

UiO • Det juridiske fakultet

Innleie av arbeidskraft – grensen mot entrepriser, og sondringen mellom innleie fra bemanningsbyrå og ordinære bedrifter

Herunder om betydningen av Vikarbyrådirektivet og nyere
høyesterettspraksis for oppdragsgivers rettsstilling

Kandidatnummer: 727

Leveringsfrist: 25.04.2014

Antall ord: 17458



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	2
2	ENTREPRISER	3
2.1	Innledning.....	3
2.2	Hvorfor er det viktig å skille?	4
2.3	Retningslinjer fra forarbeider og rettspraksis.....	5
2.3.1	Avtalens tittel	6
2.3.2	Ansvar for resultatet.....	6
2.3.3	Ledelsen av arbeidet.....	7
2.3.4	Antall arbeidstakere som nyttes på oppdraget	8
2.3.5	Det er avtalt fast pris	8
2.3.6	Oppdraget er klart avgrenset.....	9
2.3.7	Entreprenøren nytter egne materialer og verktøy	9
2.4	Typetilfeller	10
2.5	Rt. 2013 s. 998 (Quality People).....	10
2.5.1	Den konkrete vurderingen.....	11
2.5.2	Helhetsvurdering.....	13
2.5.3	Oppsummering.....	13
3	INNLEIE – KJENNETREKK	14
4	BEMANNINGSBYRÅ	15
4.1	Typetilfeller	15
4.2	Utgangspunkt	16
4.2.1	I samme utstrekning som midlertidig ansettelse – arbeidsmiljøloven § 14-9....	17
4.2.2	Unntak – avtale med tillitsvalgt	18
4.3	Vikarbyrådirektivet	18
4.3.1	Likebehandlingskravet.....	19
4.3.2	Opplysningsplikt og innsynsrett	22
4.3.3	Solidaransvaret.....	23
4.4	Fireårsregelen	24

4.4.1	Sammenhengende ansettelse.....	25
4.4.2	Ulikt § 14-13-tilfellene	25
5	ORDINÆRE BEDRIFTER.....	25
5.1	Utgangspunkt	25
5.1.1	Vilkåret om hovedbeskjeftigelse.....	26
5.1.2	Vilkåret om øvre grense på 50 prosent utleide fast ansatte arbeidstakere	28
5.1.3	Typetilfeller.....	29
6	STATOIL V. YIT – 2013	31
6.1	Aml. § 14-13	32
6.1.1	”Virksomheten”	34
6.1.2	Helhetsvurdering.....	36
6.1.3	Oppsummering.....	38
7	UTFORDRINGER / KONSEKVENSER.....	40
7.1	Uklarhet rundt oppdragsformen – entrepris?.....	41
7.1.1	Avtaledokumenters titulering mv.....	42
7.1.2	Løpende tjeneste ikke avgjørende - forutberegnelighet for arbeidstaker.....	43
7.2	Uklarhet rundt oppdragsformen – ordinær bedrift / bemanningsbyrå?.....	44
7.2.1	Risikoen for eventuell feiltolkning	44
7.2.2	Endringer underveis	48
7.2.3	Likebehandling	49
7.2.4	Konkurransemessige utfordringer.....	50
8	KONKLUSJON.....	51
9	LITTERATURLISTE.....	53

1 Innledning

Hovedregelen hva gjelder ansettelse, følger i norsk rett av arbeidsmiljøloven (aml.) § 14-9 første ledd. Arbeidstaker ”skal ansettes fast”. Det er imidlertid åpnet for enkelte unntak fra dette utgangspunktet. Ett av disse er midlertidig ansettelse, som er tillatt dersom ett eller flere av vilkårene i aml. § 14-9 første ledd a-e er oppfylt. Videre utgjør reglene om innleie av arbeidskraft et unntak fra utgangspunktet om fast ansettelse. Dette er regulert av aml. §§ 14-12 og / eller 14-13. I tillegg til disse lovregulerte tilfellene, er det også gjennom entrepris-kontrakter, avtaler om tjenesteleveranser og lignende, mulig å knytte til seg arbeidskraft uten å ansette arbeidstakere fast.

Innleid arbeidskraft har utviklet seg til å bli en betydelig del av arbeidsstokken i Norge. I følge en rapport fra av Fafo, var per november 2010 ca. 48.000 sysselsatt innen utleie av arbeidskraft¹. Disse utgjør i underkant av to prosent av arbeidsstokken i Norge. På tross av at det klare utgangspunkt skal være faste ansettelse, har andelen innleide arbeidstakere økt i enkelte sektorer.² Tidvis vil bedrifter oppleve konjunktursvingninger – både negative og positive. I slike tilfeller vil en bedrift kunne få behov for å henholdsvis leie ut midlertidig overflødig arbeidskraft eller leie inn for å dekke et midlertidig behov. I tillegg har utviklingen de seneste år gått i retning av en økt adgang til permisjoner av ulik art. Slike permisjoner øker behovet for å knytte til seg midlertidig arbeidskraft, herunder innleie. Hvordan dette løses, vil ha betydning for både inn- og utleiers rettsstilling. I tillegg vil også den/de ansattes rettigheter være avhengig av om det dreier seg om ordinær innleie, innleie fra et bemanningsbyrå eller om forholdet er å anse som en entreprise.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF (Vikarbyrådirektivet) er gjennomført i norsk rett gjennom aml. §§ 14-12a, 14-12b og 14-12c. Disse trådte i kraft 1. Januar 2013, og regulerer innleie av arbeidskraft fra bemanningsbyråer. Direktivet er særlig ment å ivareta de innleides interesser. Det faktum at reglene er nye, gjør at det ennå ikke foreligger relevant rettspraksis på området. Det antas imidlertid at reglene vil bli prøvet for domstolene i fremtiden. Dette da det for det for det første vil være av vesentlig betydning for de involverte parter

¹ Fafo (2011) s. 7

² Prop.74 L (2011-2012), punkt 1.1

rettsstilling hvorvidt et leieforhold omfattes av reglene eller ikke, og for det andre fordi det er uklart hvor grensen går mellom de ordinære bedrifter og bemanningsbyråene. Det er kun i sistnevnte tilfeller reglene vil kunne komme til anvendelse.

Behandlingen i det følgende vil for det første ta for seg grensen mellom entrepriser og innleietilfellene. Videre vil det søkes å opplyse om skillet mellom innleie fra bemanningsbyrå og ordinære bedrifter. Ved behandlingen av de nevnte grensedragninger, vil det knyttes bemerkninger til betydningen disse kan ha for de involverte parter. Endelig vil det søkes å belyse enkelte utfordringer knyttet til disse tidvis uklare grensene.

2 Entrepriser

2.1 Innledning

Bedrifter med et ønske om å få utført et nærmere bestemt arbeid eller som kun har behov for ekstra arbeidskraft vil ofte se til entrepriser som en mulig løsning. En entreprisedavtale skiller seg fra de ordinære ansettelsesforholdene, herunder innleie av arbeidskraft, ved at de ikke omfattes av arbeidsmiljøloven. Ved å benytte seg av en slik ordning vil således oppdragsgiver og den enkelte arbeidstaker være løsere knyttet til hverandre enn hva som ville vært tilfelle dersom det hadde vært tale om innleie av arbeidskraft. I sistnevnte tilfelle ville arbeidsforholdet være regulert av aml. §§ 14-12 eller 14-13. En entreprisedavtale vil i avtalen ofte være tydelig definert hva angår arbeidet. Entreprisene kjennetegnes gjerne ved at de innebærer en forpliktelse til å yte et nærmere beskrevet resultat. En avtale om innleie vil imidlertid i likhet en ordinær arbeidsavtale, være mer skissepreget.

Det er bl.a. uttalt i lagmannsretten i dommen inntatt i LA-2008-88775 at en entreprisedavtale ”[r]ettslig sett innebærer ... en forpliktelse for entreprenøren til å levere ... et beskrevet resultat.” Dette skiller seg fra de alminnelige arbeidsforholdene, herunder innleietilfellene, ved at det ”der ikke foreligger noen resultatforpliktelse.” Det kan altså, ut i fra lagmannsrettens oppfatning, oppstilles som utgangspunkt at entreprisedavtaler, i motsetning til innleietilfeller, innebærer en resultatforpliktelse.

Grensen mellom entreprisedavtaler og innleie er uklar. Det vil i tvilstilfeller bero på en helhetsvurdering hvorvidt et arbeidsforhold er å anse som et selvstendig oppdrag, eller om det dreier seg

om innleie av arbeidskraft.³ Som behandlingen under punkt 2.3 vil vise, er det i forarbeidene og rettspraksis oppstilt en rekke momenter som vil ha betydning ved denne vurderingen.

Begrepsbruken vedrørende slike oppdrag varierer gjerne mellom bl.a. entrepriser, underentrepriser, tjenesteleveranser eller utkontraktering. På tross av at disse kan ha ulike karakteristika, vil disse forskjellene ikke ha betydning for behandlingen her. Disse vil alle, av hensiktsmessighetsgrunner, derfor i det følgende kun omtales som entrepriser.

2.2 Hvorfor er det viktig å skille?

Det vil tidvis være hensiktsmessig for en bedrift å bli vurdert som kjøper av en entreprise, heller enn innleier av arbeidskraft. En av begrunnelsene for dette, er at en ved entrepriser ikke omfattes arbeidsmiljølovens reguleringer. Ved å inngå en entrepriseavtale har oppdragsgiver normalt intet ønske om å ansette én eller flere arbeidstakere, verken midlertidig eller fast. All den tid oppdraget anses å være en entreprise, vil oppdragsgivers (kjøpers) tilknytning til oppdragstaker (entreprenørens) og dennes ansatte normalt opphøre ved oppdragets slutt.

Som behandlingen vil vise, oppstår et problem der entreprenørens ansatte ønsker å bli ansatt eller innleid hos oppdragsgiver. En ansettelse, enten direkte eller indirekte gjennom innleie, vil kanskje gi den ansatte bedre betingelser enn hva som vil være tilfelle dersom vedkommende anses å være del av en entreprise.

Om arbeidsforholdet anses å være et leieforhold, vil ha særlig betydning for arbeidstakerens rettigheter overfor det som da vil anses som inn- og utleier. For det første vil de(n) ansatte kunne ha krav på fast stilling i innleiebedriften. Dette vil kunne bli tilfelle dersom bedriften vedkommende har sitt ansettelsesforhold i (utleiebedriften), blir ansett for å være en ”bedrift som har til formål å drive utleie” etter loven § 14-12. Den enkelte ansatte vil kunne ha krav på fast stilling etter aml. § 14-14 første ledd dersom leieforholdet blir funnet å være i strid med bestemmelsen i § 14-12 om innleie av arbeidskraft fra et bemanningsbyrå. Videre vil et slikt krav kunne fremmes etter § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-9 femte ledd annet punktum dersom vedkommende har hatt ett ”sammenhengende” arbeidsforhold hos innleier i minst fire år.

³ NOU 1998:15 punkt 5.1.4

For det annet vil både inn- og utleier kunne bli erstatningsansvarlig overfor den ansatte ved brudd på likebehandlingsprinsippet i aml. § 14-12a. Disse problemstillingene vil belyses under punkt 4, 5 og 7.

Som nevnt er entrepriser ikke regulert i arbeidsmiljøloven. Entrepriseavtalene er imidlertid underlagt de vanlige reglene for avtaler – både lovfestede og ulovfestede. Det er, med henvisning til det ovenfor nevnte, derfor viktig å ha klart for seg hvilket regelsett som regulerer ens forhold. Risikoen for en feiltolkning av arbeidsforholdets karakter påhviler nemlig oppdragsgiver. Dette følger av Rt. 2013 s. 1730 (YIT). Hva denne risikoen innebærer og mulige konsekvenser vil utdypes ytterligere under punkt 7.

2.3 Retningslinjer fra forarbeider og rettspraksis

På tross av at betydningen av skillet er av viktighet for innleier, utleier og de(n) inn-/utleide, gir loven ingen veiledning for å avgjøre hvilke tilfeller som er entrepriser som ikke omfattes av lovens regulering, og hvilke som er innleietilfeller. Imidlertid gir forarbeidene og nyere rettspraksis god hjelp.

I forarbeidene⁴ er det oppstilt en rekke momenter som vil være relevante ved avgjørelsen om noe skal anses å være entreprise eller innleie.

Innledningsvis presiseres at momentene sjelden alene vil avgjøre spørsmålet i enten den ene eller andre retningen. Førstvoterende i dommen inntatt i Rt. 2002 s. 1469 uttaler at momentene ”må være sentrale” ved avgjørelsen av hvorvidt et arbeidsforhold er å anse som (en del av) en entreprise eller et innleieforhold. Videre er det uttalt i nyere forarbeider⁵ at ”disse momentene”, etter departementets syn, ”fortsatt [er] ... sentrale” ved avgjørelsen av spørsmålet.

Endelig ble det slått fast av førstvoterende i dommen inntatt i Rt. 2013 s. 998 at det på bakgrunn av momentene skal foretas en ”helhetsvurdering”, og at dette bygger på ”sikker rett”. Det er altså i dag på det rene at det nettopp er disse momentene det skal tas stilling til, og at det på bakgrunn av disse skal foretas en helhetsvurdering.

⁴ NOU 1998:15 punkt 5.1.4

⁵ Prop. 74 L (2011 – 2012) punkt 5.2.2

2.3.1 Avtalens tittel

Det fremgår ikke uttrykkelig av den nevnte momentlisten at avtalens tittel er et moment av relevans ved vurderingen. I nyere forarbeider, er det i tillegg presisert at det er de reelle forhold som er avgjørende, ikke hvordan et oppdrag karakteriseres mellom partene.⁶ Illustrativt kan en tenke seg en situasjon der to bedrifter inngår en avtale om at én av de ansatte i en periode skal arbeide for bedriften han ikke er ansatt i. Kaller partene denne avtalen ”entrepriseavtale” eller ”avtale om tjenesteleveranse” vil dette ikke være avgjørende for spørsmålet om det dreier seg om innleie av arbeidskraft eller ei. Det er således ikke anledning til å omgå reglene om innleie kun ved å titulere avtalen som nevnt.

På tross av den klare formuleringen i forarbeidene, viser nyere rettspraksis at det ses hen til avtalens tittel, overskrifter og lignende ved vurderingen som skal foretas. Dette rokker ikke ved utgangspunktet om at de reelle forhold er avgjørende, men kan likevel tas til inntekt for slike forhold vil kunne få betydning ved den helhetsvurdering som skal foretas. Avtalens tittel påpekes blant annet i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2013 s. 998, og vil gjennomgås under, i pkt. 2.6.1

2.3.2 Ansvar for resultatet

Som påpekt innledningsvis, fremgår det bl.a. av lagmannsrettens uttalelser at entrepriseavtaler normalt innebærer en resultatforpliktelse, og at dette ikke gjelder for ordinære arbeidsforhold.⁷ Dette synspunktet har støtte i forarbeidene⁸, hvor det fremgår at hvem som har ansvaret for resultatet er relevant ved avgjørelsen om et oppdrag er å anse som en entreprise eller som innleie. Har oppdragstakeren ansvaret for resultatet av arbeidet som skal ytes, taler dette for at oppdraget er å anse som en entreprise. Motsatt, dersom oppdragsgiver har ansvaret for det som presteres, trekker dette i retning av at det dreier seg om innleie.

Hva som ligger i å ha ansvar for resultatet, kan best illustreres med et eksempel. En kan tenke seg at oppdragsgiver inngår en avtale med oppdragstaker om å kjøpe et produkt, et ferdig resultat. Illustrativt kan en tenke seg situasjonen der firma A inngår en avtale med firma B om

⁶ Prop. 74 L (2011 – 2012) punkt 5.2.2

⁷ LA-2008-88775

⁸ NOU:1998:15 punkt 5.4.1

leveranse av kantinetjenester. Dette vil normalt ikke innebære at firmaet som skal levere tjenesten skal gjøre sitt beste for å ha mat på bordet halv tolv. Forpliktelsen går lengre enn som så, og leveransen vil være mangelfull dersom maten ikke står klar til avtalt tid, uavhengig av bakgrunnen for dette. Blir for eksempel en av oppdragstakers ansatte syke, vil forpliktelsen om å levere et bestemt resultat stå ved lag, og det vil fortsatt være oppdragstakers ansvar å levere det avtalte resultat. I det oppdragstaker i eksempelet har ansvaret for resultatet, vil dette tale for at det foreligger en entreprise.

2.3.3 Ledelsen av arbeidet

Det fremgår av momentlisten oppstilt i forarbeidene⁹ at det for å skille mellom entrepriser og innleietilfeller, vil være av betydning om ledelsen av arbeidet er hos entreprenøren eller oppdragsgiveren.

Illustrativt kan det ses hen til eksempelet presentert over. Forpliktelsen er å ha mat og drikke tilgjengelig fra et gitt tidspunkt. Dersom oppdragstaker selv avgjør hvordan denne forpliktelsen skal oppfylles, herunder hvor maten tilberedes og når dennes ansatte skal innfinne seg i oppdragsgivers lokaler, taler dette for at ledelsen av arbeidet er hos entreprenøren og at oppdraget skal anses som en entreprise.

Motsatt, dersom ledelsen av arbeidet er tillagt oppdragsgiver, vil dette tale for at det foreligger et innleieforhold. Eksempelvis, dersom oppdragsgiver i eksempelet beskrevet over har anledning til å instruere de kantineansatte med tanke på når, hvordan og/eller hvor arbeidet skal utføres vil dette trekke i retning av at det dreier seg om et innleieforhold.

Hva som ligger i å lede arbeidet, vil variere. En god pekepinn for hvorvidt oppdragsgiver leder arbeidet eller ei, er å undersøke om han styrer arbeiderne *som om* han er deres arbeidsgiver. En viss instruksjonsmyndighet hos oppdragsgiver vil nok måtte aksepteres uten at dette fratår oppdraget karakter av å være en entreprise. Særlig vil dette gjelde dersom oppdragstakers mannskap skal utføre arbeid på oppdragsgivers eiendom. En kan tenke seg at elektriker(e) som jobber for byggefirmaet vil måtte føye seg etter byggefirmaets ønsker dersom det for eksempel skulle oppstå en situasjon som krever at de ansatte avstår fra å arbeide i bar

⁹ NOU:1998:15 punkt 5.1.4

overkropp. Likeledes vil de kantineansatte kunne bli nødt til å opptre på en bestemt måte dersom oppdragstaker en dag underholder utenlandske klienter som krever en viss form for opptreden. Regelmessigheten av bruken av slik instruksjonsmyndighet vil naturligvis få betydning. Jo oftere slike instruksjoner gis, dess mer vil dette tale for at ledelsen av arbeidet ligger hos oppdragsgiver.

2.3.4 Antall arbeidstakere som nyttes på oppdraget

Det vil videre normalt være en entreprise når ”antall arbeidstakere som nyttes på oppdraget er uvedkommende for arbeidsgiver”¹⁰. Også dette har sin side til utgangspunktet om at det som regel foreligger en resultatforpliktelse i entreprisetilfellene. Har oppdragsgiver bestilt et resultat, som for eksempel en kantinetjeneste som skal ha mat og drikke tilgjengelig fra et gitt tidspunkt, er det for ham vanligvis uten betydning om entreprenøren benytter både kokk og sjåfør, eller om den som lager maten selv bringer den til oppdragsgivers lokaler.

Motsatt vil det faktum at det til en hver tid skal benyttes et visst antall arbeidstakere, tale for det motsatte – at det foreligger et innleieforhold. Illustrativt kan tenkes situasjonen der oppdragsgiver har fastsatt at kantinen til en hver tid skal være besatt av nøyaktig tre ansatte. Dette må ses i sammenheng med at det er av betydning hvem av partene som har ledelsen av arbeidet (punkt 2.3.2). En rett til å avgjøre hvor mange arbeidstakere som skal benyttes taler for at i hvert fall noe av ledelsen av arbeidet ligger hos oppdragsgiver. Dersom det kan instrueres med hensyn til antall arbeidstakere som kan eller skal benyttes for å oppnå dette resultatet, taler dette for at forholdet sorterer under innleietilfellene.

2.3.5 Det er avtalt fast pris

At det på forhånd er avtalt en ”fast pris” for tjenesten(e), enten periodisk eller per oppdrag, vil trekke i retning av at det foreligger et entrepriseforhold.¹¹ I en entrepriseavtale vil det gjerne på forhånd være avtalt en gitt pris for et gitt resultat. Eksempelvis vil det i tilfellet skissert over være et moment for at det foreligger en entrepriseavtale dersom bedriften betaler et fastsatt månedlig (eller årlig) beløp for kantinetjenesten.

¹⁰ NOU 1998:15 punkt 5.1.4

¹¹ NOU 1998:15 punkt 5.1.4

Motsetningsvis vil en ren timesbasert avlønning tale for at forholdet karakteriseres som innleie av arbeidskraft. Det er imidlertid ikke unormalt at de ansatte i oppdragstakerbedriften får betalt på timesbasis, eller at betalingen er avhengig av andre varierende parametere. Det er for eksempel intet i veien for å innta en beløpsjustering for medgåtte materialer utover det foreskrevne. Det minnes i denne forbindelse om at det på bakgrunn av momentene nevnt her skal foretas en helhetsvurdering, og at ingen av momentene alene vil være avgjørende.

2.3.6 Oppdraget er klart avgrenset

Et relevant moment for vurderingen er om oppdraget er ”klart avgrenset” eller om det dreier seg om ”ubestemte eller kun skisserte arbeidsoppgaver”¹². Det avtales gjerne på forhånd, ved inngåelsen av entreprisedokumenter mellom oppdragsgiver og oppdragstaker hva oppdraget skal omfatte.

Er oppdragstakers forpliktelse eksempelvis definert som å stille mat og drikke tilgjengelig til et gitt tidspunkt, vil oppdraget være klart avgrenset. Dersom oppdragstakers forpliktelse derimot kun innebærer å stille Peder Ås tilgjengelig for å arbeide under kjøkkensjefens instruksjoner, vil oppdraget innebære mer ubestemte eller kun skisserte arbeidsoppgaver, og således tale for at det er tale om innleie.

2.3.7 Entreprenøren nytter egne materialer og verktøy

Endelig vil også eierskap over materialer og verktøy spille en rolle ved vurderingen dersom det er uklart om forholdet mellom oppdragsgiver og oppdragstaker skal klassifiseres som et entreprisedokument eller ikke. Momentet vil sjelden alene være avgjørende, men vil kunne fungere som et støtteargument for enten det ene eller det andre synspunktet.

Eksempelvis kan tenkes der et firma skal oppføre et næringsbygg. Dersom de ikke har kompetente rørleggere, vil det være aktuelt å inngå en entreprisedokument med et rørleggerfirma for å gjøre denne delen av jobben. Det faktum at det hentes inn spesialkompetanse taler, isolert sett, for at jobben er en entreprisedokument. Videre, dersom de ansatte fra rørleggerfirmaet også bringer med

¹² NOU:1998:15 punkt 5.1.4

seg sine egne verktøy og materialer for så å fakturere for medgåtte materialer ved avsluttet arbeid, taler dette for at oppdraget er et entrepriseoppdrag. På den annen side, vil kantineeksempelet over ikke nødvendigvis være innleie dersom oppdragsgiver av praktiske hensyn lar oppdragstaker benytte bedriftens kjøkken.

Typetilfellene er heterogene, og det kan vanskelig oppstilles en klar regel her. Vurderingen av hvor mye vekt som skal legges på momentet må foretas konkret i hvert enkelt tilfelle.

2.4 Typetilfeller

Det inngås i dag entrepriseavtaler i langt større utstrekning enn for bare få år siden. Entrepriseavtaler, som før i stor grad var forbeholdt bygg- og anleggsbransjen, inngås i dag på de fleste livsområder. Det kan være rørleggerfirma håndterer en vannlekkasje hos en bedrift, én enkelt it-tekniker som drifter et konsulentfirmas IT-system, eller en elektrikerbedrift som forestår det elektriske arbeidet i oppføringen av et hotellbygg. Naturligvis vil det i mange av tilfellene være vanskelig å anvende de ulike momentene fra forarbeidene i like stor grad. IT-teknikeren kan arbeide på sin egen private bærbare pc i tillegg til å ha befatning med servere og lignende som tilhører konsulentbedriften han arbeider for gjennom entreprisen. Dette betyr ikke nødvendigvis at han er innleid, selv om han ikke utelukkende nytter egne materialer og verktøy. Det vil heller ikke være avgjørende dersom det er avtalt en fastpris med tillegg for eventuelle overtidstimer.

2.5 Rt. 2013 s. 998 (Quality People)

Skillet mellom entrepriser og innleie var tvistens hovedspørsmål i dommen inntatt i Rt. 2013 s. 998. Statoils anlegg på Sandsli huset også firmaets interne postkontor. Dette postkontoret ble drevet av firmaet Quality People for Norsk Hydro. Da driften av postkontoret i 2010 ble overtatt av et annet firma, fremsatte A, som hadde arbeidet ved kontoret i ti år, krav om fast stilling i kraft av fireårsregelen (se punkt 4.4) i arbeidsmiljøloven § 14-12 femte ledd, jf. 14-9 femte ledd. Bakgrunnen for det fremsatte kravet var at A mente han hadde vært innleid fra et bemanningsbyrå i tiden han hadde arbeidet ved postkontoret. Statoil på sin side, hevdet As arbeidsforhold var en del av en entreprise – nemlig driften av postkontoret.

Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt As arbeidsforhold var en del av en entreprise, eller om det var tale om innleie fra et bemanningsbyrå. Kun ved sistnevnte tilfelle ville A ha krav på fast stilling.

Ved avgjørelsen av spørsmålet gjennomgikk førstvoterende en rekke momenter. Innledningsvis ble det presisert at rammeavtalen i saken hadde tittelen ”leie av personell”. Dette talte, fremholdt førstvoterende, ”isolert sett” for at avtalen gjaldt innleie i arbeidsrettslig forstand. Imidlertid inneholdt avtalen også en del vedrørende ”konsulenttenester samt studier” hvor det fremgikk at kontraktøren (Quality People) skulle ha det ”fulle ansvar for ledelse, oppsyn og kontroll med resultatet av arbeidet.” Dette var, fremholdt førstvoterende, ”klassiske karakteristika for en entreprise”.

Som påpekt innledningsvis under punkt 2.3.1 fremgår det av forarbeidene¹³ at de reelle forhold er avgjørende, ikke hva en avtale er omtalt som. At førstvoterende i dommen vektla avtalens tittel på tross av at dette, er derfor interessant. Utgangspunktet om at de reelle forhold er avgjørende, og at det skal foretas en helhetsvurdering står fortsatt ved lag. Likevel er det av interesse at førstvoterende tok utgangspunkt her – i hva avtalen er omtalt som. Som i avtaleretten ellers, vil det være relevant hva partene har ment ved avtaleinngåelsen. Avtalens tittel kan således kaste lys over partenes felles intensjon ved inngåelsen. At avtalens tittel vektlegges, kan med dette tas til inntekt for at partenes oppfatning ved avtaleinngåelsen vil kunne være relevant, og ha vekt ved den helhetsvurderingen som skal foretas.

2.5.1 Den konkrete vurderingen

Førstvoterende tok deretter, i premiss 75, utgangspunkt i momentlisten behandlet under punkt 2.3. Innledningsvis ble det presisert at denne ble oppstilt på bakgrunn av Tjenestemannsutvalgets drøftelse i et tidligere forarbeid¹⁴. Uttalelsene i nevnte drøftelse hadde fortsatt relevans, og ble således vist til underveis i behandlingen av de ulike momentene. Førstvoterende omtaler disse som krav, og ikke momenter som skal tillegges vekt ved en helhetsvurdering. Det fremgår likevel klart at det med dette ikke er ment å oppstille disse som krav som må oppfyl-

¹³ Prop. 74 L (2011 – 2012) punkt 5.2.2

¹⁴ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) side 23

les for at en arbeidsytelse skal anses å være en entreprise, men at det skal foretas en konkret helhetsvurdering basert på disse momentene.

Det ble for det første slått fast at oppdraget var *klart avgrenset*. Bestillingene som var foretatt under rammeavtalen var gjort for ett år av gangen, og oppfylte således kravet oppstilt i forarbeidene. Videre ble det faktum at Quality People hadde en såkalt ”på stedet leder” ansett å tilfredsstille kravet om at *ledelsen av arbeidet* lå hos disse. Førstvoterende tok deretter stilling til *arbeidstiden*. Momentet er ikke eksplisitt nevnt i forarbeidene, men har en klar tilknytning til hvem som har ledelsen av arbeidet. Det var klart av postkontorets åpningstid var bestemt av Statoil i bestillingen, men at oppdragsgiver på denne måten bestemt når As arbeid skulle utføres fratok imidlertid ”ikke Quality People arbeidsgiverfunksjonen”. Saken er således et eksempel på at oppdragsgiver kan ha en viss innflytelse hva gjelder utførelsen av arbeidet uten at dette fratår arbeidsforholdet karakteren av entreprise. Videre, på tross av at dette ikke fremgikk klart, fant retten at det forelå en *fastprisavtale*. I forlengelsen av dette konkluderte førstvoterende, på bakgrunn av den avtalte prisen og Quality Peoples ledelse av arbeidet, at arbeidet innebar en *resultatforpliktelse*. At det var Statoils *materialer og verktøy* som ble brukt, skulle i utgangspunktet tale for at det dreide seg om arbeidsutleie. Retten fant imidlertid at dette var ”naturlig”, da oppdraget ble utført i Statoils lokaler og med Statoils utstyr.

Vedrørende *antall ansatte benyttet* var forholdene i større grad uklare. For det første kunne to av Statoils bestillinger tolkes i den retning at det var forespurt et gitt antall årsverk for å drifte postkontoret. Da dette gjaldt kun et fåtall av et ”stort antall bestillinger”, og vitneuttalelser fra både Statoil og Quality People tilsa at det var enighet om at det ikke var ”avtalt hvor mange årsverk [postkontoret] skulle bemannes med”, ble dette ikke tillagt særlig vekt. Det var heller ikke problematisk at Statoil forbeholdt seg retten til å forhåndsgodkjenne arbeidstakere. Dette var nødvendig av sikkerhetshensyn. Statoil hadde altså på flere tidspunkt bestilt et gitt antall årsverk og stilt krav om godkjenning. Med dette, hadde Statoil lagt føringer både for antall arbeidstakere og til kravene som skulle stilles til disse. I tillegg hadde Statoil instruert Quality People vedrørende ansettelsen av sommervikarer. Dette skulle utføres av barn av Statoil-ansatte, og Quality People var kun gitt slingringsrom hva gjaldt hvem av disse som skulle ansettes. Dette var, i motsetning til bestillingen av et gitt antall ansatte og sikkerhetskravene, et ”brudd på ... kravet” om at det skal være oppdragsgiver uvedkommende hvor mange og hvem som skal benyttes til å utføre det bestilte oppdraget. Disse omstendighetene trakk i ret-

ning av at As arbeidsforhold ikke var del av en entreprise, og således at det var tale om innleie.

Som tidligere nevnt, vil momentene sjelden alene avgjøre spørsmålet om forholdet er entreprise eller innleie – det skal foretas en helhetsvurdering. Dette ble poengtert av førstvoterende da han, etter å ha konstatert brudd på kravet, fremhevet at vekten av momentet ville bli tatt stilling til ”i den helhetsvurdering som må foretas”.

2.5.2 Helhetsvurdering

Etter å ha gått gjennom alle momentene på listen, ble det presisert igjen i premiss 109 flg. at det skal foretas en helhetsvurdering. Som det fremgår av behandlingen over, var det hovedsakelig sommervikarordningen som reiste tvil om at dette dreide seg om en entrepriseavtale. Førstvoterende fremholder at denne ordningen kun gjaldt i en ”begrenset tid på året” og at aktiviteten i denne perioden generelt var lavere enn normalt. Statoils innblanding i ansettelsesprosessen ble derfor ikke tillagt avgjørende vekt. Da det i tillegg var på det rene at oppdraget var klart avgrenset, at Quality People hadde ledet arbeidet, og at det var avtalt en fast pris, var det derfor ”klart at posttjenesten Quality People leverte til Statoil ... var en entreprise”. A hadde således ikke noe krav på fast stilling i kraft av aml 14-12 fjerde ledd, jf. 14-9 femte ledd.

2.5.3 Oppsummering

Dommen har betydning i flere henseende. Åpenbart er det viktig at Høyesterett tar utgangspunkt i momentlisten presentert i NOU 1998:15 og stadfester denne som det rettslige utgangspunkt for grensen mellom entreprise og innleie. I tillegg til dette er det av interesse at førstvoterende synes å vektlegge enkelte momenter i større grad enn andre. Det fremgår av votumets premiss 59 at det avgjørende er ”hvem som har ansvaret for ledelsen og resultatet av arbeidet”. Uttalelsen sender et klart signal om at disse to momentene skal gis større vekt enn de resterende. Dette vises også gjennom vurderingen av momentene i saken. At Statoil stilte kvalifikasjonskrav til de ansatte, anga et bestemt antall årsverk, og i tillegg la føringer både for hvem som skulle ansettes ble ikke tillagt særlig vekt. Det ble heller ikke det faktum at det var Statoils utstyr, deriblant en bil, som ble benyttet til utførelsen av oppdraget. Dommen kan med dette tas til inntekt for det synspunkt at hvem som leder arbeidet og har ansvar for resultatet skal ved helhetsvurderingen vektlegges i større grad enn de resterende momenter fra lis-

ten presentert i forarbeidene. Hvilken betydning dette vil ha for fremtiden er usikkert, men det er på det rene at partene i slike tilfeller bør være oppmerksom på disse forholdene ved avtaleinngåelsen.

Videre går det klart frem i dommen at det for grensen mellom entrepriser og innleie *ikke* er avgjørende hvorvidt oppdraget ”går ut på å levere et produkt eller en løpende tjeneste”. As partshjelper i saken, LO, anførte at det er en forskjell på å betale for et gitt resultat og en løpende ytelse, og at dette må få betydning. Anførselen førte ikke frem. Om Høyesterett faktisk utvider entreprisbegrepet til å omfatte mer enn tidligere kan ikke klart utledes av dommen, men retten sender et signal om at levering av en løpende ytelse ikke nødvendigvis vil være innleie alene på denne bakgrunn.

Enkelte utfordringer og mulige konsekvenser dommen vil kunne føre med seg, vil komme tilbake til under punkt 7.

3 Innleie – kjennetrek

Fører vurderingen behandlet over til at arbeidsytelsen ikke er en del av en entrepris kontrakt, og det heller ikke er tale om et ordinært ansettelsesforhold, karakteriseres forholdet som innleie. En omtaler gjerne innleie av arbeidskraft som å bruke en annens arbeidskraft som sin egen. Forskjellen fra et ordinært ansettelsesforhold er at en annen arbeidsgiver (utleier) har det formelle ansvaret for arbeidstakeren. Det er altså i stedet for et topartsforhold (arbeidsgiver – arbeidstaker), tale om et trepartsforhold (utleier – innleier – innleid ansatt).

Innleietilfellene sorteres under én av to kategorier – innleie fra bemanningsbyrå eller fra ordinære bedrifter. I likhet med grensen mellom entrepriser og innleie, vil også grensen mellom bemanningsbyrå og ordinære bedrifter tidvis være uklar. På samme måte som ved førstnevnte sondering, vil det i hvert konkrete tilfelle kunne bero på en helhetsvurdering om en innleiesituasjon gjelder innleie fra et bemanningsbyrå eller en ordinær bedrift.

Arbeidsmiljølovens bestemmelser inneholder ulike vilkår for de to typene av innleie. Disse finnes i aml. §§ 14-12 flg. for bemanningsbyrå-tilfellene og i aml. § 14-13 for de ordinære bedriftene. Hensynene bestemmelsene er ment å ivareta er henholdsvis innleiende bedrifts

behov for å knytte til seg arbeidskraft, og utleiende bedrifts behov for alternativ sysselsetting for sine ansatte dersom disse blir midlertidig overflødige i egen bedrift.¹⁵

Reglene for innleie fra ordinær virksomhet er betydelig lempeligere enn de tilsvarende for bemanningsbyrå. Dette kan illustreres ved å påpeke at mens det for adgangen til innleie fra en ordinær bedrift er tilstrekkelig at arbeidstakeren har fast stilling hos utleier, stilles det ved innleie fra bemanningsbyrå som utgangspunkt et krav om at innleier kan vise til et midlertidig behov for arbeidskraft. I tillegg stilles det ved innleie fra bemanningsbyrå, etter gjennomføringen av Vikarbyrådirektivet¹⁶, et krav om likebehandling og informasjonsutveksling. I tillegg vil den innleide i disse tilfellene ha krav på fast ansettelse hos innleier etter fire års sammenhengende ansettelse. Skillet vil ha betydning for alle tre parter: utleier, innleier og den enkelte inn- eller utleide ansatte.

I det følgende, under punkt 4, 5 og 6, vil de to alternativene for innleie presenteres, herunder hvilke vilkår som stilles for å omfattes av de ulike regelsett, og hvilke rettigheter, plikter og rettsvirkninger som vil kunne gjøre seg gjeldende ved de to alternativer.

4 Bemanningsbyrå

Det klare utgangspunkt hva gjelder innleie, er at det leies inn arbeidskraft fra et bemanningsbyrå. Dette er bedrifter som etter aml. § 14-12 har ”til formål å drive utleie”. Slike virksomheter er blitt mer og mer vanlige, og vi har i dag flere slike i Norge. Som eksempler på bemanningsbyråer kan nevnes Manpower, Adecco og ISS.

4.1 Typetilfeller

Innleie fra bemanningsbyrå skiller seg praktisk fra innleie fra de ordinære virksomheter hovedsakelig ved at bemanningsbyråene ofte kan produsere tilgjengelig arbeidskraft på kort tid. I tillegg vil det normalt være betydelig enklere å skaffe ufaglærte gjennom et slikt, i motsetning til arbeidstakere med høyere utdanning som for eksempel jurister eller ingeniører.

¹⁵ Rt. 2013 s. 1730, premiss (52)

¹⁶ Ep/Rdir 2008/104/EF

I det lovens utgangspunkt¹⁷ er at det kun kan leies inn fra bemanningsbyrå dersom en kan vise til et behov for midlertidig arbeidskraft, vil de typiske tilfellene gjerne gjelde et mer eller mindre plutselig oppstått slikt behov.

Illustrativt kan tenkes tilfellet der et firmas resepsjonist plutselig blir syk. Dersom bedriften i et slikt tilfelle har et behov for å ha en erstatter på plass umiddelbart, vil et bemanningsbyrå normalt kunne levere en arbeidstaker på dagen. En annen typisk situasjon der bemanningsbyrå tas i bruk er ved sesongavhengig arbeidsbehov. Eksempelvis er det slik at behovet for sykepleiere ved landets sykehus øker betraktelig rundt juletider, påske og i løpet av sommermånedene. I disse periodene leies det inn et stort antall sykepleiere fra bemanningsbyråer.

I disse tilfellene vil behovet være tilsvarende stort ved alle landets sykehus, og en ordning basert på innleie fra ordinære virksomheter (andre sykehus) vil derfor ikke være mulig. I en slik situasjon er det nærliggende å se hen til et bemanningsbyrå for oppdekking av behovet. Mange bedrifter har også en løpende avtale med ulike bemanningsbyrå. Dette fordi byråene nær sagt alltid kan levere arbeidskraft på kort varsel – noe som er av høy viktighet særlig for sykehusene.

4.2 Utgangspunkt

Innleie fra bemanningsbyrå reguleres hovedsakelig av arbeidsmiljøloven §§ 14-12 flg. For å omfattes av reglene for bemanningsbyråer krever loven at virksomheten det leies inn fra har som ”formål å drive utleie”. Passusen har sin motpart i aml. § 14-13 som gjelder innleie fra de ordinære bedrifter. Sistnevnte bestemmelse gjelder innleie fra virksomheter som ”ikke har til formål å drive utleie”.

På tross av lovens forholdsvis klare formuleringer, kan det her oppstå grensetilfeller. Disse oppstår ved innleie fra det som i utgangspunktet synes å være en ordinær bedrift, men der uklarhet rundt én eller flere omstendigheter skaper usikkerhet om utleiebedriftens rettslige status. Det gis i forarbeidene¹⁸ klart uttrykk for at det i så fall skal foretas en helhetsvurdering

¹⁷ aml. § 14-12 (1)

¹⁸ Ot. Prp nr. 70 (1998-1999), punkt. 6.3.3.2

av virksomhetens art, omfanget og hyppigheten av utleie og hvor stor del av virksomheten utleien utgjør for å avgjøre om virksomheten er et bemanningsbyrå eller en ordinær bedrift. Det vil redegjøres ytterligere for denne vurderingen under punkt 5 og 6.

Innleie fra ”virksomhet som har til formål å drive utleie” er etter aml. § 14-12 første ledd kun tillatt i ”samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter § 14-9”. Allerede her, ved inngangskriteriet, ser en at det ved slik innleie stilles betydelig strengere krav enn ved innleie fra ordinære virksomheter. Dreier det seg om innleie fra en ordinær bedrift, følger det av aml. §14-13 at innleie tillatt all den tid den innleide er ”fast ansatt hos utleier”.

4.2.1 I samme utstrekning som midlertidig ansettelse – arbeidsmiljøloven § 14-9

Utgangspunktet i arbeidsmiljøloven er at alle skal ”ansettes fast”. Dette følger av aml. § 14-9 første ledd. Likevel er det åpnet for muligheten til å ansette midlertidig dersom ett av de alternative vilkårene i bestemmelsens a-e er oppfylt. Innleiereglens parallell til aml. § 14-9 er begrunnet i å hindre omgåelser av kravet til fast ansettelse. Ved å stille krav til at vilkårene for midlertidig ansettelse må være oppfylt, søker lovgiver å hindre at bedrifter benytter seg av innleie for å dekke opp for et vedvarende behov.

Det kan blant annet ansettes midlertidig, og derfor også leies inn fra bemanningsbyrå etter aml. § 14-12:

- a) når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten,
- b) for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)

Hva som nærmere ligger i disse vilkårene, er for fremstillingen her ikke relevant, og vil således ikke behandles ytterligere.

4.2.1.1 Aml. § 14-14

All den tid utgangspunktet om at det kun kan leies inn fra bemanningsbyrå i samme utstrekning som det kan ansettes midlertidig står ved lag, er det grunn til å påpeke én mulig konsekvens av at dette vilkåret ikke er oppfylt.

Det følger av aml. § 14-14 at dersom det foreligger ”brudd på bestemmelsene i § 14-12” vil den innleide arbeidstaker ha krav på fast stilling. Kan ikke innleiende virksomhet vise til et midlertidig behov, eller andre omstendigheter som tillater midlertidig ansettelse, vil dette utgjøre et slikt brudd som det siktes til i aml. § 14-14, og konsekvensen vil kunne bli at den innleide har krav på fast stilling umiddelbart. Bestemmelsen vil behandles ytterligere under, blant annet under punkt 7.1.4.2.

4.2.2 Unntak – avtale med tillitsvalgt

Utgangspunktet for innleie fra bemanningsbyrå er som nevnt over kun tillatt ”i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd”. Lovens § 14-12 annet ledd utgjør imidlertid et unntak fra dette kravet. Dersom innleievirksomheten er ”bundet av tariffavtale” er det åpnet for at arbeidsgiver i samråd med tillitsvalgte kan inngå en ”skriftlig avtale” om innleie ”uten hinder av det som er bestemt i første ledd”. I realiteten innebærer dette en adgang til å omgå vilkåret i første ledd om et påvist midlertidig behov, og åpner således for friere adgang til innleie fra bemanningsbyrå. Unntaksregelen vil behandles ytterligere under, i punkt 7.

4.3 Vikarbyrådirektivet

Vikarbyrådirektivet¹⁹ er implementert i norsk rett hovedsakelig ved aml. §§ 14-12 a, 14-12 b og 14-12 c. Reglene trådte i kraft 1. januar 2013.

Reglene gitt uttrykk for i direktivet er ment å verne vikarers rettsstilling. Med den økte flyten av arbeidstakere på tvers av landegrensene, og med denne, det økte omfanget av sosial dumping, så Europarådet seg nødt til å ta steg for å hindre dette. Det følger av direktivets preambel at det ved implementeringen skal søkes å "skabe en ramme for beskyttelse av vikaransatte".²⁰

Reglene får ingen betydning for selve adgangen til å leie inn arbeidskraft fra bemanningsbyrå, men regulerer det løpende arbeidsforholdet. I dette ligger at bestemmelsene tillegger den inn-

¹⁹Ep/Rdir 2008/104/EF

²⁰ Ep/Rdir 2008/104/EF, avsnitt (23)

leide rettigheter, og pålegger både ut- og innleier plikter både overfor hverandre, og overfor den innleide arbeidstaker. Det vil med hensyn til disse rettighetene og pliktene derfor være av vesentlig betydning hvorvidt et innleieforhold anses omfattet av reglene.

4.3.1 Likebehandlingskravet

Den viktigste siden ved direktivet, og også selve bakgrunnen for det, er likebehandlingskravet. I dette ligger at vikarene på positivt angitte områder skal sikres minst like gode vilkår i innleiebedriften som det de ville hatt dersom de hadde blitt direkte ansatt i den. I dette ligger *ikke* at vikaren skal likebehandles med innleiebedriftens andre ansatte. En sier gjerne at likebehandlingskravet innebærer at den innleide skal likebehandles med *seg selv* i en tenkt situasjon der han eller hun hadde vært direkte ansatt.

Likebehandlingskravet er i norsk rett regulert i aml. § 14-12 a.

(1) Bemanningsforetaket skal sørge for at utleid arbeidstaker minst sikres de vilkår som ville kommet til anvendelse dersom arbeidstaker hadde vært ansatt hos innleier for å utføre samme arbeid, når det gjelder:

- a) arbeidstidens lengde og plassering
- b) overtidsarbeid,
- c) varighet og plassering av pauser og hvileperioder
- d) nattarbeid,
- e) feriefritid, feriepengene, fridager og godtgjøring på slike dager, og
- f) lønn og utgiftsdekning.

Det påpekes at pliktsubjektet i bestemmelsen er "[b]emanningsforetaket". Altså er det utleievirksomheten, bemanningsbyrået, som er pålagt å sørge for at kravet til lik behandling etterleves.

Det viktigste momentet i kravet til likebehandling er lønnen. Leier en norsk bedrift inn en håndverker fra Polen, skal håndverkeren gis den lønnen han eller hun ville fått dersom vedkommende hadde blitt ansatt på vanlig måte i innleiebedriften. Det er altså ikke tillatt å lønne en vikar etter satser som ville vært normale dersom arbeidet ble utført for et polsk firma, i Polen, dersom differansen mellom lønnsnivåene vil føre til at arbeidstakeren blir forfordelt.

4.3.1.1 Lønn og utgiftsdekning

Hva som omfattes av lønnsbegrepet med hensyn til likebehandling er ikke umiddelbart klart. Det følger av forarbeidene²¹ at det lønnsbegrepet som utgangspunkt omfatter

”alt vederlag for arbeid (...) uavhengig av i hvilken form vederlaget ytes.”

I dette ligger naturligvis faste vederlag i form av penger og naturalia. I tillegg omfattes kompetansetillegg, overtidstillegg, skifttillegg, utkallingstillegg mv. Dersom vedkommende ved direkte ansettelse ville fått slike tillegg, vil det altså ikke være tillatt å lønne den innleide med en fast grunnlønn uten hensyn til vedkommendes kompetanse, hvorvidt arbeidet utføres på ugunstige tidspunkt eller steder, eller om arbeidet medfører overtid. Alt dette omfattes av likebehandlingsprinsippets definisjon av lønn.

En uavklart problemstilling er hvorvidt bonus omfattes av lønnsbegrepet i aml. § 14-12a første ledd bokstav f. Etter forarbeidene²² er det vanskelig å gi et ”ubetinget svar”, men det avgjørende vil være ”om vedkommende ville hatt krav på den aktuelle bonusen ved en direkte ansettelse hos innleier”. Det beror altså på en konkret vurdering om en innleid ansatt har krav på en bonus eller ikke.

Ifølge NHOs veileder²³ må det skilles mellom generelle selskapsbonuser og bonus basert på individuelle prestasjoner. Det er, i følge veilederen, kun førstnevnte som kan unntas fra lønnsbegrepet. Skal det deles ut bonus basert på for eksempel selskapets gode drift de seneste år, taler gode grunner for at en innleid vikar som kun har vært i selskapet en kort periode, og således ikke har bidratt i like stor grad som de resterende arbeidstakere til driftsresultatet, ikke skal få nyte godt av denne bonusen. Tilsvarende rettferdighetstankegang taler for at en bonus basert på individuelle prestasjoner skal gis også til den innleide medarbeideren. Dette synspunkt deles av Skarning²⁴ i det han fremholder at en ”[b]onus ... knyttet til arbeidstakernes

²¹ Prop. 74 L (2011-2012) punkt 8.3.7.2

²² Prop. 74 L (2011-2012) punkt 8.3.7.2

²³ NHO (2012)

²⁴ Skarning (2013) s. 124

innsats, vil raskt anses å være vederlag for arbeid, og dermed omfattes av likebehandlingskravet”.

Tvilstilfellene oppstår der den innleide har arbeidet for bedriften i en lengre periode, og derfor også kan sies å ha bidratt til et eventuelt overskudd. Hvorvidt en innleid arbeidstaker har krav på bonus i et slikt tilfelle må etter NHOs veileder baseres på en ”nærmere vurdering”. Det ”avgjørende må være om vedkommende ville hatt krav på den aktuelle bonusen ved en direkte ansettelse hos innleier, sett hen til type arbeid, varighet av oppdraget/arbeidet og lignende”.

Endelig har de innleide ansatte krav på å få dekket enkelte av sine utgifter i forbindelse med arbeidet. Det følger av forarbeidene²⁵ at dette blant annet vil kunne omfatte utgifter til ”arbeidstøy og kost og losji”. Det er imidlertid viktig å presisere at en kun har krav på en slik utgiftsdekning dersom de øvrige direkte ansatte ville hatt tilsvarende krav.

4.3.1.2 Arbeidstid – ferie og pauser

Videre skal vikaren(e) gis lik behandling når det gjelder arbeidstid, både hva gjelder den ordinære arbeidstiden, men også overtidsarbeid, pauser og ferie. I dette ligger at en innleid vikar ikke kan pålegges å utføre sitt arbeid for eksempel fra 10 – 18 dersom han ved fast ansettelse skulle arbeidet fra 08 – 16. Det innebærer også at dersom vedkommende ved ordinær ansettelse ville hatt en halvtimes lunchpause fra 11.30 – 12.00, kan han eller hun ikke pålegges å ha denne pausen på et annet tidspunkt.

4.3.1.3 Felles goder og tjenester

Endelig ligger det i likebehandlingskravet at en innleid arbeidstaker i utgangspunktet skal ha tilgang til ”felles goder og tjenester” på samme måte som innleievirksomhetens andre ansatte. Dette følger av aml. § 14-12 a annet ledd. Det rettslige innholdet i begrepet er ikke klart definert. En viss veiledning finnes imidlertid i Arbeids- og sosialdepartementets veileder²⁶. I utgangspunktet, fremholdes det, kan det være ”uklart hva som omfattes av begrepet «felles goder og tjenester»”. I Vikarbyrådirektivet art 6 nr. 4 nevnes kantine, barnehage og transport

²⁵ Prop. 74 L (2011-2012) punkt 8.3.7.2

²⁶ Arbeids- og sosialdepartementet (2013)

som eksempler på slike felles goder og tjenester. Departementet tolker dette dithen at hva som omfattes av ”felles goder og tjenester” må avgrenses mot ikke-fysiske goder. Skarning²⁷ stiller seg bak Departementets avgrensning, og nevner også blant annet bedriftshytter, julebord, julegaver som eksempler på goder som omfattes av begrepet. Det fremgår eksplisitt av forarbeidene²⁸ at pensjon ikke omfattes. Slike ordninger vil likevel som regel være ivare tatt gjennom ansettelsesforholdet i bemanningsbyrået. Som en konsekvens av avgrensningen, er det imidlertid antatt at i teorien at også forsikringsordninger og permisjonsordninger faller utenfor. Illustrativt kan tenkes en situasjon der innleiebedriftens faste ansatte gis en gunstig forsikringsordning gjennom sitt arbeidsforhold. En slik ordning vil etter dette ikke omfattes av begrepet ”felles goder og tjenester”.

Som nevnt innledningsvis omtales likebehandlingskravet gjerne som et krav til at den innleide skal likebehandles med seg selv, og ikke bedriftens øvrige ansatte. Hva gjelder innleiebedriftens ”felles goder og tjenester”, kan de øvrige ansatte gjennom eksempelvis ansiennitetsordninger ha opptjent krav eller tilgang på goder og tjenester. Illustrativt kan en tenke seg at plass i bedriftsbarnhagen blir tildelt på bakgrunn av ansiennitet, eller at slike kun tilbys ansatte som har vært ansatt i mer enn ett år. En innleid arbeidstaker vil naturligvis ikke ha krav på en slik plass før han oppfyller de krav som stilles.

4.3.2 Opplysningsplikt og innsynsrett

Som nevnt over, er plikten til å sørge for likebehandling pålagt utleiebedriften. Umiddelbart kan dette synes unaturlig. Med mindre utleiebedriften har representanter på plass hos innleier, har den i utgangspunktet få forutsetninger for å kunne etterleve dette kravet. For å kunne oppfylle kravet til likebehandling må utleier tilegne seg informasjon om hvilken tenkt situasjon en skal likebehandle etter. Dette er regulert i aml. § 14-12 b.

Av bestemmelsens første ledd følger det at innleiebedriften skal gi bemanningsforetaket ”de opplysninger som er nødvendige for å ivareta likebehandlingskravet i § 14-12 a.”. Her har lovgiver, gjennom denne mekanismen sørget for at pliktsubjektet etter likebehandlingsregelen i aml. § 14-12, bemanningsbyrået, har et lovfestet krav på dokumentasjon nødvendig for å

²⁷ Skarning, s. 133

²⁸ Prop. 74 L (2011-2012) punkt 8.3.7.2

oppfylle lovens krav. Ikke bare har bemanningsbyrået et krav på dokumentasjon, men innleier er pålagt en plikt til å fremlegge slik dokumentasjon uten et fremsatt krav. Bestemmelsen er nødvendig for at likebehandlingskravet i det hele tatt skal kunne etterleves.

Videre følger av bestemmelsens andre ledd at også den enkelte arbeidstaker har slik innsynsrett. Dersom arbeidstakeren ber om innsyn, skal bemanningsbyrået ”gi de opplysninger som er nødvendige” for at arbeidstakeren selv skal kunne vurdere om likebehandlingskravet i aml. § 14-12 a er oppfylt. Denne reguleringen må antas å være inntatt i loven for å hindre at inn- og utleier på bekostning av den ansatte inngår en avtale som medfører at vedkommende blir lidende økonomisk. Med en slik mekanisme på plass, er den ansatte selv gitt en mulighet til å forsikre seg om at han eller hun blir behandlet på den måten vedkommende har krav på.

I tillegg til dette, er bemanningsbyrået pålagt en slik plikt overfor innleier. Dersom innleier ber om det skal byrået ”dokumentere hvilke lønns- og arbeidsvilkår som er avtalt med arbeidstaker”. Dette følger av bestemmelsens tredje ledd. Regelen må ses i sammenheng med bestemmelsens fjerde ledd. Det fremgår her at også tillitsvalgt hos innleier har en innsynsrett. Innleier skal, dersom tillitsvalgte ber om det, ”dokumentere hvilke lønns- og arbeidsvilkår som er avtalt mellom innleid arbeidstaker og dennes arbeidsgiver.” For at sistnevnte regel skal kunne etterleves, kreves at innleiende virksomhet har tilgang til den eventuelt etterspurte dokumentasjon. En av den tillitsvalgtes oppgaver er å ivareta sine kollegaers interesser, og dette omfatter naturligvis også de(n) innleide kollega. En tillitsvalgt vil som oftest ha større innflytelse og vil nøle mindre med å varsle om kritikkverdige forhold. En kan for eksempel tenke seg en situasjon der innleier og utleier avtaler seg i mellom å forfordele den innleide ansatte, og at sistnevnte ikke tør varsle i frykt for å miste jobben eller lignende. Regelen utgjør en sikkerhet for at utleier ikke utnytter sin arbeidstaker ved å for eksempel fakturere innleier for en mye høyere sats enn det som faktisk lønnes arbeidstakeren.

4.3.3 Solidaransvaret

Av aml. § 14-12c første ledd følger at innleievirksomheten ”hefter på samme måte som en selvskyldnerkausionist for utbetaling av lønn, feriepenger og eventuell annen godtgjøring etter kravet om likebehandling i 14-12 a.” I dette ligger at en arbeidstaker med et krav overfor sin arbeidsgiver, bemanningsbyrået, grunnet manglende lønn eller annet, kan rette dette kravet mot innleievirksomheten. Dette kan være ønskelig, for eksempel dersom innleier er mer lik-

vid, eller at det av en annen grunn vil være lettere å nå frem med et krav mot denne. Med denne regelen, har lovgiver gitt innleier et sterkt insentiv til å sørge for at utleier har den informasjonen nødvendig for å ivareta arbeidstakers krav på likebehandling. Nettopp av denne grunn er det også av vesentlig betydning at innsynsretten gjelder i begge retninger. Ikke bare må innleier sørge for at utleier har den nødvendige informasjon, men innleier bør også forsikre seg om at utleier faktisk innretter seg etter lovens krav om likebehandling. Gjøres ikke dette, risikerer innleier å bli møtt med et uforutsett lønnskrav fra den innleide arbeidstakeren. Dersom eksempelvis utleier lønner sin utleide ansatt lavere enn kravet til likebehandling tilsier, vil innleier være solidarisk ansvarlig for differansen. Dette vil gjelde selv om innleier i betalt utleiers fakturaer i den gode tro at arbeidstakerens lønnsbetingelser med hensyn til likebehandlingskravet er oppfylt.

Solidaransvaret opphører etter aml. § 14-12 c tredje ledd "når det er åpnet konkurs i bemanningsforetaket". I dette ligger at et krav fra en innleid arbeidstaker i medhold av bestemmelsen kun kan fremsettes overfor innleievirksomheten opp til en eventuell formell konkursåpning.

4.4 Fireårsregelen

En annen viktig mulig konsekvens av å leie inn arbeidstakere fra bemanningsbyrå, er at de(n) ansatte vil ha krav på fast stilling dersom vedkommende forblir hos innleier sammenhengende i mer enn fire år.

Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-12 fjerde ledd at ved innleie etter bestemmelsen skal "reglene i § 14-9 femte ledd andre og tredje punktum" gjelde tilsvarende. Dette har sammenheng med at innleie fra bemanningsbyrå etter aml. § 14-12 første ledd i utgangspunktet kun kan avtales "i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse". Aml. § 14-9 gjelder nettopp midlertidig ansettelse, og det følger av femte ledd andre punktum at dersom en ansatt har vært midlertidig ansatt "sammenhengende" i "mer enn fire år" skal han eller hun anses som "fast ansatt". At dette gjelder "tilsvarende" for innleide ansatte fra bemanningsbyrå innebærer at også disse etter fire år skal anses som fast ansatt hos innleiebedriften. De to dommene fra Høyesterett inntatt i denne behandlingen, Rt. 2013 s. 1730 (YIT) og Rt. 2013 s. 998 (Quality People) gjaldt begge et krav fra en ansatt begrunnet i denne fireårsregelen.

4.4.1 Sammenhengende ansettelse

Hva som ligger i kravet til ”sammenhengende” ansettelse er omtalt i forarbeidene²⁹. Her ble det uttalt at kravet ”innebærer at ansettelsesforholdet skal være uavbrutt”, men at ”mindre avbrudd mellom to ansettelsesforhold må tolereres”. Videre fremgår det vil bero på en ”totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet” om kravet er oppfylt eller ikke.

Behandlingen avgrenses med dette mot ytterligere behandling av hva som ligger i dette vilkåret da dette ikke anses å tilføre noe med hensyn til å besvare problemstillingen.

4.4.2 Ulikt § 14-13-tilfellene

Regelen om fast ansettelse etter fire år i aml. § 14-9 femte ledd annet punktum gjelder kun ved innleie fra bemanningsbyrå. En slik regel finnes ikke for innleie fra ordinære bedrifter etter aml. § 14-13. At tilfellene er regulert ulikt, må antas å ha sin bakgrunn i arbeidsmiljøloven formål om trygge ansettelsesforhold, og hovedregelen i § 14-9 første ledd om fast ansettelse. For innleie etter aml. § 14-13 er det et vilkår at den innleide har fast stilling i utleiebedriften. Den ansattes stillingsvern er med dette allerede ivaretatt, og det er således intet behov for en tilsvarende regel.

5 Ordinære bedrifter

5.1 Utgangspunkt

Innleie av arbeidskraft fra ordinære bedrifter reguleres av aml. § 14-13. Av forarbeidene³⁰ til arbeidsmiljøloven (2005) fremgår det at bestemmelsen er en videreføring av den gamle arbeidsmiljøloven § 55 L. Av sistnevnte lovs forarbeider³¹ går det frem at bestemmelsen gjelder leie av arbeidskraft fra ”ordinære virksomheter, typisk innenfor verksted- og oljeindustrien”. Det er ingen tvil om at dagens lovs § 14-13 gjelder leie til og fra virksomheter av alle arter.

²⁹ Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005) s. 333

³⁰ Ot. Prp nr. 49 (2004-2005) s. 334

³¹ Ot. Prp. Nr. 70 (1998-1999) s. 76

Reguleringen er ikke begrenset til å gjelde de typiske produksjonsbedriftene, noe de gamle forarbeidene kan tolkes som.

Vurderingen av hvorvidt en virksomhet etter aml. § 14-13 skal anses å "ikke [ha] til formål å drive utleie" er tidvis komplisert.

En viss veiledning kan søkes i loven. Av arbeidsmiljøloven § 14-13 første ledd annet punktum følger at det stilles enkelte krav til utleievirksomheten for at denne *ikke* skal anses å ha til "formål å drive utleie". For det første må utleien skje innenfor "de områder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse". Hva som ligger i dette kan være vanskelig å slå fast uten videre holdepunkter. Må et håndverkerfirma som primært forestår oppussing av bad for private leie ut sine ansatte til nettopp dette, eller kan de også leie ut den faglærte elektrikerer til en større entreprise? Dette vil søkes belyst under punkt 5.1.1.

For det annet kan utleieaktiviteten ikke omfatte "mer enn 50 prosent av de fast ansatte". Dette vilkåret er i første omgang enklere å forholde seg til for rettsanvendere(n). Hvor mange av de faste ansatte som er leiet ut er enkelt etterprøvbart. Det er på det rene at en bedrift med 100 ansatte automatisk vil bli ansett som et bemanningsbyrå, og således omfattet av aml. § 14-12 dersom 51 av de faste ansatte leies ut, men vil det samme være tilfelle dersom kun 49 er utleid? Spørsmålet må nok besvares bekræftende. Vilkåret om 50 prosent skal ikke tolkes antite-tisk, men er ment som en øvre grense for hvor mange som tillates utleid. Dette er, som be-handlingen vil vise under punkt 5.1.2, bl.a. bekræftet i Høyesterett.

Det følger av forarbeidene³² at dersom virksomheten leier ut sine ansatte utenfor det som utgjør dens hovedbeskjeftigelse, eller dersom utleien omfatter mer enn halvparten av virksomhetens faste ansatte, må "virksomheten ... anses for å ha til formål å drive utleie", og vil således være omfattet av bestemmelsen i aml. § 14-12 vedrørende bemanningsbyrå.

5.1.1 Vilkåret om hovedbeskjeftigelse

At utleien må skje "innenfor de samme fagområder som utgjør utleieres hovedbeskjeftigelse", gir liten veiledning. Hva som ligger i begrepet "hovedbeskjeftigelse", og hvor langt dette skal

³² Ot.prp. nr 70 (1998-1999) punkt 6.3.4.2

strekkes fremgår ikke av loven. Det er på det rene at en håndverkerbedrift vil kunne leie ut både snekkere og rørleggere ettersom dette må anses å være innenfor bedriftens hovedbeskjeftigelse. Likeledes kan en advokat leies ut fra et advokatkontor til et annet. Hva gjelder en bedrifts administrativt ansatte, taler en naturlig språklig forståelse for at disse ikke omfattes av begrepet "hovedbeskjeftigelse".

Skarning antar³³ imidlertid at vilkåret ikke kan tolkes for snevert, og at administrativt ansatte også kan leies ut uten at utleiers rettsstilling endres med hensyn til bestemmelsene i aml. §§ 14-12 og 14-13. Han viser til forarbeidene³⁴, hvor det uttalt om vilkåret om hovedbeskjeftigelse:

Det stilles således som minstekrav til virksomheten at den driver egen næringsvirksomhet ved siden av utleie og at denne næringsvirksomheten utgjør et visst volum. En slik regel om at en virksomhet til enhver tid ikke kan leie ut mer enn 50 % av sine tilsatte, inkludert administrasjonen, vil kunne hindre at utleieaktiviteten utvikles til virksomhetens hovedbeskjeftigelse

Med støtte i ovenfor nevnte sitat, fremholder han at også administrativt ansatte kan leies ut, uten at dette fratrar bedriften sin karakter av å drive utleie innenfor dens "hovedbeskjeftigelse". Synspunktet virker å være velbegrunnet, da departementet uttrykkelig inntar "administrasjonen" i sin oppregning av de tilsatte.

Videre vil en konsekvensbetraktning føre til det samme synspunktet. Reglene om ut- og innleie av arbeidskraft er blant annet ment å verne om ansatte i den forstand at de i en situasjon der deres potensielle innsats er (midlertidig) overflødig. Slike ansatte bør kunne leies ut til en bedrift der deres arbeidskraft er etterspurt. Alternativet til å leie ut overskuddsarbeidskraft vil være én av to. Den ansatte vil, dersom vedkommende forblir overflødig, ha en lite meningsfylt arbeidsdag. Alternativet vil være at vedkommende vil kunne permitteres, eller i ytterste konsekvens sies opp. Det som av Skarning³⁵ omtales som "sysselsettingshensyn" taler klart for at også administrativt ansatte bør kunne leies ut etter denne modellen. Illustrativt kan tenkes situasjonen der en bedrift for en begrenset periode skal dele kontor med en annen. Dersom

³³ Skarning (2013) s. 107

³⁴ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.4.2

³⁵ Skarning (2013) s. 107

denne bedriften allerede har en resepsjon og/eller en sekretærordning på plass, vil behovet for førstnevnte firmas tilsvarende ansatte ikke være tilstede. Dersom denne ordningen med delte kontor kun er ment å vare en begrenset periode, bør disse ansatte kunne leies ut uten at bedriften dermed anses å være et bemanningsbyrå i lovens forstand.

Med henvisning til behandlingen over, kan det synes som det ikke stilles høye krav til vilkåret om hovedbeskjeftigelse i aml. § 14-13. Et slikt synspunkt har støtte i forarbeidene hvor det fremgår at vilkåret har selvstendig betydning i den utstrekning at det "som minstekrav til virksomheten [stilles] at den driver egen næringsvirksomhet ved siden av utleie og at denne næringsvirksomheten utgjør et visst volum."³⁶ Uttalelsen kan tas til inntekt for at kravet ikke er ment å begrense hvem som kan leies ut, men i stedet har sin bakgrunn i blant annet omgjølesenssyn. Skarning³⁷ antyder på side 107 i "Midlertidige ansettelse, innleie og vikarbyrådirektivet" at regelen er oppstilt for å hindre ordinære virksomheter i å "sette opp vikarbyråer som en del av egen virksomhet" for så å la disse "nyte godt av de liberale innleiereglene for ordinære virksomheter". Dette fremgår ikke direkte fra forarbeidene, men har gode grunner for seg.

5.1.2 Vilkåret om øvre grense på 50 prosent utleide fast ansatte arbeidstakere

Det følger av aml. § 14-13 at en bedrift som leier ut mer enn 50 prosent av sine ansatte, ikke vil oppfylle vilkåret om å "ikke ha til formål å drive utleie". Det følger forutsetningsvis av lovens system at bedriften da vil ha "til formål å drive utleie", og dermed være å anse som et bemanningsbyrå. Dette følger klart av forarbeidene.³⁸ Problemet oppstår i tilfeller der utleiebedriften leier ut færre enn halvparten av sine ansatte.

Det fremgår klart av forarbeidene³⁹ at det ved oppstillingen av grensen på 50 prosent *ikke* har vært meningen å gi en "uttømmende beskrivelse av bestemmelsens [aml (1977). § 55K (aml. § 14-12)] virkeområde". Det fremgår at grensen på 50 prosent er ment å gjelde som et mini-

³⁶ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.4.2

³⁷ Skarning, (2013) s. 107

³⁸ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.4.2

³⁹ Ot. Prp. Nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.4.2

mumskrav for å kunne anses som en ordinær bedrift i utleiesammenheng. I dette ligger kun at en overskridelse av grensen automatisk vil medføre at virksomheten vil vurderes etter aml. § 14-12. En helhetsvurdering vil på tross av at minimumskravet er oppfylt kunne føre til at bedriften i lovens forstand vil bli vurdert som et bemanningsbyrå. Departementet gir her et klart signal om at grensen ikke kan anvendes antitetisk, og virksomheter vil således ikke kunne omgå reglene ved å leie ut 49 prosent av sine tilsatte innenfor det som (tilsynelatende) er bedriftens hovedbeskjeftigelse. Dette er illustrert ved hjelp av et eksempel i forarbeidene:

For eksempel vil en databedrift som permanent leier ut 30 % av sine edb-tilsatte, kunne anses å drive ordinær utleie, til tross for at utleie skjer innenfor det som utgjør virksomhetens hovedbeskjeftigelse og utleie har et begrenset omfang.

Ut i fra det ovenfor behandlede, er det altså klart at dersom en bedrift leier ut over halvparten av sine ansatte, vil den automatisk bli ansett å være et bemanningsbyrå i lovens forstand. Dette vil imidlertid også kunne bli tilfelle dersom bedriften leier ut færre enn dette. Om det gjelder en nedre grense, er tvilsomt. Det fremgår av forarbeidene⁴⁰ at sontringen til enhver tid vil bero på en ”helhetsvurdering av virksomhetens art, herunder med hvilket omfang og hyppighet utleie skjer og hvor stor andel av virksomheten utleie utgjør”.

5.1.3 Typetilfeller

Tidligere var det nok slik at innleie fra ordinære virksomheter typisk gjaldt de såkalte produksjonsbedriftene. I forarbeidene⁴¹ trekkes verksteds- og oljeindustrien frem som eksempler. Det er i dag ikke tvilsomt at slik innleie foregår på en rekke livsområder, og at det ikke stilles noe krav til en slik håndfast produksjon for å omfattes av reglene.

5.1.3.1 Verft A og B – renskåret produksjonsbedrift

Illustrativt kan en tenke seg en situasjon der det i en liten havneby finnes to verft. Utover disse, finnes ingen arbeidsplasser for den kompetente arbeidsstokken. Dersom en videre tenker at disse verftene hver har 10 fulltidsansatte som normalt dekker verftets behov for arbeidskraft. Endelig, dersom verft A skulle vinne et anbud verft B hadde kalkulert med å vinne, ville plut-

⁴⁰ Prop. 74 L (2011-2012) punkt 5.6, jf. Ot.prp nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.2

⁴¹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.4.1

selig verft A ha behov for ytterligere arbeidskraft, mens verft B vil ha tilsvarende overskuddsmannskap. I en slik situasjon vil det være praktisk for A å leie kompetente ansatte fra B, uten å ansette disse fast. Situasjonen vil kunne være midlertidig, og verken A eller B vil se seg tjent med å sitte med henholdsvis for mange eller for få faste ansatte.

5.1.3.2 Et oppstått behov for spesiell kompetanse

Dersom en tenker seg at et advokatfirma har fått i oppgave å foreta en granskning som innebærer gjennomgang av ulike økonomiske papirer, for eksempel regnskap og lignende, vil leie av arbeidskraft være aktuelt. Juristene vil kanskje ikke ha den nødvendige kompetansen for å gå disse dokumentene etter i sømmene. Dersom advokatfirmaet så tar kontakt med et selskap som driver med nettopp dette – regnskap og lignende – for å leie én eller flere av deres ansatte for en periode, vil dette normalt sortere under innleie fra en ordinær bedrift. Det samme kan tenkes der en håndverkerbedrift får i oppgave å føre opp et kjøkken, men for tiden ikke har en elektriker i arbeidsstokken.

5.1.3.3 Prøveperioder / Pilotprosjekter

Undertiden vil firmaer vurdere å utvide virksomheten til å omfatte også andre kompetanseområder. Eksempelvis vil snekkerfirmaet vurdere å utvide til å også tilby rørleggertjenester, eller det kan dreie seg om en konsulentfirma med hovedfokus på økonomiske rådgivning som vurderer å opprette en avdeling for juridiske tjenester. For å fastslå om dette er en nyttig og regningsvarende utvidelse, vil det være fornuftig å prøve dette i en periode. I slike tilfeller vil innleie være høyst aktuelt. Snekkerbedriften vil kunne avtale med en rørleggerbedrift med overskuddskapasitet å leie inn for eksempel to rørleggere for en periode på ett år. Finner bedriften etter en prøveperiode at det ikke lønner seg med den tenkte utvidelsen står den bedre stilt da arbeidsforholdet uansett utgår ved utleieperiodens utløp. Motsatt, dersom en bedrift i dette tilfellet var nødt til å ansette de to rørleggerne fast eller midlertidig, ville situasjonen være betydelig verre dersom den skulle måtte si opp disse når prøveprosjektet ikke lønner seg. En slik ordning er altså fornuftig både for den enkelte ansatte som har en fast stilling å gå tilbake til, og for innleiebedriften som med liten risiko kan gjøre et slikt forsøk.

6 Statoil v. YIT – 2013

Skillet mellom innleie fra ordinær virksomhet og vikarbyrå ble prøvet for retten i dommen inntatt i Rt. 2013 s. 1730. Saksforholdet er noe spesielt, men dommen er likevel nyttig i det den behandler vesentlige momenter i vurderingen.

Twisten stod mellom A, som var ansatt i YIT Building Systems AS (YIT), og Statoil. Bakgrunnen for tvisten var en entreprisetale mellom Statoil og YIT. A ble ansatt i YIT i 2006, og arbeidet allerede fra første arbeidsdag på Statoils kontor, men i forbindelse med den foreliggende entreprisetalen. Det fremgår av dommen at han ”ikke på noe tidspunkt” utførte arbeid for YIT eller for andre av YITS kunder enn Statoil. I desember 2010, da arbeidsforholdet hadde vart i drøyt fire år, ble det fremmet krav om fast stilling i medhold av regelen i aml. 14-9 femte ledd andre punktum. Kravet ble begrunnet i at As arbeidsforhold for det første ikke var omfattet av entreprisetalen mellom YIT og Statoil, og således var innleie av arbeidskraft. I forlengelsen av dette, mente A også at arbeidsforholdet var innleie av en slik art at det måtte reguleres av aml. 14-12. I realiteten fremholdt dermed A at hans arbeidsgiver, YIT, skulle anses som ”en virksomhet som har til formål å drive utleie” – et bemanningsbyrå i lovens forstand.

Statoil, som allerede hadde en entreprisetkontrakt med YIT, avviste kravet om fast stilling for A, og viste til at hans forhold var en del av denne entreprisen.

Både tingrettens flertall og en enstemmig lagmannsrett fant at As forhold ikke var en del av entreprisen som anført, at forholdet måtte reguleres av aml 14-12, og at A derfor hadde krav på fast stilling.

Statoil anket dommen til Høyesterett, og ankeutvalget lot anken fremme kun for spørsmålet ”om det er arbeidsmiljøloven 14-12 eller arbeidsmiljøloven 14-13 som får anvendelse på forholdet.” Saken, slik den stod for Høyesterett, var altså slik at det var på det rene at As forhold ikke var en del av entreprisetkontrakten mellom YIT og Statoil. Det var ingen tvil om at forholdet gjaldt innleie. Spørsmålet Høyesterett skulle ta stilling til var om innleien av A fra YIT til Statoil var fra en ”virksomhet som har til formål å drive utleie”, jf. aml § 14-12 eller om det var fra en ”virksomhet som ikke har til formål å drive utleie”, jf. aml. § 14-13.

Etter å ha sitert det relevante utdrag fra forarbeidene⁴² vedrørende minimumskravet om at utleien må foregå innenfor virksomhetens hovedbeskjeftigelse, og at den ikke kan overstige 50 prosent av de fast ansatte for å bli ansett som et § 14-13-tilfelle, påpeker førstvoterende et meget viktig poeng. I de samme forarbeidene fremgår at:

”Det er innleier som bærer risikoen for at utleier oppfyller kravene til å være produksjonsvirksomhet etter § 14-13.”

Sitatet var imidlertid i utgangspunktet ikke helt treffende. Uttalelsen førstvoterende siterer gjelder skillet mellom ordinære bedrifter og bemanningsbyrå, og ikke grensen mot entrepriser. Statoil leide inn A i den tro at han var omfattet av den allerede avtalte entreprisen med YIT. Risikoen for feiltolkning måtte, i følge førstvoterende, ”gjelde tilsvarende når innleier tar feil av grensen mellom entrepris og innleie”.

Denne tolkningen innebærer på ingen måte noen radikal endring av rettstilstanden, og har nok de beste grunner for seg.

I den konkrete saken innebar dette at Statoil hadde risikoen for at As arbeidsforhold skulle reguleres av aml. § 14-13. I dette lå at Statoil, dersom feil forståelse var lagt til grunn, måtte bære eventuelle konsekvenser av dette – at A potensielt hadde krav på fast stilling i bedriften.

6.1 Aml. § 14-13

Da spørsmålet gjaldt hvorvidt YIT var en virksomhet som ”ikke har til formål å drive utleie”, tok førstvoterende utgangspunkt i aml. § 14-13 for å se hva som kreves for at dette skulle være oppfylt. Var vilkårene i aml. § 14-13 ikke oppfylt, ville forholdet reguleres av aml. § 14-12.

Førstvoterende tok innledningsvis utgangspunkt i hvordan YIT presenterte seg på sin hjemmeside. Det var ingenting i denne presentasjonen som talte for at selskapet skulle anses som

⁴² Ot. Prp. Nr. 56 (2006-2007), punkt 3.1.1

noe annet enn en produksjonsbedrift. Selskapets presentasjon utad talte dermed for at selskapet *ikke* hadde til formål å drive utleie.

Det fremgår av forarbeidene⁴³ at ”hvilket formål utleier selv legger til grunn for sin virksomhet”, ikke vil være avgjørende, og at utgangspunkt må tas i de ”reelle underliggende forhold”. Den vurdering det gis anvisning på i forarbeidene skal bero på med ”hvilket omfang og hyppighet utleie skjer” og ”hvor stor andel” av virksomheten utleie utgjør. Det fremgår altså ikke av forarbeidene at hva utleievirksomheten selv gir uttrykk for skal vektlegges ved vurderingen om en virksomhet skal anses å ha til formål å drive utleie. Det er i lys av dette derfor interessant at det tas utgangspunkt i selskapets presentasjon utad, da dette klart vil være av underordnet betydning dersom eksempelvis minimumskravene i aml. § 14-13 ikke er oppfylt.

I tillegg, tatt i betraktning at det er innleier som i utgangspunktet bærer risikoen for en eventuell feiltolkning av utleiers karakteristika, er det oppsiktsvekkende at selskapets egen beskrivelse på sin nettside synes å tillegges vekt.

Som ved skillet mellom innleie og entreprise (se punkt 2), er det de underliggende reelle forhold som er avgjørende, ikke hvordan forholdet umiddelbart ser ut. Som nevnt i forbindelse med dette skillet (punkt 2.5), ble det også i Rt. 2013 s. 998 (Quality People) vektlagt hvordan avtalen så ut. I lys av dette, er det derfor av interesse at førstvoterende, i likhet med førstvoterende i dommen nevnt over, tar utgangspunkt i hvordan et forhold presenteres. At det ikke er avgjørende er klart, men at det i det hele tatt poengteres kan tas til inntekt for at det vil ha en viss betydning ved helhetsvurderingen som skal foretas ved begge grensedragninger.

På tross av hvordan selskapet fremstod utad, fremholdt førstvoterende, vil utleie av arbeidskraft ikke kunne gjøres i medhold av aml. § 14-13 dersom ”virksomheten leier ut mer enn 50 prosent av de fast ansatte” eller dersom ”utleie skjer utenfor de fagområder som utgjør virksomhetens hovedbeskjeftigelse.”.

⁴³ Ot.prp nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.2

6.1.1 "Virksomheten"

Som behandlingen over viser, er 50-prosentskravet kun et minimumskrav, og en virksomhet vil kunne anses som et vikarbyrå på tross av at andelen utleide er lavere enn dette. Før det kunnen tas stilling til antall utleide og hvorvidt disse driver innenfor virksomhetens hovedbeskjeftigelse, fremholdt førstvoterende, må det vurderes "hva som er virksomheten". Da YIT var en stor bedrift med mange satsningsområder, ville det nemlig være av vesentlig betydning om kriteriene skulle vurderes med tanke på "utleieselskapet – YIT – som helhet", eller om "den enkelte avdeling i et selskap kan anses som "virksomheten" etter aml. § 14-13".

Begrepet har p.t. ingen legaldefinisjon i arbeidsmiljøloven. I det lovens ordlyd ikke gav noen veiledning, og spørsmålet heller ikke var behandlet i forarbeidene, konkluderte førstvoterende med at synspunktet fremmet i teorien om at "virksomhetsbegrepet i aml. § 14-13 må forstås på samme måte som i 1-2" måtte være riktig. Av aml. § 1-2 første ledd fremgår det at loven gjelder for "virksomhet som sysselsetter arbeidstaker". Videre pekte førstvoterende på en uttalelse fra Arbeidslivslovutvalget⁴⁴ vist til i teorien. Det var her uttalt at "[s]om alminnelig regel vil avgrensningen av virksomhetsbegrepet falle sammen med det rettssubjekt som er arbeidsgiver". Behandlingen så langt talte for at YIT – som helhet – skulle anses som virksomheten etter aml. § 14-13. Med en slik forståelse lagt til grunn, ville det klart være enklere å slå fast at grensen på 50 prosent utleide arbeidstakere var overholdt. Jo flere arbeidstakere, desto flere må til for å utgjøre halvparten.

Førstvoterende tar så i 45 en overraskende vending. På tross av at "mye [kan] tale for at virksomhetsbegrepet i aml. § 14-13 må forstås som den juridiske enheten", altså YIT som helhet, finner han det "ikke nødvendig å ta endelig stilling til dette". Saken må uansett "løses på et annet grunnlag". Behandlingen av virksomhetsbegrepet i dommen er altså et obiter dictum.

Det faktum at førstvoterende behandler problemstillingen særdeles grundig uten å konkludere er interessant. Sannsynligvis er dette behandlet med tanke på fremtiden, og for å klargjøre rettstilstanden. Riktignok konkluderes det ikke i saken, men det levnes lite tvil om hva som ville blitt konklusjonen dersom en slik var påkrevet. Dommen gir med dette langt på vei sva-

⁴⁴ NOU 2004:5 punkt 10.4.1

ret på hva som skal anses som ”virksomheten” etter aml. 14-13. Det siktes med begrepet til ”den juridiske enheten”, og ikke avdelinger eller lignende.

6.1.1.1 50 prosent

Det var på det rene at den absolutte, øvre grensen på 50 prosent i aml. § 14-13 ikke var overskredet. YIT hadde flere tusen ansatte og leiet bare ut ansatte ”helt sporadisk”. Hyppigheten og graden av utleie fra YIT talte dermed for at det dreide seg om et forhold regulert av aml. § 14-13, og ikke § 14-12. Uansett om det var YIT som helhet eller avdelingen X som ble lagt til grunn ville grensen uansett ikke vært overskredet.

6.1.1.2 Hovedbeskjeftigelse

Når det gjelder vilkåret i aml. § 14-13 første ledd om at utleien må foregå innenfor området som utgjør virksomhetens hovedbeskjeftigelse, viser førstvoterende til behandlingen av virksomhetsbegrepet over, og fremholder at spørsmålet om hva som er en virksomhets hovedbeskjeftigelse vil avhenge av hva som legges til grunn med tanke på virksomhetsbegrepet. Da det ikke ble uttrykkelig konkludert vedrørende virksomhetsbegrepet fant førstvoterende derfor ikke ”grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet, da saken som nevnt uansett må avgjøres på et annet grunnlag”.

Med henvisning til behandlingen under punkt 5.1.1, kan forarbeider og teori trekke i retning av at det ikke er en særlig høy terskel for å innfri vilkåret. I lys av dette, særlig med tanke på at virksomhetsbegrepet behandles grundig, er det derfor av interesse at førstvoterende ikke velger å ta stilling til dette. Hva som kan utledes av dette, er uklart, men det kan nok tale for at vurderingen er mer omfattende enn de nevnte rettskilder gir uttrykk for.

Det ville fra et rettspolitisk standpunkt ha vært av interesse å få en avklaring av hva som ligger i vilkåret om hovedbeskjeftigelse. Særlig ville dette vært av interesse med hensyn til de i dag mange bedrifter med et mangfold av hovedbeskjeftigelser. Vil for eksempel som i YITs tilfelle leveranser av ”tekniske bygginstallasjoner” være et fornuftig sted å trekke grensen, eller blir dette for vidt? De mange ulike kompetanseområdene som vil omfattes dersom en slik vid forståelse legges til grunn vil kanskje bidra til å lempe enda mer på kravene for innleie etter aml. § 14-13. På den annen side taler lovens ordlyd ”fagområder som utgjør virksomhetens hovedbeskjeftigelse” for at det kan dreie seg om ulike fagområder og derfor også

ulike kompetansefelt. Det vises for øvrig til fremstillingens behandling av dette over, i punkt 5.1.1.

6.1.2 Helhetsvurdering

Med henvisning til behandlingen over, stod saken for førstvoterende, som om vilkårene i loven var oppfylt. Virksomheten gav ikke uttrykk for å ha til formål å drive utleie. Videre var ikke over halvparten av de ansatte utleid. Endelig ble det ikke tatt stilling til hvorvidt utleien av A var innenfor det som måtte være YITs hovedbeskjeftigelse. Dermed skulle en tro at Statoil ville vinne frem med sin anførsel om at leieforholdet var regulert av aml. § 14-13, og at A derfor verken hadde krav på erstatning eller fast stilling.

Gjentatte ganger i løpet av sitt votum fastslo førstvoterende imidlertid at saken måtte løses på ”annet grunnlag”, og at det derfor ikke var nødvendig å konkludere med hensyn til momentene nevnt over. I premiss 48 påpeker førstvoterende at det fremgår av forarbeidene⁴⁵ at vilkårene oppstilt i aml. § 14-13 kun er minimumsvilkår. Han fremholdt deretter på bakgrunn av nevnte forarbeider:

”Selv om utleievirksomheten omfatter færre enn 50 prosent av de ansatte og skjer innenfor fagområder under hovedbeskjeftigelsen, vil en helhetsvurdering kunne lede til at innleieforholdet likevel må anses omfattet av § 14-12.”

Det er altså ikke nok å tilfredsstille minimumsvilkårene i aml. § 14-13 for å unngå å bli karakterisert som bemanningsbyrå i lovens forstand. En helhetsvurdering vil uansett kunne føre til det motsatte resultat. En slik løsning har gode grunner for seg. Det har vært lovgivers ønske å hindre bedrifter i å omgå blant annet reglene om fast ansettelse. Ved å åpne for at en slik helhetsvurdering kan føre til at en virksomhet som i utgangspunktet synes å være en ordinær bedrift kan anses å reguleres av aml. § 14-12 når det gjelder utleie av mannskap, åpnes det for å slå ned på de klare omgåelsesforsøkene.

At fokus rettes mot dette i Høyesteretts dom er viktig, da det ikke fremgår av lovens bestemmelser. All den tid aml. § 14-13 kun inneholder passusen ”ikke ha til formål å drive utleie” og

⁴⁵ Ot. Prp. Nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.4.2

i tillegg ikke inneholder mer veiledning enn de to nevnte minimumskrav, kan det argumenteres for at det vil være vanskelig for både inn- og utleier å forutberegne sin rettsstilling hva angår utleiers rettslige status som utleier. Denne manglende forutberegneligheten vil kunne skape problemer både for utleier i form av lønnskrav i kraft av likebehandlingsprinsippet, og for innleier i form av krav om erstatning og/eller fast stilling. Disse utfordringene behandles ytterligere under punkt 7.

6.1.2.1 De reelle forhold avgjørende

Som påpekt i behandlingen over, i punkt 2.3.1, vil det ved grensdragningen mellom entrepri- se og innleie være de reelle forhold som er avgjørende. Det gjelder også skillet mellom innleie fra ordinære virksomheter og vikarbyråer. Dette fremgår klart av Ot. Prp. Nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.2, og er også gjentatt i Prop. 74 L (2011-2012) punkt 5.6.

I fortsettelsen av dette fremholder førstvoterende at en ”konkret vurdering av virksomhetens arbeidsutleie sett på bakgrunn av formålet med bestemmelsen” må foretas ”[f]or å unngå om- gåelser av reglene”.

Ved å se hen til en slik konsekvensbetraktning, sementeres førstvoterendes synspunkt om at saken ikke kan avgjøres på bakgrunn av at minimumsvilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Det må foretas en helhetsvurdering, og det skal ved denne vektlegge bestemmelsens formål.

Reglene i arbeidsmiljøloven §§ 14-12 og 14-13 er ment å ivareta henholdsvis *innleiers behov for korttidsarbeidskraft* og *utleiers behov for alternativ sysselsetting*. Med henvisning til disse, fremholder førstvoterende at en ”[o]mgåelse vil kunne foreligge dersom en produksjons- bedrift utvikler arbeidsutleie som ”et forretningsområde” eller permanent leier ut en andel av sine ansatte uavhengig av om bedriftens behov eller andre av de oppgitte formål tilsier slik utleie”.

Synspunktet her går lenger enn de tidligere uttalelser i forarbeidene. Ikke bare skal det foretas en helhetsvurdering, men det må ved helhetsvurderingen hensyntas om meningen med det konkrete arbeidsforholdet er å omgå reglene. Er dette tilfelle, vil forholdet kunne omfattes av regelen i aml. 14-12 på tross av at virksomheten er en ordinær bedrift, kun leier ut helt spora- disk, og i tillegg leier ut innenfor virksomhetens hovedbeskjeftigelse.

YIT hadde i denne saken verken ”drevet utleie i stort omfang” eller ”utviklet utleie til et forretningsområde”. Dette talte således mot å anse forholdet som et forhold regulert av aml. 14-12, selv etter en helhetsvurdering.

Saksforholdet i denne konkrete saken var likevel så spesielt at ytterligere én faktor måtte medregnes. A var ansatt i YIT etter Statoils behov for hans kompetanse, og ikke grunnet YITs behov for å leie ham ut. Førstvoterende understreket at ”[h]ovedformålet med 14-13 er å tilgodese utleiebedrifters behov for å kunne leie ut egne produksjonsansatte arbeidstakere når de ellers ville blitt midlertidig overflødige.” Dette fant førstvoterende å være avgjørende. As tilfelle lå i saken ”såpass fjernt fra det som var ment omfattet av 14-13” at utleien av ham ikke kunne anses å ha hjemmel i bestemmelsen. Forholdet ble dermed ansett å være regulert av aml. § 14-12. A hadde således krav på fast stilling i kraft av fireårsregelen i aml. § 14-9 femte ledd, jf. § 14-12 fjerde ledd.

6.1.3 Oppsummering

En enstemmig Høyesterett kom altså, etter en helhetsvurdering, til at As arbeidsforhold var innleie omfattet av arbeidsmiljøloven aml. § 14-12, og ikke § 14-13. Dette på tross av at mye talte for den motsatte løsning.

Saksforholdet er spesielt, og kan nok ikke sies å være et typisk tilfelle. Likevel er dommen interessant av flere årsaker.

For det første innebærer dommen at innleide arbeidstakeres stilling styrkes. At det gjøres et poeng ut av å slå ned på de rene omgåelsestilfellene, vil nok stille betydelige krav til kontraktarbeidet i fremtiden. Formålet med loven og bestemmelsen vil bli vektlagt ved en vurdering av om et arbeidsforhold er ment å omgå reglene om fast ansettelse eller ei.

6.1.3.1 Hensyn avgjørende

For det andre er det nå klart at en ordinær bedrift, i spesielle tilfeller, kan bli ansett som et bemanningsbyrå i lovens forstand. Hensynet bak aml. § 14-13 er å ivareta utleiende bedrifts

behov. Dommen gir uttrykk for at en ordinær bedrift nå kan anses å ha til formål å drive utleier dersom ett enkelt utleieforhold ikke er begrunnet i dette hensynet.

Det kan stilles spørsmål ved om dette er en god løsning for fremtiden. At det i utgangspunktet ikke er tilstrekkelig å holde seg innenfor minimumskravene i aml. § 14-13, og at det skal foretas en helhetsvurdering hvor blant annet formålet med bestemmelsen bør vektlegges fremgår klart av forarbeidene. At det gjennom en slik helhetsvurdering i hvert konkrete tilfelle er åpnet for å fange opp omgåelsestilfellene er en god regel. På den annen side vil dette gjøre noe med forutberegneligheten i innleietilfellene. Når en ser hen til at førstvoterende tillegger innleier risikoen for en feiltolkning både for grensen mellom entrepriser og innleie, og mellom de ulike innleietilfellene, stiller dette betydelige krav til innleier. Skal det for fremtiden forventes av innleier å føre løpende undersøkelser vedrørende utleiers stilling som utleievirksomhet, herunder om de(n) enkelte innleide er overskuddsarbeidskraft hos sin arbeidsgiver? Spørsmålet må nok besvares bekreftende.

Riktignok var saken spesiell i det den blir avgjort på bakgrunn av at det var Statoil som initierte YITs ansettelse av A. Med dette i tankene falt utleien av A utenfor det som var ment regulert av aml. § 14-13 da bestemmelsen er ment å ivareta *utleiebedriftens* behov. Likevel kan det tenkes at utleide arbeidstakere i fremtiden, sett hen til dommen, vil anføre at han eller hun ikke er utleid med tanke på utleiebedriftens behov, men innleiers sådan, og med dette bør ha krav på fast stilling i denne. Hvor grensen skal trekkes er ikke klart, men det kan nok tenkes at arbeidstakere i fremtiden vil anføre bestemmelsens formål, og se hen til dommen her.

6.1.3.2 Virksomhetsbegrepet

Der førstvoterende gir arbeidstakeren en betydelig sterkere stilling med hensyn til sin vektlegging av formålet med bestemmelsen, gis arbeidsgiversiden langt på vei medhold i sine anførsler hva gjelder virksomhetsbegrepet. På tross av at det ikke konkluderes, går førstvoterende langt i å fastslå at virksomhetsbegrepet i 14-13 er ment å omfatte hele den juridiske enheten som utgjør utleier, og ikke en avdeling av denne. Disse uttalelsene vil naturligvis kunne tas til inntekt for arbeidsgivers sak når det gjelder vilkåret i bestemmelsen om andelen av utleide arbeidstakere.

6.1.3.3 En konkret vurdering av As forhold

Et tredje forhold en kan lese ut av dommen, er at førstvoterende ikke nøyer seg med å undersøke hvorvidt YIT som utleier omfattes av aml. § 14-13. Etter å ha mer eller mindre slått fast at YIT faktisk er en ordinær bedrift, og således bør omfattes av aml. § 14-13, tok førstvoterende tak i As konkrete arbeidsforhold. Dette bør være av interesse for bedrifter med et ønske om å leie inn arbeidskraft, da det etter dommen ikke lengre er tilstrekkelig å sørge for at utleier oppfyller kravene i aml. 14-13. Tilsier den innleides arbeidsforhold at vedkommende ikke er utleid for å ivareta utleiers interesser, vil utleier i en konkret sak kunne bli vurdert som et bemanningsbyrå i lovens forstand.

Saken reiser spørsmål om det vil kunne forekomme tilfeller der det foretas en individualisering av klassifiseringen av utleier. Rettens standpunkt kan tas til inntekt for at en som entreprenør overfor oppdragsgiver kan anses både som en selvstendig oppdragstaker og et bemanningsbyrå, avhengig av hvilken ansatts arbeidsforhold som utgjør utgangspunktet for vurderingen. Problemstillingen vil behandles ytterligere under punkt 7.1.4.1.

6.1.3.4 Ansvar for utleier?

I tillegg til de skjerpede kravene resultatet for fremtiden vil utgjøre for innleier, vil dommen også ha betydning for utleier. Da saken stod mellom en innleid ansatt (A) og innleier (Statoil) kom ikke spørsmålet opp, men det er på det rene at en innleid ansatt vil kunne ha flere ulike krav overfor sin arbeidsgiver (utleier) i kraft av blant annet likebehandlingsprinsippet i aml. § 14-12a dersom hans arbeidsforhold anses omfattet av aml. § 14-12. Denne problemstillingen vil det kommes tilbake til under punkt 7.

7 Utfordringer / Konsekvenser

Med henvisning til det ovenfor behandlede, vil det for en bedrift kunne medføre utfordringer av ulik art å engasjere andre enn dennes faste ansatte til å utføre et bestemt eller ubestemt arbeid. For det første må det klargjøres hvorvidt arbeidsytelsen er del av en entreprisekontrakt, eller om mannskapet en ønsker engasjert blir å anse som innleide i lovens forstand. I sistnevnte tilfelle, vil det videre kunne bli reist spørsmål om de(n) innleide er engasjert fra et bemanningsbyrå eller en ordinær bedrift. Ett annet mulig scenario, vil være der bedriften en leier inn fra skifter karakter underveis i leieforholdet. Bedriften har kanskje leid en eller flere ansatte

fra det som i utgangspunktet var en ordinær virksomhet, men som underveis har trappet opp utleievirksomheten og plutselig klassifiseres som et vikarbyrå. Vil en slik endring underveis være rettslig relevant? I så fall; hvem bærer risikoen for denne utviklingen? Har utleiende bedrift en plikt til å opplyse om opptrappingen, eller er det innleiers ansvar å stadig kontrollere i hvilken grad utleiebedriften leier ut sine ansatte? Er sistnevnte i hele tatt mulig?

Disse utfordringene, og flere, vil behandles i det følgende.

7.1 Uklarhet rundt oppdragsformen – entreprise?

I begge de behandlede dommer fra Høyesterett, gjaldt saksforholdet en arbeidsytelse som oppdragsgiver la til grunn hørte inn under en entreprise, men som av en arbeidstaker ble anført å gjelde innleie fra et bemanningsbyrå.

I det spørsmålet om nettopp denne sontringen i dommen inntatt i Rt. 2013 s. 1730 (YIT) ble endelig avgjort i lagmannsretten, er som påpekt over under punkt 2.5, Rt. 2013 s. 998 (Quality People) som utgjør den nyeste høyesterettspraksis vedrørende problemstillingen.. Dommen er grundig, og gir god veiledning for å trekke skillet mellom entrepriser- og innleietilfellene.

I lys av dommen er det nå på det rene at det skal foretas en vurdering basert på momentene presentert i forarbeidene⁴⁶, og at det skal legges avgjørende vekt på hvem som har *ledelsen av arbeidet* og hvem som har *ansvar for resultatet* av dette.

I tillegg slås det også fast at entrepriseregretet ikke er forbeholdt de rene resultatleveranser, men at også løpende tjenesteytelser kan omfattes.

Endelig påpekes det i dommen at hva en avtale gir uttrykk for å være ikke er avgjørende, og at det er de reelle forhold som skal legges til grunn. Likevel finner førstvoterende grunn til å vektlegge nettopp dette – avtalens tittel mv.

⁴⁶ NOU 1998:15 punkt 5.1.4

De tre ovenfor nevnte forhold, innebærer alle en utvikling fra situasjonen før dommen, og vil kunne medføre utfordringer av ulik art for de involverte parter. Disse vil søkes belyst i det følgende.

7.1.1 Avtaledokumenters titulering mv.

Hva en avtale omtales som, overskrifter, titler, mv. er ikke avgjørende for hva den rettslig sett gir uttrykk for. Det er de reelle forhold som vil skal gis avgjørende vekt. Dette følger uttrykkelig av forarbeidene⁴⁷, og ble også presisert i dommens premiss (66). Likevel ble avtalens tittel, underoverskrifter og lignende drøftet grundig av førstvoterende. Som påpekt under punkt 2.5, kan dommen etter dette tenkes å gi rettslig grunnlag for å anta at hva en avtale er omtalt som vil kunne tillegges vekt ved den helhetsvurdering som skal foretas. I forlengelsen av dette, vil dommen inntatt i Rt. 2013 s. 1730 støtte et slikt synspunkt. Saken gjaldt skillet mellom ordinære bedrifter og bemanningsbyrå, men har likevel overføringsverdi. Det ble i dommen ble tatt utgangspunkt i lignende omstendigheter, på tross av forarbeidenes klare utgangspunkt om at de reelle forhold vil være avgjørende..

Det vil for fremtiden kunne tenkes at lignende omstendigheter vil anføres for et ønsket resultat. For en oppdragsgiver med et ønske om at en arbeidsytelse skal anses å være del av en entreprise, vil det kunne fremholdes at utgangspunktet om at de reelle forhold er avgjørende står ved lag, og at avtalens tittel mv., ikke ble tillagt avgjørende vekt i saken. Dommen(e) vil samtidig kunne anvendes av en arbeidstaker med ønske om å anses som innleid. For vedkommende vil det kunne anføres at det faktum at avtalens tittel mv. i det hele tatt ble vektlagt, taler for at dette må tillegges vekt også i hans eller hennes tilfelle.

Hvilken vekt slike forhold vil kunne ha, kan ikke utledes av dommen(e). Likevel bør uttalelsene tas i betraktning av oppdragsgivere og entreprenører i den forstand at kontrakter for fremtiden i særlig grad bør være klare med hensyn til oppdrags karakter.

⁴⁷ Prop. 74 L (2011-2012) punkt 5.2.2

7.1.2 Løpende tjeneste ikke avgjørende - forutberegnelighet for arbeidstaker

LO fremholdt i saken at entreprisene måtte avgrenses mot løpende tjenester.⁴⁸ En motsatt løsning ville undergrave hovedregelen om faste ansettelser. Synspunktet førte ikke frem, og ble uttrykkelig tatt stilling til i det førstvoterende presiserte at løpende tjenester også kunne omfattes av entreprisbegrepet.

Rettens synspunkt vil kunne utgjøre en utfordring for den enkelte arbeidstaker med hensyn til forutberegnelighet. I lys av det ikke vil være avgjørende hva forholdet omtales som, vil dette – satt på spissen – kunne føre til at en arbeidstaker som leverer en løpende ytelse til en bedrift under en avtale omtalt som ”innleie av arbeidskraft”, bli møtt med at arbeidet hele perioden har vært en del av en entreprise.

Arbeidsmiljølovens formål fremgår av lovens § 1. Loven skal blant annet bidra til å sikre ”trygge ansettelsesforhold” og ”bidra til et inkluderende arbeidsliv”, jf. hhv. §§ 1 b og e. Løsningen dommen inntatt i Rt. 2013 s. 998 (Quality People) gir uttrykk for, vil kunne motvirke disse. For det første vil en manglende forutberegnelighet hva angår ens eget arbeidsforhold kunne bidra til å skape utrygghet. Har en, som i saken, arbeidet for samme arbeidsgiver, i de samme lokaler, og under samme vilkår i en rekke år, vil en gjerne være av den oppfatning at disse forholdene ikke vil endre seg. Riktignok vil vedkommende uansett beholde sitt stillingsvern i kraft av arbeidsforholdet hos det som vil anses som entreprenøren, men den manglende forutberegneligheten vil også kunne utgjøre utfordringer med hensyn til lovens formål om et inkluderende arbeidsliv.

For det første kan tenkes at dette vil bidra til at den enkelt ansatte i ikke investerer like mye som vedkommende ellers ville gjort i det sosiale miljøet på arbeidsplassen. All den tid en ikke er sikker på om en har en fremtid på arbeidsplassen, vil enkelte kunne vegre seg for å knytte for sterke bånd til mulige kollegaer. Dette vil også kunne fungere motsatt; den resterende arbeidsstokken vil kunne vegre seg mot å inkludere vedkommende dersom det er usikkert hvorvidt han eller hun er ment å bli værende på arbeidsplassen. En slik virkning vil også kunne sies å motvirke formålet om å bidra til en arbeidshverdag trygg for bl.a. ”psykiske skadevirkninger”, jf. aml. § 1 a.

⁴⁸ Rt. 2013 s. 998, premiss (22)

I forlengelsen av den utryggheten løsningen gir uttrykk for, kan tenkes en annen utfordring. Sett fra et bedriftspolitisk synspunkt, vil den gjengse arbeidstaker normalt vil vegre seg mot å skape for mye ”støy” på arbeidsplassen, i frykt for å gjøre seg upopulær hos blant annet ledelsen. For eksempel vil dette kunne gjelde i form av å kreve klarhet i om han eller hun arbeider som innleid arbeidskraft eller som del av en entreprise.

7.2 Uklarhet rundt oppdragsformen – ordinær bedrift / bemanningsbyrå?

I utgangspunktet skulle en tro at det for innleievirksomheter var tilstrekkelig å sørge for at virksomheten en leier inn fra oppfylte vilkårene i aml. § 14-13. Har den innleide fast stilling, det leies ut en liten del av arbeidsstokken, og kun sporadisk, tilsier dette at virksomheten ikke har til formål å drive utleie, og således omfattes av aml. § 14-13.

Resultatet i YIT-dommen har betydning for innleiers muligheter til å forutberegne sin rettsstilling. For det første tillegger førstvoterende innleier risikoen for å legge feil forståelse til grunn når det gjelder skillet mellom entreprise og innleie. Videre, for det andre, er det nå ikke lengre tilstrekkelig å sørge for at utleievirksomheten oppfyller kravene i aml. 14-13 til å ”ikke ha til formål å drive utleie”. Det vil nå kunne ses hen til hvert enkelt arbeidsforhold, og om den dette ivaretar hensynet bak aml. § 14-13. Er ikke dette tilfelle, vil virksomheten anses å ha til formål å drive utleie, og således vurderes etter aml. § 14-12.

7.2.1 Risikoen for eventuell feiltolkning

Er det usikkerhet knyttet til et oppdrag eller en arbeidstaker, vil risikoen for en eventuell feiltolkning måtte bæres av oppdragsgiver. Det fremgår klart av forarbeidene⁴⁹ at dette er tilfellet hva gjelder grensen mellom innleie fra ordinære virksomheter og vikarbyrå. Førstvoterende i dommen inntatt i Rt. 2013 s. 1730 (YIT) utvider denne tolkningen til å også gjelde grensen mellom entreprise og innleie. Dommen er ny, og er verken fulgt opp eller fraveket, og må således antas å gi uttrykk for gjeldende rett.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 56 (2006-2007) punkt 3.1.1

Hva som ligger i denne risikoen, kan ikke utledes direkte fra forarbeidene. Sett hen til i hvilken kontekst den omtales, må det imidlertid antas at det er tale om risikoen for eventuelle krav fra den enkelte ansatte. Disse vil normalt gjelde et krav på fast stilling eller erstatning.

7.2.1.1 Individualisering av klassifiseringen

Med henvisning til behandlingen under punkt 6.1.3.3 kan dommen synes å gi grunnlag for å anta at klassifiseringen av utleier kan individualiseres avhengig av hvilket arbeidsforhold det dreier seg om. I dette ligger at en oppdragstaker overfor oppdragsgiver for enkelte arbeidstakere vil kunne bli vurdert som et bemanningsbyrå, imens den for andre arbeidstakere vil kunne klassifiseres som entreprenør.

I det førstvoterende i presiserer at risikoen for en feiltolkning påhviler oppdragsgiver, og samtidig gir uttrykk for at en slik individualisering basert på det enkelte arbeidsforhold vil kunne finne sted, vil dette medføre betydelige utfordringer for oppdragsgiver. Vil oppdragsgiver kunne pålegges å tilby en av entreprenørens ansatte fast stilling basert på dennes arbeidsforhold, på tross av at entreprenøren på ingen måte har til formål å drive utleie? YIT-saken var spesiell da ansettelsen av A var initiert av Statoil, men kan det samme resultat tenkes uten et slikt initiativ fra oppdragsgiver? Illustrativt kan tenkes at oppdragstaker på eget initiativ, kun for å levere det bestilte resultat i én enkelt entrepriser, ansetter en arbeidstaker med en ønsket kompetanse. Vedkommendes arbeidsforhold vil således ikke ivareta de hensyn aml. § 14-13 er ment å ivareta, nemlig utleiers behov for å kunne leie ut overskuddsarbeidskraft. Han eller hun vil være ansatt hos entreprenøren kun for å levere et bestilt produkt. Skal risikoen for en feiltolkning i et slikt tilfelle likevel påhvile oppdragsgiver? Førstvoterendes uttalelser i dommen kan tas til inntekt for et slikt synspunkt. Dersom denne løsningen legges til grunn vil følgelig én ansatt under det som for alle praktiske formål er å anse som en entrepriser, bli vurdert som en innleid arbeidstaker med de rettsvirkninger knyttet til dette, mens en annen arbeidstaker under samme kontrakt vil kunne vurderes som del av en entrepriser.

Det kan i lys av dette problematiseres hvorvidt det stilles krav til at oppdragsgiver i et entrepriserforhold må innføre rutiner for å kontrollere hver enkelt av entreprenørens ansattes arbeidsforhold for å gardere seg mot eventuelle krav fra disse. Problemstillingen ble ikke satt på spissen i YIT-saken, da saksforholdet var spesielt.

Som påpekt skal det ved skillet mellom entrepriser og innleie foretas en helhetsvurdering. En må anta at omstendigheter som nevnt her, basert på rimelighetshensyn, vil få betydning ved en slik vurdering.

7.2.1.2 Konsekvens – fast stilling?

I det risikoen for en feiltolkning av et entrepriseforhold eller et innleieforhold påhviler henholdsvis oppdragstaker eller innleier, bærer altså denne risikoen for konsekvensene av at et arbeidsforhold anses omfattet av aml. § 14-12. Som fremstillingen av de to høyesterettsdommer viser, vil tvister gjerne dreie seg om et krav på fast stilling hos den påståtte innleiende virksomhet.

Et slikt krav kan fremsettes på to ulike grunnlag; ved innleie i minst fire år eller ved brudd på aml. § 14-12.

En mye anvendt måte å hankses med utfordringen vedrørende fireårsregelen, er såkalt ”utlufting”. I dette ligger at innleier sørger for å, med jevne mellomrom, ”luften ut” den innleide ansatte i den forstand at det sørges for at ansettelsesforholdet får et opphold som avbryter beregningen av fireårsperioden. At denne praksisen er innenfor lovens rammer er på det rene. Om den etisk befinner seg i en gråsoner, er et annet spørsmål det ikke vil bli tatt stilling til her.

Det kan stilles spørsmål ved om utviklingen i rettspraksis oppfordrer til en slik praksis. Utfordringene knyttet til oppdragsgivers og innleiers mulighet til å forutberegne sin rettsstilling overfor arbeidstakere, vil kunne medføre at disse virksomhetene, for å være på den sikre siden, kunne tenkes å praktisere slik utlufting. At denne praksisen jevnt over er uønsket, kan det ikke være særlig tvil om.

Videre vil en innleid ansatt ha krav på fast stilling i kraft av aml. § 14-14 dersom bedriften som leier inn vedkommende, gjør dette i strid med reglene i aml. § 14-12.

Arbeidsmiljøloven § 14-14 første ledd første punktum lyder som følger:

(1) Dersom det foreligger brudd på bestemmelsene i § 14-12 skal retten etter påstand fra den innleide arbeidstaker avsi dom for at den innleide har et fast arbeidsforhold hos innleier.

For vilkårene for å leie inn arbeidstakere fra virksomhet med formål å drive utleie etter aml. § 14-12, vises det til behandlingens punkt 4.2.1.

I dette ligger at dersom feil forståelse legges til grunn hva gjelder entreprenørens/utleievirksomhetens rettslige status, vil den innleide kunne ha krav på fast stilling umiddelbart. Det stilles intet krav om sammenhengende ansettelse i fire år som etter aml. § 14-12, jf. § 14-9.

Illustrativt kan tenkes tilfellet der en bedrift ikke har noe midlertidig behov å vise til, og således ikke kan ansette midlertidig etter aml. § 14-9. Likevel ønsker bedriften å leie inn en ansatt for å få forgang på et prosjekt. Bedriften leier derfor inn en ansatt fra det som synes å være en ordinær bedrift. Viser det seg på et senere tidspunkt at utleiebedriften er å anse som et bemanningsbyrå i lovens forstand vil den innleide kunne ha krav på fast stilling hos innleier umiddelbart. Dette hvis innleier ikke kan vise til at vilkårene for innleie etter aml. § 14-12 var tilstede på innleietidspunktet. Innleien utgjør således et ”brudd på bestemmelsene i § 14-12” etter aml. § 14-14 første ledd første punktum, og den ansatte har krav på ”fast arbeidsforhold hos innleier”.

7.2.1.3 Mulig løsning – tariffavtale

Det følger av aml. § 14-12 annet ledd at dersom virksomheten er ”bundet av tariffavtale”, kan arbeidsgiver og tillitsvalgte inngå avtale om innleie ”uten hinder av det som er bestemt i første ledd”. Følgelig vil det i kraft av en slik avtale kunne leies inn arbeidskraft fra et bemanningsbyrå uten å behøve å vise til et midlertidig behov. I forlengelsen av dette, vil en ved å inngå en slik avtale også hindre krav om fast stilling grunnet brudd på reglene i aml. § 14-12. Det presiseres imidlertid at en slik avtale ikke hindrer krav om fast ansettelse etter fireårsregelen i aml. §§ 14-9, jf. 14-12 fjerde ledd.

En slik løsning er, i teorien, ikke spesielt krevende. Etter arbeidstvistloven § 1 e er en *tariffavtale* definert som en ”avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller en arbeidsgiverforening”. Om innholdet i avtalen følger av samme bestemmelse at den må gjelde ”arbeids- og lønnsvilkår” eller ”andre arbeidsforhold”. Samme lov § 1 c definerer *fagforening* som ”enhver

sammenslutning av arbeidstakere ... som har til formål å vareta arbeidstakernes interesser overfor deres arbeidsgivere.”

All den tid det ikke stilles strengere krav til hva som utgjør en tariffavtale og en fagforening, kan regelen i aml. 14-12 første ledd i utgangspunktet omgås. En virksomhet kan gjennom en slik avtale dermed hindre eventuelle krav som presentert over. Hvorvidt tillitsvalgte vil gå med på en slik avtale, kun for å omgå lovens regler, vil imidlertid sannsynligvis variere.

7.2.2 Endringer underveis

En annen utfordring er som oppdragsgiver og/eller innleier vil kunne møte, vil kunne oppstå underveis i leieforholdet. På tross av at forholdet i utgangspunktet er avklart, og det ikke er noen tvil knyttet til hvorvidt utleier er en ordinær bedrift uten ha som formål å drive utleie, at den ansatte har fast stilling, utleien foregår i liten grad og innenfor bedriftens hovedbeskjeftigelse, og det heller ikke er snakk om noe omgåelse av reglene, vil dette kunne endre seg underveis.

Eksempelvis kan en tenke seg et håndverkerfirma med 10 ansatte. På et tidspunkt leies én av de ansatte ut til innleier. Utleievirksomheten går så en periode i møte med få oppdrag. Som en følge av dette, leies ytterligere fem, midlertidig overflødige, ansatte ut. Seks av de totalt ti ansatte er nå utleid, og minimumsvilkåret i aml. § 14-13 er ikke lengre oppfylt. Håndverkerfirmaet regnes nå for å være et bemanningsbyrå i lovens forstand, og omfattes dermed av aml. § 14-12. Dersom den første innleide håndverkeren etter fire år gjør krav på fast stilling hos innleier i kraft av aml. § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-9 femte ledd, vil han ha krav på dette? Likeledes, vil forpliktelsene regulert av aml. § 14-12 a, b og c nå gjelde for innleier (og utleier)?

Det er på det rene at risikoen for en feiltolkning av skillet mellom aml. §§ 14-12 og 14-13 påhviler innleier. Men bør dette være regelen også i det ovenfor skisserte tilfellet? Det fremgår av forarbeidene til den tidligere arbeidsmiljøloven at risikoen bæres av innleier også dersom utleier i løpet av leieperioden ”endrer karakter fra å være en ordinær virksomhet til å bli en virksomhet med formål å drive utleie”⁵⁰. Spørsmålet er ikke berørt i nyere forarbeider,

⁵⁰ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.4.5

men synspunktet støttes i teorien av blant annet av Johansen og Stueland⁵¹, og må antas å gjelde også i dag.

I lys av førstvoterendes uttalelser i YIT-dommen, kan det stilles spørsmål ved om risikoen for en slik endring bør gjelde også ved grensen mellom entrepriser og innleie. Spørsmålet må nok besvares bekræftende.

En mulig løsning på denne utfordringen er naturligvis å kontinuerlig undersøke, be om dokumentasjon, mv. Det fremgår av de ovenfor nevnte forarbeider⁵², at et krav om fast stilling med hjemmel i aml. § 14-14 vil kunne avvises på bakgrunn av en helhetsvurdering hvor blant annet innleiers aktsomhet vil ha betydning. Dersom en på forhånd gjennom en avtale regulerer eksempelvis en plikt for entreprenøren til å varsle oppdragsgiver dersom utleievirksomheten trappes opp eller lignende, vil dette naturligvis få betydning ved en slik vurdering.

I et slikt tilfelle ivaretar man som innleier også hensynet til notoritet, og vil ha betydelig større sjans for å nå frem i en eventuell senere tvist.

7.2.3 Likebehandling

Vikarbyrådirektivet er gjennomført i norsk rett ved bl.a. vedtakelsen av aml. § 14-12 a. Av bestemmelsen følger at den innleide har krav på å bli likebehandlet blant annet med hensyn til lønn. Pliktsubjektet for denne bestemmelsen er den innleides arbeidstaker, bemanningsbyrået. I dette ligger at en innleid arbeidstaker, ved brudd på likebehandlingskravet med hensyn til lønn, vil ha et krav overfor sin arbeidstaker.

I dommen inntatt i Rt. 2013 s. 1730 (YIT) stod tvisten mellom den innleide ansatte og innleier. Eventuelle konsekvenser for utleier (YIT) ble derfor ikke tatt stilling til. I lys av rettssetningene dommen gir uttrykk for, påpekes likevel at den uklare grensen mellom ordinære bedrifter og bemanningsbyrå, også vil kunne få betydning for utleiende virksomhet.

⁵¹Johansen (2011) s. 601

⁵²Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.4.5

Risikoen for feiltolkning av arbeidsytelsens karakteristikkk nevnt tidligere, må antas å gjelde et eventuelt krav på fast stilling hos innleier. Risikoen for et erstatningskrav begrunnet i likebehandlingsprinsippet i aml. § 14-12a, må imidlertid antas å påhvile utleier. Det er utleiende virksomhet som vil ha best forutsetninger for å kunne fastslå hvorvidt den omfattes av reglene i aml. § 14-12, og således må etterleve kravene til likebehandling i aml. § 14-12 a. Problemtillingen er ikke berørt i forarbeidene, og er heller ikke prøvet for domstolene, men rimelighetshensyn taler for at denne risikoen bør ligge hos utleier/entreprenør.

7.2.4 Konkurransmessige utfordringer

Videre, vil det i tillegg til utfordringene knyttet til de konkrete forhold som krav om fast stilling, erstatning og eventuelle lønnskrav, vil den manglende forutberegneligheten i reglene også kunne by på utfordringer av konkurransmessig art.

Det vil tidvis kunne være vanskelig å forutse hvorvidt et arbeidsforhold er å anse som en entreprise, innleie av arbeidskraft, og om det i så fall vil omfattes av aml. §§ 14-12 eller 14-13. Som en følge av dette, vil arbeidsgivere med et ønske om å leie inn arbeidskraft, for å holde seg på den sikre siden, kunne tenkes å behandle innleiesituasjonen etter reglene i aml. § 14-12. Med en slik tilnærming vil en kunne sikre seg mot uforutsette krav på enten lønn eller ansettelse i bedriften. I tillegg risikerer en ikke det potensielle omdømmetapet en tvist vil kunne medføre.

Å behandle enhver utleier som et bemanningsbyrå byr imidlertid på utfordringer av en annen art. Særlig vil regelen om opplysningsplikt i aml. §14-12 b kunne få betydning. Som påpekt under punkt 4.3.2 over, er innleier forpliktet til å dele informasjon med utleier for at sistnevnte skal være i stand til å ivareta kravet om likebehandling.

Denne informasjonen er etter bestemmelsens femte ledd taushetsbelagt, men det er likevel klart at enhver bedrift ønsker å dele så lite som mulig med omverdenen hva gjelder lønnsvilkår og lignende.

Ved å behandle enhver virksomhet det leies inn arbeidskraft fra som et bemanningsbyrå, forplikter innleier seg også til å dele slik informasjon med disse.

To illustrative tilfeller kan tenkes. For det første kan tenkes at utleier faktisk er et bemanningsbyrå, både faktisk og i lovens forstand. I en slik situasjon er innleier lovpålagt å dele den aktuelle informasjon. Likevel, ved å dele informasjon om sin lønnspolitikk, kan bemanningsbyrået tilegne seg informasjon som tilsier at overskuddet ved å leie til den aktuelle virksomheten er mindre enn ved utleie til andre. Opererer utleieselskapet eksempelvis med en fastpris på 200 kr per time for sine utleide ansatte, vil lønnsnivået i innleiebedriften avgjøre hvilket overskudd bemanningsbyrået vil sitte igjen med. Dette fordi likebehandlingskravet pålegger utleier å lønne sin utleide ansatt som om vedkommende skulle vært direkte ansatt i innleievirksomheten. Dersom likebehandlingskravet tilsier at den utleide skal lønnes med 190 kr per time, vil bemanningsbyrået i eksempelet gå med et overskudd på 10 kr pr fakturerte time.

Et annet, mer problematisk tilfelle, er der innleier for å være på den sikre siden behandler utleier etter reglene for bemanningsbyrå, på tross av at mye tyder på at virksomheten er en ordinær bedrift. Illustrativt kan tenkes der et advokatfirma leier inn en advokat fra et annet. Er utleier en potensiell fremtidig konkurrent, sier det seg selv at innleier ikke har noe ønske om å dele noe som helst vedrørende lønnspolitikk eller lignende med utleier. Innleier vil i dette tilfellet, i tillegg til lønnsnivå, kunne være forpliktet til å dele faktureringsnivå og eventuelle bonuser tilknyttet dette. På tross av at informasjonen utleiende virksomhet tilegner seg er taushetsbelagt, vil dette opplagt kunne medføre at denne vil legge seg på et lønns- eller faktureringsnivå marginalt høyere eller lavere for å kunne konkurrere på best mulig vilkår.

8 Konklusjon

Det er i lys av behandlingen over, på det rene at grensene mellom både entrepriser og innleie og bemanningsbyråer og ordinære bedrifter er uklare. Det vil i mange tilfeller kunne oppstå tvil om hvilket regelsett som regulerer en arbeidsytelse, enten det gjelder et oppdrag som helhet, eller ett enkelt arbeidsforhold. De uklare grensene vil kunne medføre utfordringer med hensyn til forutberegnelighet for de involverte parter både forut for, underveis og ved avslutningen av et oppdrag.

Det må i et slikt tilfelle for oppdragsgiver/innleier foretas en avveining av fordeler og ulemper ved det enkelte standpunkt. Skal en i lys av utviklingen, ta risikoen det innebærer å stole på egen vurdering av en arbeidsytelses karakteristika? Dette standpunktet innebærer en risiko for eventuelle krav om fast stilling og/eller erstatning fra potensielt innleide ansatte. Videre vil en

risikere en tvist med mulig påfølgende rettsak som i Statoil-sakene, og det potensielle om-dømmetapet dette vil kunne medføre. Ved håndteringen av en slik risiko kan for å redusere denne for eksempel bekostes opptrapping av rutiner for å undersøke de(n) enkelte arbeidstakers arbeidsforhold og oppdragstakers/utleiers rettsstilling som eventuell utleier.

Eller skal en innta det standpunkt å behandle ethvert oppdrag som innleie fra et bemanningsbyrå? Dette innebærer at en til enhver tid vil kunne ha oversikt over, og kunne kontrollere de enkelte arbeidstakers forhold med hensyn til fireårsregelen, men innebærer på den annen side at oppdragstaker/utleier skal gis tilgang til informasjon om ens virksomhet som vil kunne utgjøre konkurransemessige ulemper.

9 Litteraturliste

Lover

- 1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar nr. 4 [Opphevet]
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62.
- 2012 Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) av 27. januar 2012 nr. 9

Dommer

LA-2008-88775

Rt. 2002 s. 1469

Rt. 2013 s. 998

Rt. 2013 s. 1730

Forarbeider

NOU 1998:15

Arbeidsformidling og arbeidsleie

NOU 2004:5

Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Ot.prp. nr.53 (1970-1971)

Om lov om endringer i lov av 27. juni 1947 om tiltak til å fremme sysselsetting.

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. 56 (2006-2007) *Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (innleie, påseplikt for oppdragsgivere og innsynsrett for tillitsvalgte mv.)*

Prop. 74 L (2011-2012) *Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv.)*

Direktiver

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

Litteratur

Skarning, Nicolay. *Midlertidige ansettelser, innleie og vikarbyrådirektivet*. 1. utg. Oslo, 2013.

Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland. *Arbeidsmiljøloven, kommentarer og praksis*. 1. utg. Oslo, 2011 [Sisert fra Gyldendal Rettsdata (rettsdata.no)]

Rapporter og veiledere

Fafo. Utleie av arbeidskraft. Nr. 33 (2011). <http://www.fafo.no/pub/rapp/20224/20224.pdf>

NHO. Veileder – nye regler om innleie. 11. desember 2012.

<http://www.nhoservice.no/article.php?articleID=4076&categoryID=361>

Arbeids- og sosialdepartementet. EUs vikarbyrådirektiv – gjennomføring i norsk rett fra 1.1. 2013. [Sisert 15. mars 2014].

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/asd/tema/arbeidsmiljo/midtpalte/eus-vikarbyradirektiv--gjennomforing-i-n.html?id=709611>