tillitsvalgtes innsynsrett må ses i sammenheng med vikarbyråets opplysningsplikt overfor innleier vedrørende den vikarbyråansattes arbeids- og ansettelsesvilkår. Dette vil bli redegjort for under punkt 5.6.3.1. Arbeidsmiljøloven har ingen definisjon av begrepet ”tillitsvalgte”, men i forarbeidene er det uttalt at begrepet skal forstås vidt. Det betyr at tillitsvalgte kan være både organisasjonstillitsvalgte og representanter som ikke er tilknyttet noen organisasjon.¹⁹¹

Begrunnelsen for at innsynsretten legges til tillitsvalgte hos innleier i stedet for til tillitsvalgte i vikarbyrået der den innleide er ansatt, er at tillitsvalgte hos innleier vet hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder for de ansatte i innleievirksomheten. Det er derfor enklere for disse tillitsvalgte å foreta en sammenligning av vilkårene enn for tillitsvalgte i vikarbyrået, som ikke kjenner forholdene hos innleier.¹⁹² Under høringen ble det imidlertid anført at en slik innsynsrett ikke er et egnet tiltak for å

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ NOU 2004: 5 s. 116 og Prop. 74 L (2011-2012) s. 72.

¹⁹² Prop. 74 L (2011-2012) s. 69.

kontrollere at likebehandlingsprinsippet etterleves med hensyn til lønn, da lønn ofte fastsettes skjønnsmessig. De tillitsvalgte vil dermed ikke ha de nødvendige forutsetninger for å avgjøre om kravet til likebehandling er overholdt.¹⁹³ Det ble også påpekt at tillitsvalgte i innleievirksomheten ikke nødvendigvis har interesse av å ivareta en innleid arbeidstakers rettigheter, fordi utstrakt bruk av innleid arbeidskraft kan oppfattes som en trussel mot de ansatte i innleievirksomheten, og i stedet føre til at de innleides rettigheter motarbeides.¹⁹⁴ Enkelte høringsinstanser er derfor av den oppfatning at en slik tilsynsfunksjon bør legges til offentlige organer, for eksempel Arbeidstilsynet.¹⁹⁵

Departementet viser imidlertid til at en lignende ordning med innsynsrett for tillitsvalgte praktiseres i forbindelse med allmenngjøring av tariffavtaler¹⁹⁶, og at et slikt tiltak er godt egnet til å sikre at likebehandlingsprinsippet etterleves, selv om denne vurderingen har et skjønnsmessig preg. Tillitsvalgte i innleievirksomheten bør ha interesse av å kjenne til hvilke vilkår de innleide har, slik at ikke de ansattes egne lønns- og arbeidsvilkår undergraves, for eksempel ved at de innleide arbeidstakernes lønninger dumpes.¹⁹⁷ Et annet argument er at innsynsrettens funksjon kun skal være å avdekke mulige brudd på likebehandlingsprinsippet. Tillitsvalgte vil på ingen måte tildeles kompetanse til å avgjøre om det faktisk foreligger brudd på prinsippet i det enkelte tilfellet.¹⁹⁸

Det kan spørres om en lovfestet innsynsrett for tillitsvalgte utgjør en ulovlig restriksjon på fri bevegelighet av innleid arbeidskraft etter restriksjonsforbudet i vikarbyrådirektivets artikkel 4 nr. 1 og EØS-avtalen artikkel 36, som forbyr restriksjoner på tjenesteyting i EØS-området. I 2011 vurderte ESA lovligheten av tillitsvalgtes innsynsrett etter allmenngjøringsloven § 11, og konkluderte med at

¹⁹³ Ibid. s. 71.

¹⁹⁴ Høringsuttalelse, YS (2010) s. 2 og Notat, Wiersholm (2012) punkt 2.2.

¹⁹⁵ Høringsuttalelse, Virke (2012) s. 7.

¹⁹⁶ Se allmenngjøringsloven § 11 femte ledd og forskrift 22. februar 2008 om informasjons- og påseplikt og innsynsrett kap. 3.

¹⁹⁷ Høringsuttalelse, YS (2012) s. 2.

¹⁹⁸ Prop. 74 L (2011-2012) s. 69 og 71.

bestemmelsen ikke utgjorde en restriksjon. Departementet er derfor av den oppfatning at innsynsretten bidrar til å sikre at likebehandlingsprinsippet følges, og at det ikke er noen grunn til at en slik innsynsrett skal vurderes annerledes enn innsynsretten etter allmenngjøringsloven.¹⁹⁹ Det er også departementets mening at dersom innsynsretten skulle anses som en restriksjon kan den begrunnes i hensynet til vern av arbeidstakere, og vil således ikke være i strid med EØS-avtalen artikkel 36 eller vikarbyrådirektivets artikkel 4 nr. 1.²⁰⁰

Opplysninger om en innleid arbeidstakers arbeids- og ansettelsesvilkår må anses som personopplysninger i henhold til personopplysningsloven²⁰¹ § 2 nr. 1. Det oppstår derfor spørsmål om innsynsrett for tillitsvalgte er i strid med gjeldende regler om personvern i personopplysningsloven, og med retten til privatliv etter artikkel 8 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), som er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven²⁰². Etter departementets vurdering strider ikke innsynsretten mot disse bestemmelsene. Dette begrunnes med at personopplysningsloven ikke hindrer innsynsrett i personopplysninger når dette er fastsatt i lov, og at innsynsretten etter departementets forslag kun skal gjelde de grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår²⁰³ som omfattes av likebehandlingsprinsippet.²⁰⁴ I tillegg skal innsynsretten forbeholdes lokale tillitsvalgte hos innleier, og opplysningene det gis innsyn i skal være underlagt taushetsplikt.²⁰⁵ Forutsatt at innsynsretten underlegges slike begrensninger taler dette for at innsynsretten ikke vil være i strid med gjeldende rett.

Det har også vært hevdet at innsynsrett for tillitsvalgte kan stride mot prinsippet om den negative organisasjonsfrihet, det vil si retten til ikke å organisere seg, som Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har tolket inn i EMK artikkel 11.

¹⁹⁹ Ibid. s. 70.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Lov 14.april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger.

²⁰² Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett. EMK er i § 3 gitt forrang ved konflikt med annen norsk lovgivning.

²⁰³ Se punkt 6.2.1.

²⁰⁴ Se personopplysningsloven §§ 6 og 8 og Prop. 74 L (2011-2012) s. 71.

²⁰⁵ Prop. 74 L (2011-2012) s. 71.

Begrunnelsen for dette synet er at innsynsretten kan øve press på den innleide til å organisere seg i en bestemt organisasjon, ettersom tillitsvalgte ofte vil være organisert. Departementet har imidlertid vurdert det slik at innsynsretten ikke legger et slikt press på arbeidstaker.²⁰⁶

5.6.3 Opplysningsplikt

For å sikre gjennomføring av likebehandlingsprinsippet har departementet foreslått å innta bestemmelser om opplysningsplikt i ny aml.§ 14-12 b første, andre og tredje ledd.²⁰⁷ Disse lovforslagene vil bli redegjort for i det følgende.

5.6.3.1 Vikarbyråets opplysningsplikt overfor innleier

Tillitsvalgte hos innleier skal gjennom innsynsretten føre kontroll med at likebehandlingsprinsippet overholdes. For å sikre at tillitsvalgtes kontrollfunksjon blir reell og at innleier kan overholde sin dokumentasjonsplikt, er det foreslått å lovfeste en plikt for vikarbyrået til å opplyse innleier om hvilke lønns- og arbeidsvilkår den vikarbyråansatte har i ny aml.§ 14-12 b tredje ledd. Opplysningsplikten skal kun gjelde når innleier krever opplysningene, eksempelvis når tillitsvalgte har fremmet krav om innsyn overfor innleier, og inntretr således ikke automatisk. Dette fører til lavere administrasjonskostnader for vikarbyrået, og sikrer at den informasjon vikarbyrået gir innleier er oppdatert.²⁰⁸

For å hindre at opplysningsplikten utgjør en restriksjon er det viktig at den ikke favner for vidt. Opplysningsplikten må ikke strekke seg utover det som er nødvendig for å oppfylle kravet til likebehandling i norsk rett. Det er derfor foreslått at vikarbyrået kun skal ha plikt til å opplyse innleier om de grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår som omfattes av likebehandlingsprinsippet, slik at innsynsretten og opplysningsplikten vil ha samme omfang.²⁰⁹ Innleier skal også pålegges taushetsplikt med hensyn til de mottatte opplysninger i samme utstrekning som taushetsplikt pålegges tillitsvalgte.

²⁰⁶ Ibid. s. 70-71.

²⁰⁷ Ibid. s. 110-111.

²⁰⁸ Ibid. s. 73.

²⁰⁹ Ibid.

Innleier kan kun benytte opplysningene for å oppfylle sin dokumentasjonsplikt overfor tillitsvalgte.²¹⁰

5.6.3.2 Innleiers opplysningsplikt overfor vikarbyrået

For at vikarbyrået skal være i stand til å overholde kravet til likebehandling av den utleides arbeids- og ansettelsesvilkår, er det viktig at vikarbyrået får informasjon om hvilke vilkår som gjelder i innleievirksomheten, særlig i forhold til lønnsnivå. En måte å løse dette på er å overlate til innleier og utleier å regulere dette i kontrakten som inngås mellom dem. Dette vil imidlertid ikke gi den samme sikkerhet for utveksling av nødvendig informasjon som en opplysningsplikt fastsatt i lov. For å sikre tilstrekkelig klare regler har departementet derfor foreslått at innleier skal ha en lovbestemt plikt til å gi vikarbyrået alle opplysninger som er nødvendige for å kunne ivareta kravet til likebehandling.²¹¹ Dette skal fremgå i ny aml.§ 14-12 b første ledd.

Et viktig spørsmål er hva som ligger i ”nødvendige” opplysninger. Det fremgår av forarbeidene at dette vil avhenge av de konkrete omstendigheter. Dersom det foreligger objektive kriterier i lov, forskrift, tariffavtale eller interne retningslinjer i innleievirksomheten, plikter innleier å opplyse vikarbyrået om dette. Det vil også være nødvendig å opplyse om hvilke vilkår den innleide ville fått ved direkte ansettelse, for eksempel der det ikke finnes objektive kriterier for fastsettelse av lønn. Hva som utgjør ”nødvendige” opplysninger vil derfor være skjønnsmessig. Kravet er at vikarbyrået skal få tilstrekkelige opplysninger til å kunne fastsette den innleides arbeids- og ansettelsesvilkår i samsvar med likebehandlingsprinsippet.²¹² Av konfidensialitetshensyn er det foreslått at vikarbyrået skal pålegges taushetsplikt og kun ha anledning til å benytte opplysningene i forbindelse med sin plikt til å sikre likebehandling.²¹³ Det er foreløpig ikke tatt stilling til på hvilket tidspunkt innleiers opplysningsplikt skal inntre.

²¹⁰ Ibid. s. 73-74.

²¹¹ Ibid. s. 75.

²¹² Ibid.

²¹³ Ibid.

5.6.3.3 Vikarbyråets opplysningsplikt overfor den vikarbyråansatte

Som et ledd i å sikre likebehandling bør også den vikarbyråansatte selv kunne kontrollere at likebehandlingsprinsippet etterleves. Dette gir arbeidstaker mulighet til rettslig forfølgelse av eventuelle krav som oppstår. For at denne muligheten skal være reell har departementet foreslått at vikarbyrået skal pålegges en plikt til å opplyse arbeidstaker om grunnlaget for fastsettelsen av de lønns- og arbeidsvilkår arbeidstaker tilbys, ettersom arbeidstaker ikke har anledning til å kreve slike opplysninger fra innleier.²¹⁴ Denne plikten skal fremgå i ny aml.§ 14-12 b andre ledd.

Høringsrunden resulterte i ulike synspunkter på hvor omfattende vikarbyråets opplysningsplikt skal være, og når den skal inntre. Enkelte høringsinstanser ga uttrykk for at opplysningsplikten må inntre før arbeidstaker begynner å arbeide i innleievirksomheten, og omfatte alle opplysninger som er nødvendige for å avgjøre om likebehandlingsprinsippet er overholdt.²¹⁵ Det vil i praksis innebære de samme opplysninger som innleier plikter å gi vikarbyrået, jf. punkt 5.6.3.2. Et synspunkt som ble fremmet var også at disse opplysningene bør inntas i arbeidskontrakten mellom utleier og arbeidstaker hver gang arbeidstaker påtar seg arbeid hos en ny innleier.²¹⁶ Andre høringsinstanser ønsker ikke at arbeidstaker skal ha krav på alle opplysninger som ligger til grunn for fastsettelsen av arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkår, da vikarbyrået i en slik situasjon kan bli forpliktet til å oppgi hvilken lønn bestemte personer i innleievirksomheten har.²¹⁷

Det er også et omstridt spørsmål om opplysningsplikten skal inntre automatisk eller være betinget av at den vikarbyråansatte uttrykkelig krever at opplysningene gis. Et forslag som ble fremmet i høringsrunden er at opplysningsplikten kun skal inntre på visse vilkår, for eksempel at arbeidstaker kan vise til en konkret mistanke om at likebehandlingsprinsippet ikke følges.²¹⁸

²¹⁴ Ibid. s. 77.

²¹⁵ Høringsuttalelse, LO (2012) s. 3-4.

²¹⁶ Høringsuttalelse, YS (2012) s. 2.

²¹⁷ Høringsuttalelse, Advokatforeningen (2012) s. 2.

²¹⁸ Høringsuttalelse, Virke (2012) s. 9.

Etter departementets mening er det viktig å sikre at den vikarbyråansatte har mulighet til å kontrollere at likebehandlingsprinsippet følges, slik at vedkommende kan beskytte sine rettigheter, eksempelvis gjennom domstolene. For at denne kontrollmuligheten skal bli reell må vikarbyrået gi den vikarbyråansatte de opplysninger som de aktuelle arbeids- og ansettelsesvilkår baseres på, jf. punkt 5.6.3.2. Dette vil ikke føre til særlig merarbeid for vikarbyrået, da dette i realiteten innebærer en videreformidling av de opplysninger som er mottatt fra innleier.²¹⁹ Det vil imidlertid føre for langt å pålegge vikarbyrået å formidle disse opplysningene til arbeidstaker uoppfordret. Departementet har derfor foreslått at vikarbyrået kun skal pålegges opplysningsplikt når arbeidstaker krever det.²²⁰ Det er heller ikke nødvendig at arbeidstaker viser til en konkret mistanke om brudd på likebehandlingsprinsippet for at vikarbyråets opplysningsplikt skal inntre.²²¹

5.6.4 Innleiers solidaransvar for lønn

Som arbeidsgiver er vikarbyrået ansvarlig for utbetaling av lønn og feriepenger til den utleide arbeidstaker, jf. punkt 2.4.2. Selv om innleier i visse tilfeller pålegges et delt arbeidsgiveransvar på grunn av trepartsforholdet som oppstår ved innleie, gjelder dette tradisjonelt ikke ansvaret for lønnsutbetaling. For å sikre at den vikarbyråansatte får det vederlag vedkommende har krav på i henhold til likebehandlingsprinsippet, har departementet imidlertid foreslått at også innleier skal pålegges en slik forpliktelse. Innleier blir dermed solidarisk ansvarlig for vikarbyråets plikt til å utbetale arbeidstaker lønn, feriepenger og eventuelle andre vederlag for arbeid.

Innføring av et solidaransvar for innleier vedrørende lønn reiser en rekke problemstillinger. På den ene siden kan det synes urimelig at innleier, som ikke er den innleides arbeidsgiver, skal ha plikt til å dekke arbeidstakers krav på lønn. Det er vikarbyrået som har besluttet hvilken lønn arbeidstaker skal få, og der dette ikke er i samsvar med likebehandlingsprinsippet er det vikarbyrået som er nærmest til å utbetale

²¹⁹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 77.

²²⁰ Ibid.

²²¹ Ibid. s. 77-78.

den lønn arbeidstaker skal ha. Det kan derfor være et inngripende tiltak at innleier får plikt til å dekke lønn for andre enn egne ansatte.

På den andre siden skal innleier gjennom den foreslåtte opplysningsplikten gi vikarbyrået alle nødvendige opplysninger for å fastsette arbeidstakers lønn. Ved å pålegge innleier et solidaransvar vil innleier lettere tilstrebe at utleier får så eksakte opplysninger som mulig om de gjeldende lønnsvilkår i innleievirksomheten.²²² Et ytterligere argument er at et solidaransvar kan bidra til at innleier unngår å benytte arbeidskraft fra useriøse aktører, da dette vil medføre større risiko for å bli gjort ansvarlig for den innleides lønn.²²³ Enkelte arbeidsgiverorganisasjoner påpekte imidlertid i høringsrunden at en konsekvens av dette kan bli at små selskaper i vikarbyråbransjen utkonkurreres fordi innleier søker å sikre seg mot økonomisk tap ved kun å benytte de store vikarbyråene som garantert kan innfri et krav om regress.²²⁴ Etter departementets mening er det likevel viktigere å sikre arbeidstakers muligheter til å få lønn i samsvar med likebehandlingsprinsippet. Et solidaransvar for lønn vil være et effektivt tiltak, blant annet fordi innleier kan ha muligheten til å holde tilbake vederlaget til vikarbyrået, og slik sett står sterkere overfor vikarbyrået enn det arbeidstaker gjør.²²⁵ I tillegg kan det argumenteres for at tiltaket ikke vil være så byrdefullt for innleier, fordi innleier allerede har et solidaransvar for skattetrekk, jf. punkt 2.4.4, selv om dette ansvaret ikke er like omfattende som et solidaransvar for lønn.

Når det gjelder solidaransvarets omfang, er departementets forslag at innleier kun plikter å dekke lønn tilsvarende det som ville vært gjeldende ved direkte ansettelse i innleievirksomheten. Innleiers ansvar vil kun gjelde lønn mv. som er opptjent hos vikarbyrået i forbindelse med det aktuelle innleieforholdet. Dersom vikarbyrået og den vikarbyråansatte har avtalt høyere lønn enn det arbeidstaker har krav på etter

²²² Ibid. s. 81.

²²³ Ibid.

²²⁴ Høringsuttalelse, Virke (2012) s. 6 -7.

²²⁵ Prop. 74 L (2011-2012) s. 81.

likebehandlingsprinsippet, skal dette ikke inngå i innleiers forpliktelse.²²⁶ Kravet må i utgangspunktet være forfalt, men opptjente feriepengar som ennå ikke er forfalt skal likevel omfattes. Dette er begrunnet i feriepengers nære tilknytning til lønn. Vikarbyråets mislighold av lønnsutbetaling øker sannsynligheten for at også plikten til å utbetale feriepengar misligholdes.²²⁷

Et spørsmål er *når* innleiers solidaransvar skal inntre. Departementets forslag er at innleier blir ansvarlig straks vikarbyrået har misligholdt utbetalingen av arbeidstakers lønn, på samme måte som i allmenngjøringsloven § 13. I motsetning til lønnsfastsettelse etter allmenngjøringsloven, der lønn baseres på tariff, vil den vikarbyråansattes lønn i innleietilfellene ofte fastsettes skjønnsmessig. I høringsrunden ble det således påpekt at dette skjønnselementet lettere fører til tvist om hvilken lønn arbeidstaker skal ha etter likebehandlingsprinsippet, og at det derfor kan anses urimelig at innleier umiddelbart skal ansvarliggjøres ved en tvist, ettersom det er vikarbyrået som har fastsatt den utleides lønn. Av denne grunn ble det uttalt at arbeidstaker først bør rette sitt krav mot vikarbyrået.²²⁸ Departementet mener imidlertid at den foreslåtte opplysningsplikten for innleier overfor vikarbyrået vil avdekke uoverensstemmelser vedrørende arbeidstakers lønn på et tidligere tidspunkt, og at det derfor ikke er en hensiktsmessig løsning at arbeidstaker først må rette sitt krav mot vikarbyrået. Vikarbyrået har fastsatt arbeidstakers lønn på bakgrunn av innleiers opplysninger, og dette taler for at innleier er nærmest til å oppklare uenighet vedrørende arbeidstakers lønn. Arbeidstakers vern blir mer effektivt når arbeidstaker kan rette sitt krav direkte mot innleier.²²⁹

Departementet foreslår vidare at arbeidstakers krav må fremmes skriftlig overfor innleier innen tre måneder etter lønnskravet er forfalt. Fristens lengde gir arbeidstaker tilstrekkelig tid til å områ seg, samtidig som det tas hensyn til at innleier etter en viss tid med sikkerhet skal kunne vite at solidaransvaret ikke lenger gjelder.²³⁰ Etter

²²⁶ Ibid. s. 85.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ Høringsuttalelse, KS (2012) s. 3-4.

²²⁹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 86

²³⁰ Ibid.

departementets mening skal fristens utgangspunkt være det tidspunkt for lønnsutbetaling som er avtalt mellom arbeidstaker og vikarbyrået, og fristen avbrytes ved at arbeidstakers skriftlige krav er kommet frem til innleier. Det betyr at innleier ikke vil være ansvarlig for krav som kommer frem etter fristens utløp.²³¹ Det er likevel ikke til hinder for at arbeidstaker fortsatt kan fremme sitt krav overfor vikarbyrået etter foreldelseslovens²³² frister.

Skriftlighetskravet sikrer notoritet for at arbeidstakers krav er fremsatt innen fristen. Det er ingen absolutt betingelse at arbeidstaker dokumenterer sitt krav overfor innleier, men med god dokumentasjon, for eksempel fremleggelse av arbeidskontrakt eller lønnslipp, vil innleier raskere føle seg forpliktet til å innfri arbeidstakers krav. Departementet foreslår at innleier skal betale arbeidstaker innen tre uker etter at kravet er mottatt. I tillegg understrekes viktigheten av å forhindre at solidaransvaret misbrukes. I tilfeller der vikarbyrået og den vikarbyråansatte åpenbart har hatt til hensikt å påføre innleier økte lønnskostnader skal kravet kunne avvises av innleier.²³³ Der innleier blir ansvarlig for utbetaling av arbeidstakers lønn har innleier mulighet til å søke regress hos vikarbyrået.

Enkelte arbeidsgiverorganisasjoner påpekte under høringsrunden at innføring av et solidaransvar vil utgjøre en ulovlig restriksjon etter EØS-avtalens artikkel 36 og vikarbyrådirektivets artikkel 4.²³⁴ Departementet er imidlertid ikke enig i dette. I 2011 vurderte ESA lovligheten av solidaransvaret etter allmenngjøringsloven § 13, og konkluderte med at bestemmelsen ikke utgjorde en restriksjon.²³⁵ Etter departements mening vil solidaransvaret uansett kunne begrunnes i hensynet til vern av arbeidstakere, og etter direktivets artikkel 10 være et egnet tiltak for å sikre at likebehandlingsprinsippet etterleves.²³⁶

²³¹ Ibid. s. 87.

²³² Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer § 2.

²³³ Prop. 74 L (2011-2012) s. 87.

²³⁴ Notat, Wiersholm (2012) punkt 4.

²³⁵ ESA, Case No: 66513 (2. mars 2011).

²³⁶ Prop. 74. L (2011-2012) s. 84.

5.7 INNLEIERS ANSVAR FOR INNLEIDE ARBEIDSTAKERES ARBEIDSTID

Som nevnt i punkt 2.4.8, fremgår det av forarbeidene at også innleier har et ansvar for å overholde arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidstid i den perioden arbeidstaker er innleid. Arbeidstilsynet avdekker stadig brudd på disse bestemmelsene ved innleie, og for å synliggjøre at plikten også påhviler innleier, ønsker departementet at dette skal fremgå direkte av lovens ordlyd som et tillegg til aml.§ 2-2 første ledd. I høringsrunden ble det påpekt at en slik tilføyelse i loven kan føre til pulverisering av arbeidsgiveransvaret ved at utleier og innleier vil skyve sitt ansvar over på hverandre, med det resultat at ingen tar ansvaret for at arbeidstakers arbeidstid er i henhold til lovens krav.²³⁷ Etter departementets mening er det imidlertid viktig at innleiers ansvar for den innleides arbeidstid presiseres i loven for å styrke arbeidstakers vern. Den foreslåtte tilføyelsen skal ikke erstatte vikarbyråets arbeidsgiveransvar, og det forutsettes dermed at vikarbyrået fortsatt skal ha det primære ansvaret for den vikarbyråansattes arbeidstid.²³⁸

²³⁷ Høringsuttalelse, Spekter (2012) s. 4.

²³⁸ Prop. 74 L (2011-2012) s. 90-91.

6 AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER – MULIGE VIRKNINGER AV IMPLEMENTERING AV VIKARBYRÅDIREKTIVET I NORSK RETT

Som redegjort for ovenfor, kan innleide arbeidstakere kreve arbeids- og ansettelsesvilkår i samsvar med likebehandlingsprinsippet når vikarbyrådirektivet er gjennomført i norsk rett. Kravet om likebehandling skal beskytte innleide og gi disse bedre betingelser med hensyn til arbeidstid og lønn. Det kan imidlertid spørres hvordan implementeringen av vikarbyrådirektivet vil påvirke situasjonen for vikarbyråansatte, vikarbyråene og innleievirksomhetene i praksis.

Vikarbyråene kan bidra til et mer fleksibelt arbeidsmarked ved å lette tilgangen på arbeidskraft for virksomheter med et midlertidig behov for økt bemanning, og samtidig gjøre det enklere for arbeidstakere å komme inn på arbeidsmarkedet. Innføringen av et likebehandlingskrav kan innebære at bruken av arbeidsleie i større grad begrenses til de tilfeller der det faktisk foreligger et reelt behov for midlertidig arbeidskraft.²³⁹

Ettersom vikarbyråansattes lønnsnivå generelt er lavere enn for innleiers ansatte vil imidlertid likebehandlingsprinsippet medføre en økning i lønnskostnader for vikarbyråene, selv om individuelle og bransjemessige forskjeller vil avgjøre hvor stor betydning dette vil ha i det enkelte tilfellet.²⁴⁰ I tillegg vil vikarbyråets opplysningsplikt overfor vikarbyråansatte medføre en viss økning i vikarbyråets administrasjonskostnader. For å dekke opp for økte kostnader vil antakelig vikarbyråene tvinges til å høyne prisen på arbeidsleie. Høyere pris på innleietjenester, sammen med økte administrasjonskostnader for innleier i forbindelse med tillitsvalgtes innsynsrett og innleiers opplysningsplikt overfor tillitsvalgte og vikarbyrået, kan føre til nedgang i etterspørselen etter innleid arbeidskraft.²⁴¹ Dette kan bety at enkelte virksomheter med

²³⁹ Ibid. s. 51.

²⁴⁰ Fafo Rapport 2011:33 s. 71 flg.

²⁴¹ Prop. 69 S (2011-2012) s. 2.

et midlertidig behov for arbeidskraft i fremtiden velger å ansette arbeidstaker direkte i virksomheten, i stedet for å leie inn arbeidstaker via et vikarbyrå.

Når det gjelder utsendte arbeidstakere har departementet vurdert det slik at også disse arbeidstakerne skal omfattes av likebehandlingsprinsippet. Dette vil være et middel for å hindre sosial dumping. Utenlandske vikarbyrå blir dermed forpliktet til å utbetale sine arbeidstakere lønninger basert på norsk lønnsnivå når disse leies ut til virksomheter i Norge. Slike krav kan være vanskelig å oppfylle for utenlandske vikarbyrå, og kan i praksis føre til mindre tilgang på utenlandsk arbeidskraft.

Departementet har også uttalt at fast ansatte med garantilønn ikke skal unntas fra likebehandling. En mulig virkning av dette kan bli at de vikarbyråene som har praktisert fast ansettelse med garantilønn i stedet vil begynne å tilby vikarbyråansatte fast ansettelse uten lønn mellom oppdrag. Dersom fast ansatte med garantilønn var blitt unntatt fra likebehandling hadde det vært nødvendig å regulere garantilønnens minimumsnivå, da man ellers hadde stått i fare for at nivået på slike lønninger ble dumpet.

Innføringen av et solidaransvar for innleier vil sikre at den vikarbyråansatte får utbetalt lønn mv. der vikarbyrået unndrar seg sin forpliktelse. For innleievirksomheter som allerede har et solidaransvar for den innleides lønn etter allmenngjøringsloven, endres ikke ansvarsforholdet mellom innleier og vikarbyrået ved at innleier pålegges ytterligere ansvar. Solidaransvaret utgjør imidlertid en økonomisk risiko for innleier, selv om innleier kan kreve regress hos vikarbyrået. I de tilfeller innleier krever å kunne holde tilbake deler av vederlaget som sikkerhet dersom solidaransvaret skulle inntre, kan dette igjen medføre en viss likviditetsbelastning for vikarbyrået.²⁴² Dette innebærer at vikarbyrået i slike tilfeller kan få problemer med å innfri løpende forpliktelser, eksempelvis utbetaling av lønn til sine ansatte.

Det kan til slutt påpekes at vikarbyrådirektivet ikke vil styrke innleide arbeidstakers stillingsvern. Direktivet oppstiller heller ingen krav om likebehandling når det gjelder

²⁴² Prop. 74 L (2011-2012) s. 101-102.

helse, miljø og sikkerhet (HMS) for innleide arbeidstakere. På disse punkter vil ikke innleide arbeidstakere få bedre beskyttelse. Ettersom individuelle arbeidsavtaler ikke skal inngå i likebehandlingen kan vikarbyrådirektivet også få begrenset betydning der arbeidstaker leies inn til ikke-organiserte virksomheter i de tilfeller man befinner seg utenfor området for allmenngjorte tariffavtaler.²⁴³

På det nåværende tidspunkt endrer ikke vikarbyrådirektivet rammene for hva som er lovlig innleie av arbeidstakere fra vikarbyrå. Departementets konklusjon er at de nåværende begrensninger i arbeidsmiljøloven kan opprettholdes, slik at adgangen til innleie etter aml.§ 14-12 første ledd fortsatt vil være tillatt i samme utstrekning som det er adgang til å inngå midlertidig ansettelser etter aml.§ 14-9 første ledd. Regjeringen vil legge frem en erklæring i EØS-komiteen som understreker synspunktet om at de gjeldende regler om innleie i arbeidsmiljøloven kan beholdes.²⁴⁴

Implementeringen av vikarbyrådirektivet i norsk rett vil imidlertid innebære at tvister om anvendelsen av direktivet kan bringes inn for EFTA-domstolen. Domstolens avgjørelser vil følgelig påvirke rettsutviklingen i Norge. Dette kan tvinge frem lovendringer som strider mot vår hovedregel om at innleide arbeidstakere skal ansettes fast, selv om departementet på det nåværende tidspunkt mener at restriksjonen på arbeidsleie kan begrunnes i allmenne hensyn. Dersom Norge i fremtiden pålegges å oppheve begrensningen på innleie vil det antakelig føre til økt bruk av slike midlertidige arbeidsforhold, mindre forutsigbarhet og dårligere vern for innleide arbeidstakere.

²⁴³ Alsos (2010) s. 26. Se også punkt 5.2.1.

²⁴⁴ Prop. 68 S (2011-2012) s. 3.

LITTERATURLISTE

LITTERATUR

- Jakhelln (2006) Jakhelln Henning *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg.2006, 4. opplag 2010. Oslo, 2006.
- Fougner, Kommentartutgave (2006) Fougner, Jan og Lars Holo *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*. Oslo, 2006.
- arbeidsrett.no, Kommentartutgave (2011) *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven*. Henning Jakhelln ... [et al.]. 3. utg. 1. opplag. Oslo, 2011.
- Johansen, Kommentartutgave (2011) Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland *Arbeidsmiljøloven Kommentarer og praksis*. 1. utg. Oslo, 2011.
- Fougner (2009) Fougner, Jan *Læren om fast ansettelse ved varig behov*. I: *Arbeidsrett* nr. 2. 2009, s. 98-102 (Sitert fra Idunn.no)
- Søreide (2010) Søreide, Christel *Fireårsregelen ved innleie av arbeidskraft*. I: *Arbeidsrett* nr. 1-2. 2010, s. 75-81 (Sitert fra Idunn.no)
- Alsos (2010) Alsos, Kristin *Bemanningsdirektivet Mulige konsekvenser for norsk rett*. Oslo, 2010.
<http://www.fafo.no/pub/rapp/10104/10104.pdf>

LOVREGISTER

Arbeidsmiljøloven	Lov 17.juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.m.
Arbeidsmarkedsloven	Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester
Sysselsettingsloven	Lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting
Ferieloven	Lov 29.april 1988 nr. 21 om ferie
Allmenngjøringsloven	Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v
Tjenestepensjonsloven	Lov 21. desember 2005 nr. 124 om obligatorisk tjenestepensjon
Foretakspensjonsloven	Lov 24. mars 2000 nr. 16 om foretakspensjon
Innskuddspensjonsloven	Lov 24. november 2000 nr. 81 om innskuddspensjon i arbeidsforhold
Skattebetalingsloven	Lov 17. juni 2005 nr. 67 om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav
Folketrygdloven	Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd
Yrkesskadeforsikringsloven	Lov 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskadeforsikring
Personopplysningsloven	Lov 14.april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Foreldelsesloven	Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer
Likestillingsloven	Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene
Diskrimineringsloven	Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.
Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	Lov av 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne

FORSKRIFTER

Forskrift 21. desember 2007 nr. 1766 til utfylling og gjennomføring mv. av skattebetalingsloven

Forskrift 22. februar 2008 nr. 166 om informasjons- og påseplikt og innsynsrett

FORARBEIDER

NOU 1990: 20	Forenklet folketrygdlov
NOU 1998: 15	Arbeidsformidling og arbeidsleie
NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)	Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Ot.prp. nr. 70 (1998-1999)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., i lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. og i lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 54 (2008-2009)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)
Ot.prp. nr. 88 (2008-2009)	Om lov om endringer i allmenngjøringsloven m.m.
Prop. 104 L (2009-2010)	Endringer i arbeidsmiljøloven (midlertidig ansettelse mv.)
Prop. 74 L (2011-2012)	Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv.
Prop. 69 S (2011-2012)	Samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2008/104/EF om vikararbeid (vikarbyrådirektivet)
Innst. O. nr. 2 (1994-1995)	Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4. februar 1977
Innst. O nr. 30 (1997-1998)	Innstilling fra kommunalkomiteen om forslag fra stortingsrepresentantene Jan Petersen, Erna Solberg og Sverre J Hoddevik om lov om endring i lov av 4.februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (Endring av arbeidsmiljøloven § 58A slik at bestemmelsen ivaretar hensynet til arbeidstakers stillingsvern uten å hindre ny sysselsetting.)

Høringsnotater:

Arbeidsdepartementets
høringsnotat (2010)

Arbeidsdepartementet, *Høring om konsekvenser av vikarbyrådirektivet* (10.9.2010).
http://www.regjeringen.no/upload/AD/publikasjoner/hoering/2010/AMS/vikarbyraadirektivet/Hoeringsnotat_Horing_om_konsekvenser_av_vikarbyraadirektivet.pdf [Sisert 15. mars 2012]

Arbeidsdepartementets
høringsnotat (2011)

Arbeidsdepartementet, *Høring - Forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterleves* (12.12.2011).
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/hoeringer/hoeringsdok/2011/horing--forslag-til-tiltak-for-a-sikre-a/horingsnotat.html?id=666369> [Sitert 15. mars 2012]

Høringsuttalelser:

Høringsuttalelse,
Advokatforeningen (2010)

Den Norske Advokatforening, *Høringsuttalelse – vikarbyrådirektivet*. Sendt per brev til Arbeidsdepartementet 22. desember 2010.
http://www.regjeringen.no/pages/14001632/Advokatforeningen_merknader.pdf [Sitert 3.april 2012]

Høringsuttalelse,
Advokatforeningen (2012)

Den Norske Advokatforening, *Høringsuttalelse-tilleggshøring vedrørende EUs vikarbyrådirektiv (2008/104/EF), "Forslag til tiltak for å sikre at regler om inn og utleie av arbeidskraft etterleves"*. Sendt per brev til Arbeidsdepartementet 6.februar 2012.
http://www.regjeringen.no/pages/36520812/_advokatforeningen_merknader.pdf [Sitert 3.april 2012]

Høringsuttalelse, KS (2010)

Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon, *Vikarbyrådirektiv – Høringsuttalelse*. Sendt per brev til Arbeidsdepartementet 15. desember 2010.
http://www.regjeringen.no/pages/14001632/KS_merknader.pdf [Sitert 3.april 2012]

- Høringsuttalelse, KS (2012) Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon, *Høringsuttalelse – forslag til tiltak for å sikre at reglene vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterleveres*. Sendt per brev til Arbeidsdepartementet 30. januar 2012.
http://www.regjeringen.no/pages/36520812/KS_merknader.pdf [Sitert 3.april 2012]
- Høringsuttalelse, LO (2012) Landsorganisasjonen i Norge, *Høring- Forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn og utleie av arbeidskraft etterleveres*. Sendt per brev til Arbeidsdepartementet 30. januar 2012.
http://www.regjeringen.no/pages/36520812/Landsorganisasjonen-_i_Norge_merknader.pdf [Sitert 3.april 2012]
- Høringsuttalelse, NHO (2010) Næringslivets Hovedorganisasjon, *Høring – Bemanningsbyrådirektivet*. Sendt per brev til Arbeidsdepartementet 20. desember 2010.
http://www.regjeringen.no/pages/14001632/NHO_merknader.pdf [Sitert 3.april 2012]
- Høringsuttalelse, Spekter (2012) Arbeidsgiverforeningen Spekter, *Høring- forslag til regelverk ved implementering av vikarbyrådirektivet*. Sendt per brev til Arbeidsdepartementet 27. januar 2012.
http://www.regjeringen.no/pages/36520812/Spekter_merknader.pdf [Sitert 3.april 2012]
- Høringsuttalelse, YS (2010) Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund, *Høring – Implementering av vikarbyrådirektivet*. Sendt per brev til Arbeidsdepartementet 7. desember 2010.
http://www.regjeringen.no/pages/14001632/YS_merknader.pdf [Sitert 3.april 2012]

- Høringsuttalelse, YS (2012) Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund, *Høring forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterleveres*. Sendt per brev til Arbeidsdepartementet 30. januar 2012.
http://www.regjeringen.no/pages/36520812/Yrkesorganisasjonenes_Sentralforbund_merknader.pdf [Sitert 3.april 2012]
- Høringsuttalelse, Virke (2012) Hovedorganisasjonen Virke, *Høringsvar – Forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterleveres*. Sendt per brev til Arbeidsdepartementet 27. januar 2012.
http://www.regjeringen.no/pages/36520812/Virke_merknader.pdf [Sitert 3.april 2012]
- Notat, Wiersholm (2012) Wiersholm, Mellbye & Beck, *Notat til NHO, Spekter og Virke*. Redegjørelse utarbeidet på anmodning fra NHO, Spekter og Virke 20.januar 2012. Vedlegg til høringsuttalelse fra NHO sendt per brev til Arbeidsdepartementet 30.januar 2012.
http://www.regjeringen.no/pages/36520812/NHO_merknader.pdf [Sitert 3.april 2012]

RETTSPRAKSIS

Norsk Retstidende

Rt. 1985/977

Rt. 1989/116

Rt. 2001/1412 (*Norsk Folkehjelp*)

Rt. 2005 /826

Rt. 2006/1158

Rt. 2009/578 (*Sykehuset Innlandet*)

Rettens Gang

RG 2004/105 (Frostating lagmannsrett)

Upubliserte lagmannsrettsavgjørelser

LB -2004-102939 (Borgarting lagmannsrett)

LG-2004-35114 (Gulating lagmannsrett)

EU-DIREKTIVER

Rådsdirektiv 1999/70/EF

Europaparlamentets og Rådets direktiv 99/70/EF av 28. juni 1999 om midlertidig ansettelse

Rådsdirektiv 2008/104/EF

Europaparlamentets og Rådets direktiv av 19.november 2008 om vikararbeid

Rådsdirektiv 1991/383/EØF

Europaparlamentets og Rådets direktiv av 25. juni 1991 om sikkerhet og helse på arbeidsplassen for arbeidstakere som har et tidsbegrenset eller midlertidig arbeidsforhold

TRAKTATER

EØS-avtalen

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 1.januar 1994.

EMK

Den Europeiske Menneskerettskonvensjon, Roma 4. november 1950.

The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)

Lisboa, 13. desember 2007 [tidligere The Treaty of Lisbon]

AVGJØRELSER – ESA

ESA, Case No: 66513

EFTA Surveillance Authority Decision, Case No: 66513. 2. mars 2011.

http://www.regjeringen.no/upload/AD/publikasjoner/web-publikasjoner/2011/ESA_Regulation_No_166_2008_closure_decision.PDF [Sisert 8.april 2012]

RAPPORTER

Fafo Rapport 2011:33 (2011)

Forskningsstiftelsen Fafo, Rapport 2011:33
Utleie av arbeidskraft 2011, Oslo 2011.
<http://www.fafo.no/pub/rapp/20224/20224.pdf>

Econ Pöyry
Rapport 2009-083 (2009)

Bemanningsbransjen. Struktur, utvikling og rolle.
http://www.econ.no/stream_file.asp?iEntityId=4552

Rapport av Europakommisjonens
ekspertkomité (2011)

European Commission, Employment, Social
Affairs & Inclusion – Unit B2 – Labour Law,
Report Expert Group, *Transposition of Directive
2008/104/EC on Temporary agency work*, august
2011. <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6998&langId=en> [Sisert 2.april 2012]

PRINSIPPUTTALELSER

Prinsipputtalelse (22.6.1999)

Justis- og beredskapsdepartementet, *Ansvar for
å tegne yrkesskadeforsikring ved utleie av
arbeidstakere.*
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/kampanjer/tolkningssuttalelser/erstatnings--og-forsikringsrett/tolkningssuttalelser-om-yrkesskadeforsikr/-2---ansvaret-for-a-tegne-yrkesskadefors.html?id=451907> [Sisert 15.mars 2012]

Prinsipputtalelse (1.2.2007)

Justis- og beredskapsdepartementet, *Anmodning
om uttalelse om forsikringsplikt ved
yrkesskadeforsikring.*
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/kampanjer/tolkningssuttalelser/erstatnings--og-forsikringsrett/tolkningssuttalelser-om-yrkesskadeforsikr/-3---anmodning-om-uttalelse-om-forsikrin.html?id=502185> [Sisert 15.mars.2012]

ØVRIGE KILDER

Skattebetalingshåndboken (2010)

Skattebetalingshåndboken 1. utg. 2010, 28. juni 2010, oppdatert 30. juni 2010.

<http://www.skatteetaten.no/no/Handboker/Skattebetalingshandboken/Kapitler/4/?mainchapter=118814> [Sisert 12.mars.2012]

