

UiO : **Det juridiske fakultet**

Likebehandlingsprinsippets vekt
ved fastsettelsen av
lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a
første ledd bokstav f

Kandidatnummer: 683

Leveringsfrist: 25.11.2021

Antall ord: 17041



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Rettskilder og metode	3
1.3	Avgrensninger.....	4
1.4	Begrepsavklaring	5
1.5	Fremstillingen videre	6
2	ANSETTELSESFORMER OG INNLEIE FRA BEMANNINGSFORETAK.....	7
2.1	Innledning	7
2.2	Fast ansettelse som hovedregel	7
2.3	Innleie fra bemanningsforetak	9
2.3.1	Innleiebegrepet – når er det tale om innleie?.....	9
2.3.2	Når foreligger lovlig innleie?	12
2.3.3	Rettsvirkningene av ulovlig innleie.....	14
3	OM LIKEBEHANDLINGSKRAVET	16
3.1	Rettslig grunnlag	16
3.2	Formål og hensyn.....	18
4	LIKEBEHANDLINGSPRINSIPPETS VEKT VED FASTSETTELSEN AV LØNSBEGREPET	20
4.1	Innledning	20
4.2	Likebehandlingskravets rekkevidde.....	21
4.3	Hvilke ytelser omfattes av lønnsbegrepet?	21
4.3.1	Generelt	21
4.3.2	Reisetidsgodtgjørelse.....	22
4.3.3	Ytelser under sykefravær og permisjoner.....	27
4.3.4	Bonusordninger	29
4.3.5	Alminnelige og syntetiske aksjeprogrammer	36
4.3.6	Pensjon.....	39
4.3.7	Pensjonslignende ytelser.....	43
5	SAMMENFATNING OG PERSPEKTIVERING	45
	KILDELISTE	47

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne oppgaven er innleie fra bemanningsforetak og kravet til likebehandling av arbeidstakere ansatt i bemanningsforetaket og direkte ansatte arbeidstakere i innleievirksomheten etter arbeidsmiljøloven¹ kapittel 14.

Innleie av arbeidskraft var før år 2000 forbudt.² Det var likevel adgang for departementet, eller noen det ga fullmakt til, til å gjøre unntak fra forbudet.³ I dag er det ikke lenger et forbud mot innleie av arbeidskraft; i stedet er adgangen betinget av at spesifikke vilkår i arbeidsmiljøloven er oppfylt.⁴ Utviklingen illustrerer at det har skjedd en «liberalisering» av adgangen til innleie av arbeidskraft de siste tiårene.

Norges valg om å oppheve forbudet mot privat arbeidsformidling og følgelig si opp ILO-konvensjonen nr. 96⁵ med virkning fra 2002, muliggjorde en rettslig regulering som åpnet for lovlig innleie av arbeidskraft. Som konsekvens av en slik praksis, oppstod det et behov for å beskytte innleide arbeidstakere. Dette var også bakgrunnen for at Norge i 2012 besluttet å gi sitt samtykke til å innlemme Europaparlamentets og Europarådets direktiv 2008/104/EF om vikararbeid (vikarbyrådirektivet) i norsk rett.⁶ Norges forpliktelse til å følge EØS-avtalen og derigjennom de rettsakter som vedtas av Den europeiske unions respektive organer, utgjør også en overordnet årsak til innlemmelsen av vikarbyrådirektivet.⁷

¹ Lov 17. juni 2005 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven, aml.).

² Lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven, ssl.) § 27 tredje ledd, ILO-konvensjonen nr. 96 artikkel 3 nr. 1.

³ Ssl. § 27 tredje ledd, jf. andre ledd. Se også ILO-konvensjonen nr. 96 artikkel 5 nr. 1 som hjemlet tilgang for den «rette myndighet» til å gjøre unntak fra forbudet mot innleie i artikkel 3 nr. 1.

⁴ Aml. § 14-12.

⁵ Konvensjon nr. 96 om arbeidskontorer som tar betaling (1949)

⁶ Prop. 69 S (2011–2012) Samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen i direktiv 2008/104/EF om vikararbeid (vikarbyrådirektivet).

⁷ Lov 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 1 første ledd første punktum, jf. EØS-avtalen artikkel 3 første ledd og artikkel 7.

I etterkant av innlemmelsen, har særlig spørsmålet om likebehandling av innleide og direkte ansatte arbeidstakere blitt reist, både i politisk og rettslig sammenheng. Rettssaker der spørsmålet er blitt behandlet er eksempler på det sistnevnte.⁸ Til tross for at bruken av innleid arbeidskraft sank med 29 prosent fra 2019–2020 som følge av de tiltak som myndighetene i Norge innførte i forbindelse med covid-19-pandemiens inntog i mars 2020, ble det i første kvartal av 2021 registrert en oppgang i antall innleide timeverk.⁹ Selv om statistikken gjelder industrinæringen, kan det ikke utelukkes at det vil kunne skje en oppgang i antall innleide timeverk også på andre næringsområder. I kjølvannet av utfallet av høstens stortingsvalg, kan det likevel herske noe tvil om hvorvidt dette er en reell utvikling de neste årene. Regjeringen har nemlig varslet at den vil «[s]ette i gang et lovarbeid for å begrense bemanningsbransjens omfang og rolle».¹⁰ Uansett aktualiserer den rettslige utviklingen av innleieinstituttet på nytt spørsmålet om likebehandling av innleide og direkte ansatte arbeidstakere med hensyn til både lønns- og arbeidsvilkår.

En av de viktigste pliktene arbeidstakeren har i et arbeidsforhold, er å stille sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiveren i henhold til arbeidsavtalen.¹¹ Samtidig foreligger det sentrale plikter for arbeidsgiveren i kraft av arbeidsavtalen. Betaling av lønn til arbeidstaker er en slik plikt.¹² Den sentrale betydningen av denne plikten underbygges av at lønn er svært viktig for den enkelte arbeidstaker. I tillegg til at lønn er en motytelse mot utført arbeid og dermed en oppfyllelse av en kontraktrettslig plikt, skaper den økonomisk trygghet gjennom å bidra til forutsigbarhet og stabilitet for den som utfører arbeid. Dette gjelder uavhengig av om arbeidstaker er fast eller midlertidig ansatt – eller om vedkommende i tillegg er innleid. Det faktum at innholdet av lønnsbegrepet ikke er endelig fastlagt¹³, skaper imidlertid usikkerhet med hensyn til rekkevidden av de rettigheter og plikter som foreligger i et arbeidsforhold.

Problemstillingen jeg søker å besvare gjennom denne oppgaven er hvilken vekt likebehandlingsprinsippet har ved fastsettelsen av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. I

⁸ Se f.eks. HR-2018-1037-A og HR-2020-2109-A.

⁹ Finci (2021).

¹⁰ Arbeiderpartiet og Senterpartiet (2021) s. 48.

¹¹ Skjønberg (2017) s. 227.

¹² Skjønberg (2017) s. 227.

¹³ Se Jetlund (2020) der dette fremgår forutsetningsvis.

denne forbindelse vil jeg rette oppmerksomheten mot hvorvidt ulike ytelser omfattes av dette begrepet.

1.2 Rettskilder og metode

Rettskildebildet knyttet til temaet er sparsomt, og dette kan utgjøre en metodisk utfordring idet slutningsgrunnlaget kan anses for å være noe tynt. Som følge av en udetaljert ordlyd med hensyn til lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f, vil forarbeidene som gjennomfører kravet om likebehandling av innleide og direkte ansatte hos innleier, Prop. 74 L (2011–2012), stå meget sentralt ved fastsettelsen av lønnsbegrepet. Det foreligger ikke mye rettspraksis som er egnet til å belyse temaet og problemstillingen som denne oppgaven behandler. De to høyesterettsdommene som finnes på området, HR-2018-1037-A og HR-2020-2109-A, er følgelig av høy relevans. Den relevante juridiske litteraturen er også sparsom og behandler ikke spørsmålene som denne oppgaven reiser inngående. Dette skaper en metodisk utfordring ettersom slutningsgrunnlaget i mange tilfeller kan virke utilstrekkelig ved første øyekast.

Ettersom aml. § 14-12 a første ledd bokstav f gjennomfører vikarbyrådirektivet i norsk rett, oppstår spørsmålet om rettspraksis fra EU-domstolen kan være en relevant rettskilde. Ofte kan slik rettspraksis medføre metodiske utfordringer ved fastleggelsen av hvilken relasjon denne skal ha til norske rettskilder. I denne oppgaven foreligger det imidlertid ingen rettspraksis fra EU-domstolen som kan kaste lys over de spørsmål som oppgaven reiser. Følgelig vil det ikke oppstå metodiske utfordringer av slik karakter. I lys av det sparsommelige rettskildebildet, kan det likevel diskuteres om dette vil kunne utgjøre en metodisk utfordring ettersom analysen av rettskildene nettopp vil begrense seg til de begrensede norske rettskildene som foreligger.

I det følgende vil relevante rettskilder analyseres for å kartlegge vekten av likebehandlingsprinsippet ved fastsettelsen av hvilke ytelser som omfattes av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Videre vil det drøftes hvorvidt enkelte konkrete og uavklarte ytelser bør inkluderes i dette begrepet. Disse betraktningene foretas på bakgrunn av de utførte analysene og de grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende på området. At ytelsene er uavklarte vil si at det hersker usikkerhet om hvorvidt de omfattes av lønnsbegrepet.

1.3 Avgrensninger

Arbeidsmiljøloven skiller mellom innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie (bemanningsforetak) og innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie, jf. henholdsvis aml. §§ 14-12 og 14-13. Aml. § 14-13 regulerer altså ordinære virksomheters adgang til leie av arbeidskraft seg imellom.¹⁴ Ifølge forarbeidene omfatter dette særlig virksomheter innenfor verksteds- eller oljeindustrien, men generelt regulerer bestemmelsen adgangen til arbeidsleie «mellom virksomheter som driver aktivitet innenfor noenlunde samme områder».¹⁵ Formålet med bestemmelsen er at virksomheter som har behov for å leie ut sine ansatte, kan gjøre dette fremfor å gå veien om oppsigelse eller permittering av sine ansatte.¹⁶ Adgangen til innleie etter aml. §§ 14-12 og 14-13 beror på ulike vilkår. I tillegg til dette gjelder det lovfaste kravet til likebehandling kun i relasjon til innleie fra bemanningsforetak etter aml. § 14-12.¹⁷ Jeg vil derfor i denne oppgaven avgrense mot innleie fra virksomheter som ikke har til formål å drive utleie, jf. aml. § 14-13.

Aml. § 14-12 a første ledd bokstav a til f hjemler et krav om likebehandling av innleide arbeidstakere og direkte ansatte med hensyn til *flere* aspekter enn lønn. Dette gjelder arbeidstidens lengde og plassering, overtidsarbeid, varighet og plassering av pauser og hvileperioder, nattarbeid, ferietid, feriepenger, fridager og godtgjøring på slike dager, samt utgiftsdekning. Disse termene vil ikke behandles nærmere i det følgende.

Det er begrepet 'lønn' i bestemmelsens bokstav f som vil være i fokus. Ytelsene som vil behandles er reisetidsgodtgjørelse, bonusordninger og pensjon. Andre ytelser, som for eksempel kollektive forsikringer, holdes utenfor behandlingen som følge av plassmangel. De *uavklarte* lønnsytelsene som drøftes i denne oppgaven er ytelser under sykefravær og permisjoner,

¹⁴ 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 s. 49.

¹⁵ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 49.

¹⁶ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 49.

¹⁷ Prop. 74 L (2011–2012) Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv.) s. 52, Skjønberg (2017) s. 159.

alminnelige og syntetiske aksjeprogrammer og andre ytelser som har likhetstrekk med pensjon. Det avgrenses heretter mot andre uavklarte ytelser av samme hensyn som over.

1.4 Begrepsavklaring

Begrepet *arbeidstaker* er et relativt begrep.¹⁸ Dette innebærer at begrepets innhold vil variere avhengig av hvilke hensyn som gjør seg gjeldende bak den lov som får anvendelse i det enkelte tilfellet.¹⁹ Arbeidstakerbegrepet er legaldefinert i aml. § 1-8 første ledd som «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste.» I juridisk litteratur er det påpekt at arbeidstakerbegrepet må forstås på samme måte som i aml. § 1-8 i relasjon til innleie.²⁰ Det er derfor definisjonen som følger av denne bestemmelsen jeg vil anvende i denne oppgaven.

I likhet med arbeidstakerbegrepet, er også begrepet *arbeidsgiver* et relativt begrep i norsk rett.²¹ Begrepets innhold varierer både fra lov til lov og innad i de enkelte bestemmelser i arbeidsmiljøloven.²² I denne oppgaven vil det legaldefinerte arbeidsgiverbegrepet i aml. § 1-8 andre ledd bli brukt. Aml. § 1-8 andre ledd første punktum slår fast at ‘arbeidsgiver’ omfatter «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste.»

Både arbeidstakerbegrepet og arbeidsgiverbegrepet er komplekse begreper som stadig er gjenstand for diskusjon. Dette er imidlertid ikke noe jeg vil behandle nærmere.

Innleie innebærer kort sagt at en arbeidstaker som er ansatt hos en arbeidsgiver leies inn av en virksomhet for at arbeidstakeren skal utføre arbeid i tråd med virksomhetens behov for arbeidskraft. Innleieinstituttet er komplekst og fordrer en inngående behandling. En nærmere redegjørelse for innleiebegrepet vil derfor foretas i et eget punkt²³ senere i denne oppgaven.

Med *innleier* menes den virksomhet som i innleieforholdet har behov for å leie inn arbeidskraft fra utleier.

¹⁸ Skjønberg (2017) s. 49.

¹⁹ Skjønberg (2017) s. 49.

²⁰ Astrup (2017) s. 905.

²¹ Jakhelln (2017) s. 77, Skjønberg (2017) s. 62.

²² Skjønberg (2017) s. 62.

²³ Punkt 2.3.1.

Begrepet *lønn* forklares som en gjenytelse for arbeid.²⁴

1.5 Fremstillingen videre

I kapittel 2 redegjøres det for ansettelsesformer og innleie fra bemanningsforetak. Kapitlet vil tjene som et bakteppe for den videre fremstillingen i oppgaven.

Kravet til likebehandling av innleide og direkte ansatte arbeidstakere som følger av aml. § 14-12 a første ledd behandles i kapittel 3. Først redegjøres det for det rettslige grunnlaget for dette kravet i punkt 3.1. Deretter presenteres de formål og hensyn som begrunner et slikt krav i punkt 3.2.

Hvilken vekt likebehandlingsprinsippet har ved fastsettelsen av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f er tema i kapittel 4. Punkt 4.2 vil forklare likebehandlingskavets rekkevidde. Hvilke ytelser som omfattes av lønnsbegrepet behandles i punkt 4.3. I punkt 4.3.1 presenteres noen generelle utgangspunkter om hvilke ytelser lønnsbegrepet inkluderer. Diskusjonen vil deretter i første rekke dreie seg om likebehandlingsprinsippets vekt ved fastsettelsen av ytelser som de lege lata er avklart om faller innenfor eller utenfor lønnsbegrepet. Dette gjøres i henholdsvis punkt 4.3.2, 4.3.4 og 4.3.6. Disse perspektivene vil anvendes ved drøftelsen av om ytelser ved sykefravær og omsorgspermisjoner, alminnelige og syntetiske aksjeprogrammer og pensjonslignende ytelser omfattes av lønnsbegrepet. Sistnevnte ytelser behandles i henholdsvis punkt 4.3.3, 4.3.5 og 4.3.7

Oppgaven avsluttes med en sammenfatning og perspektivering. Dette gjøres i kapittel 5.

²⁴ Bains (2013). Lønnsbegrepet behandles mer inngående i punkt 4.3.1.

2 Ansettelsesformer og innleie fra bemanningsforetak

2.1 Innledning

For å forstå reglene om innleie fra bemanningsforetak og prinsippet om likebehandling av innleide arbeidstakere, forutsettes en forståelse for «tradisjonelle» ansettelsesformer. I punkt 2.2 vil jeg derfor redegjøre for fast ansettelse, som er den klare hovedregel i norsk rett. I denne forbindelse vil jeg også gjøre greie for midlertidig ansettelse. Mange av hensynene bak disse reglene gjør seg gjeldende ved innleie av arbeidskraft.

Hva innleie innebærer i arbeidsmiljølovens forstand er helt sentralt med hensyn til hvilke rettigheter og plikter som etableres i forholdet mellom de involverte parter. Videre har innleiebegrepets innhold betydning for om likebehandlingsprinsippet får anvendelse i den enkelte situasjon. Dersom det kan konstateres at det foreligger innleie i arbeidsmiljølovens forstand, vil også kravet til likebehandling av innleide arbeidstakere og direkte ansatte være aktuelt.²⁵ Hva som menes med innleie vil behandles nærmere i punkt 2.3.1. For at spørsmålet om den innleide har krav på likebehandling skal være aktuelt, må det foreligge *lovlig* innleie. Når lovlig innleie foreligger behandles i punkt 2.3.2. I punkt 2.3.3 vil jeg kort påpeke konsekvensene av ulovlig innleieforhold etter aml. § 14-12.

2.2 Fast ansettelse som hovedregel

Hovedregelen i norsk rett er at arbeidstaker skal ansettes fast, jf. aml. § 14-9 første ledd første punktum. Fast ansettelse er legaldefinert i bestemmelsens første ledd andre punktum. Legaldefinisjonen ble tilføyd etter lovendringen med virkning fra 1. januar 2019, med det formål å klargjøre hva som menes med avtaler om fast ansettelse.²⁶ Bakgrunnen for dette var den økende tendensen til inngåelse av arbeidsavtaler om fast ansettelse, uten at innholdet i ansettelsen samsvarte med det som typisk assosieres med fast ansettelse.²⁷

²⁵ Dette følger av lovens system, nærmere bestemt av sammenhengen mellom aml. §§ 14-12 og 14-13. Se også Skjønberg (2017) s. 159.

²⁶ Prop. 73 L (2017–2018) Endringer i arbeidsmiljøloven (fast og midlertidig ansettelse og innleie fra bemanningsforetak) s. 51.

²⁷ Prop. 73 L (2017–2018) s. 24.

Ordlyden fastslår at ansettelsen i slike tilfeller gjelder på ubestemt tid, det vil si at det ikke er adgang til å inngå avtale om at ansettelsesforholdet opphører etter en viss tid. Det slås videre fast at arbeidsmiljøloven kapittel 15 om ansattes stillingsvern gjelder. Dette innebærer blant annet at reglene om oppsigelse får anvendelse. Siste del i andre punktum bestemmer at arbeidstaker skal sikres forutsigbarhet gjennom «reelt stillingsomfang».

Sentrale hensyn bak hovedregelen om fast ansettelse er stabilitet og forutsigbarhet for både arbeidstaker og arbeidsgiver, i tillegg til at ansettelsesformen medfører trygghet og en «saklig og forsvarlig prosess i forbindelse med oppsigelse».²⁸ Dette innebærer at det blant annet må foreligge saklig grunn for at oppsigelse skal kjennes gyldig i henhold til arbeidsmiljøloven.²⁹

At hovedregelen i norsk rett er fast ansettelse, innebærer at det kan gjøres unntak fra dette når nærmere vilkår er oppfylt. Midlertidig ansettelse utgjør et slikt unntak. Dette er regulert i aml. § 14-9 andre ledd. Hva som menes med at ansettelsen er «midlertidig» fremgår av bokstavene a–f, som utgjør en uttømmende regulering av når avtale om midlertidig ansettelse kan inngås. Det sentrale er at ansettelsen i alle disse tilfellene er tidsbegrenset, i motsetning til ved fast ansettelse. Det kan inngås slik avtale når arbeidet er av midlertidig karakter og for arbeid som gjøres i stedet for en annen eller andre (vikariat), se henholdsvis bokstav a og b. Videre kan slik avtale inngås for praksisarbeid etter bokstav c. Avtale om midlertidig ansettelse kan også inngås med deltaker i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med arbeids- og velferdsetaten etter bokstav d og med idrettsutøvere, idrettstrenerne, dommere og andre ledere innen den organiserte idretten etter bokstav e. Bokstav f slår fast at det kan inngås avtale om midlertidig ansettelse på et mer generelt grunnlag, nemlig for en periode på tolv måneder. En forutsetning for dette er imidlertid at avtalen omfatter inntil 15 prosent av arbeidstakerne i virksomheten. Prosenten skal avrundes oppover, men likevel slik at det kan inngås slik avtale med minst én arbeidstaker.

Adgangen til midlertidig ansettelse er betegnet av Arbeids- og sosialdepartementet som «et viktig supplement» til den faste ansettelsesformen og er begrunnet blant annet med

²⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) s. 208.

²⁹ Aml. § 15-7 første ledd.

arbeidsgivers behov for å imøtegå «varierende oppdragsmengde og etterspørsel».³⁰ Hensynet til arbeidsgivers varierende behov for arbeidskraft er altså søkt ivaretatt gjennom dette instituttet.

I utgangspunktet nyter midlertidig ansatte det samme stillingsvernet som fast ansatte under avtaletiden, slik at alle reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 15 gjelder.³¹ Det er likevel en praktisk viktig forskjell i denne forbindelse; det foreligger som hovedregel ingen rett til å fortsette i stilling for midlertidig ansatte dersom det verserer rettstvist om gyldig opphør av arbeidsforhold i en domstol.³²

2.3 Innleie fra bemanningsforetak

2.3.1 Innleiebegrepet – når er det tale om innleie?

Den sentrale rettskilden for fastsettelsen av innleiebegrepet er aml. § 14-12. Bestemmelsen inneholder ingen legaldefinisjon av innleie; den slår kun fast når det foreligger *lovlig* innleie.³³ Heller ikke forarbeidene til arbeidsmiljøloven uttaler seg om hvordan innleie defineres. Imidlertid vil definisjonen av 'utleie' i arbeidsmarkedsloven³⁴ § 25 annet ledd kunne benyttes for å fastlegge innholdet i 'innleie', ettersom definisjonen av innleie følger implisitt av denne.³⁵ Ifølge bestemmelsen menes det med utleie at arbeidstakere leies fra en arbeidsgiver – utleier – til en oppdragstaker – innleier. Oppdragsgiveren har ledelsen over den innleide.

Bestemmelsen virker dermed som et utgangspunkt for fastleggelsen av innleiebegrepets innhold. Hva innleie nærmere innebærer er videre utpenslet i forarbeidene til arbeidsmarkedsloven der Arbeids- og administrasjonsdepartementet viser til forarbeidene som overførte reguleringen av arbeidsleie fra ssl. § 27 til arbeidsmiljøloven.³⁶ I de sistnevnte forarbeider uttalte Kommunal-

³⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 208.

³¹ Prop. 39 L (2014–2015) Endringer i arbeidsmiljøloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold) s. 137.

³² Aml. § 15-11 tredje ledd første punktum. Retten kan likevel bestemme at en slik rett skal gjelde dersom søksmål om gyldigheten av opphøret reises i samsvar med aml. § 17-4 og arbeidstaker krever fortsettelse av arbeidsforholdet, se aml. § 15-11 tredje ledd andre punktum.

³³ Aml. § 14-12 første og annet ledd.

³⁴ Lov 10. desember 2004 om arbeidsmarkeds tjenester.

³⁵ Ot.prp. nr. 62 (2003–2004) Om lov om arbeidsmarkeds tjenester (arbeidsmarkedsloven) s. 36.

³⁶ Ot.prp. nr. 62 (2003–2004) s. 35.

og regionaldepartementet at begrepet 'innleie' skal ha det samme innholdet som utleiebeskrivelsen i daværende ssl. § 27 første ledd.³⁷ Med utgangspunkt i dette sammenfattet det sistnevnte departementet beskrivelsen av innleie på denne måten:

«Innleie av arbeidstakere vil da innebære at utleierens tilsatte stilles til oppdragsgiverens (innleierens) disposisjon og er underlagt oppdragsgiverens ledelse og instruksjon. Innleier har også den økonomiske risiko for arbeidsresultatet. Utleieren er ansvarlig for utbetaling av lønn mv. og er ansvarlig for at de utleide arbeidstakerne har de kvalifikasjoner som er forutsatt ved oppdraget.»³⁸

Partskonstellasjonen består etter dette av et trepartsforhold mellom utleier, innleier og arbeidstaker.³⁹ Relasjonen mellom utleier og arbeidstaker foreligger med grunnlag i et ansettelsesforhold.⁴⁰ Utleier vil derfor som følge av dette samtidig være *arbeidsgiver* i denne relasjonen, sml. arbeidsgiverbegrepet i aml. § 1-8 annet ledd første punktum. Når det gjelder relasjonen mellom utleier og innleier, reguleres denne av et kontraktsforhold.⁴¹ Dette innebærer at en rekke rettigheter og plikter kan fastsettes gjennom avtalen mellom partene. Eksempler på dette er blant annet hvor lenge innleie av arbeidskraft skal gjelde og hvilken pris som gjelder for innleien.⁴²

Selv om kjernen av innholdet i utleie- og innleiebegrepet kan angis ved å se hen til forarbeider og den tidligere ssl. § 27, er det likevel noe uklart hvor grensen mellom innleie og entrepris går.⁴³ Grensen mellom innleie og entrepris er viktig da de barrierene for innleie som følger av arbeidsmiljøloven kun får virkning der det er tale om innleie, og ikke entrepris.⁴⁴ I tillegg vil det ikke være rom for å kreve fast ansettelse dersom det er tale om entrepris, og ikke ulovlig innleie.⁴⁵ Det er en rekke momenter som er viktige i forbindelse med grensedragningen mellom

³⁷ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 41.

³⁸ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 41.

³⁹ Dette følger implisitt av Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 15 der Arbeids- og administrasjonsdepartementet fortolker begrepet 'utleie' etter dagjeldende ssl. § 27. Se også Skjønberg (2017) s. 155.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 15.

⁴¹ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 15.

⁴² Prop. 74 L (2011–2012) s. 27.

⁴³ Ot.prp. nr. 62 (2003–2004) s. 35.

⁴⁴ Skjønberg (2017) s. 156.

⁴⁵ Dette følger av sammenhengen mellom bestemmelsene i aml. §§ 14-14 første ledd og 14-12.

innleie og entreprise. Momentene følger blant annet av forarbeidene.⁴⁶ Av disse fremgår det seks sentrale momenter: oppdragsgiveren har ledelsen i arbeidet; et bestemt antall arbeidstakere er stilt til disposisjon for oppdragsgiver; det er enten fastsatt en timepris eller timeavhengig pris; ubestemte eller kun skisserte arbeidsoppgaver foreligger; oppdragsgiver beholder ansvaret for det utførte arbeidet; og oppdragsgivers materialer og verktøy brukes under oppdraget.

For ordens skyld nevnes at det med ‘oppdragsgiver’ menes ‘innleier’, altså den som leier inn utleide arbeidstakere fra utleier. Dersom disse momentene foreligger, vil dette som utgangspunkt tale for at det i den enkelte situasjonen foreligger innleie etter aml. § 14-12. Imidlertid er dette utgangspunktet nyansert nærmere i høyesterettspraksis. I dommen inntatt i Rt. 2002 s. 1469 hadde et regnskapsselskap opprettet et eget selskap som skulle utføre regnskapstjenester for klienter som ikke var pliktige til å betale merverdiavgift. Spørsmålet for Høyesterett var om vederlaget dette selskapet fikk for å utføre regnskapstjenestene var avgiftsmessig omsetning etter dagjeldende merverdiavgiftslov⁴⁷ § 3 nr. 2. Høyesterett konkluderte med at det forelå utleie og at selskapet derfor ikke skulle betale merverdiavgift. På s. 1475 uttaler Høyesterett at momentene ikke er uttømmende og at det kan oppstå tilfeller der det vil være tvil om det foreligger entreprise eller innleie. Av dette kan det utledes at selv om alle de ovenfornevnte momentene skulle foreligge i den enkelte sak, kan det likevel foreligge omstendigheter som kan føre til at det aktuelle tilfellet karakteriseres som entreprise.

Vurderingen av grensedragningen er også omtalt i etterfølgende rettspraksis fra Høyesterett. I Rt. 2013 s. 998 (*Quality People*) var det spørsmål om en arbeidstaker kunne kreve fast ansettelse i medhold av aml. § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-9 femte ledd. Til det uttalte Høyesterett i avsnitt 59, etter å ha poengtert at momentene for grensedragningen er sikker rett, at det skal foretas en helhetsvurdering av situasjonen. Videre ble det slått fast at det avgjørende for klassifiseringen er «hvem av partene som har ansvaret for ledelsen og resultatet av arbeidet som skal presteres».⁴⁸ Retten avkreftet deretter at hvorvidt en situasjon handler om å levere et produkt eller en løpende tjeneste kan være avgjørende for grensedragningen.⁴⁹

⁴⁶ Prop. 74 L (2011–2012) s. 25. Forarbeidene lister opp momentene i sammenheng med grensedragningen mellom utleie og entreprise. Da både innleie og utleie skal forstås innholdsmessig likt, jf. redegjørelsen over, kan forarbeidene brukes til å belyse grensen mellom innleie og entreprise.

⁴⁷ Lov 19. juni 1969 om merverdiavgift.

⁴⁸ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59.

⁴⁹ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59.

Høyesterett fulgte opp uttalelsen om at det må foretas en helhetsvurdering av momentene ved fastleggelsen av hvorvidt det foreligger innleie etter aml. § 14-12 i dommen inntatt i HR-2018-2371-A (*Norwegian*). Spørsmålet i saken var om et selskaps levering av pilot- og kabinpersonell til sitt morselskap var å anse som bemanningsentreprise eller innleie. Høyesterett kom til at det forelå bemanningsentreprise og bemerket i avsnitt 80, etter å ha vist til uttalelsen i Rt. 2013 s. 998, at det ikke er et krav for å konstatere at det foreligger entreprise og ikke innleie at flere likestilte og kumulative vilkår må være oppfylt. Ifølge retten må situasjonen vurderes helhetlig, der ansvar for ledelsen og resultatet av arbeidet er de vesentligste kriteriene. Andre kriterier vil hovedsakelig ha som formål å hindre omgåelsesforsøk.⁵⁰

Av de nevnte rettskildene kan det utledes at selv om det skal foretas en helhetsvurdering av momentene i den enkelte sak, er ansvaret for ledelsen av arbeidet og resultatet av det av særlig betydning for hvorvidt det foreligger innleie. De øvrige momentene vil motvirke at utleier og innleier omgår arbeidsmiljølovens innleieregler som beskytter den innleide arbeidstaker, ved å klassifisere forholdet som entreprise. Høyesterett har tidligere uttalt at det er de «reelle forholdene» som er avgjørende ved vurderingen av situasjonen.⁵¹ På denne måten vil hensynet til å unngå omgåelser av innleiereglene ivaretas, da bemanningsforetaket og innleievirksomheten ikke kan betegne en arbeidssituasjon som innleie når det i realiteten er tale om entreprise.

2.3.2 Når foreligger lovlig innleie?

Når det først foreligger en innleiesituasjon, stiller aml. § 14-12 flere vilkår for at innleien skal være lovlig. Det finnes to grunnlag for at en innleiesituasjon skal karakteriseres som lovlig, jf. bestemmelsens første og annet ledd. Et felles vilkår for at innleien skal være lovlig er at den må skje fra «en virksomhet som har til formål å drive utleie (bemanningsforetak)». Jeg behandler derfor dette samlet før jeg behandler de ulike adgangene til innleie hver for seg. Spørsmålet er i det følgende hva det vil si at en virksomhet har til formål å drive utleie.

Ordlyden taler for at virksomhetens *eneste* formål er å drive utleie av arbeidskraft. Vilkåret er imidlertid nærmere diskutert i forarbeidene, der det foretas en grensedragnings. Forarbeidene skiller mellom de klare typetilfellene som omfattes – vikarbyråer – og ordinære virksomheter

⁵⁰ HR-2018-2371-A avsnitt 80.

⁵¹ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 66.

som kun «sporadisk tilbyr utleie av arbeidskraft».⁵² Når det gjelder mer tvilsomme tilfeller, må det foretas en «helhetsvurdering av virksomhetens art, herunder med hvilket omfang og hyppighet utleie skjer og hvor stor andel av virksomheten utleie utgjør».⁵³

For at innleie etter aml. § 14-12 *første ledd* skal være lovlig, er det et vilkår at innleien skjer i «samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter § 14-9 andre ledd bokstav a til e», jf. aml. § 14-12 første ledd første punktum. Spørsmålet er så hva dette innebærer i praksis.

Forarbeidene slår fast det samme som ordlyden i bestemmelsen; at innleie er tillatt så langt det er grunnlag for å avtale midlertidig ansettelse i medhold av § 14-9 første ledd.⁵⁴ Innleie fra bemanningsforetak er altså kun tillatt der det foreligger behov for midlertidig ansettelser hos innleier. Forarbeidene er tause om hensynet bak regelen. Midlertidig ansettelse er som nevnt begrunnet med arbeidsgivers varierende oppdragsbehov og etterspørsel etter arbeidskraft. Samtidig ivaretar innleie fra bemanningsforetak hovedsakelig *innleiers* behov for arbeidskraft.⁵⁵ Hensynene bak midlertidig ansettelser og innleie fra bemanningsforetak er dermed nokså sammenfallende. I de tilfeller der innleier har et *varig* behov for arbeidskraft, vil det derfor falle mer naturlig at innleier foretar faste ansettelser. Dersom loven hadde åpnet for innleie også der det foreligger behov for fast ansettelse, ville dette kunne svekke den innleide arbeidstakerens posisjon i forhold til de direkte ansatte arbeidstakerne hos innleier. For eksempel ville ikke den innleide arbeidstakeren (som hovedregel) hatt rett til å stå i stilling under søksmål, jf. aml. § 15-11 tredje ledd første punktum. Samtidig sørger regelen om at innleie kun er tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidige ansettelser for en tydelig plassering av arbeidsgiveransvaret, idet det er arbeidsgiver og ikke innleier som har plikter som følge av ansettelsesforholdet overfor den innleide.⁵⁶ Vilkåret sørger samtidig for at hovedregelen om fast ansettelse står sterkt, idet den avskjærer innleiers adgang til å leie inn arbeidskraft der det er behov for varig arbeidskraft og faste ansettelser.

⁵² Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 43–44.

⁵³ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 44.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 334.

⁵⁵ Skjønberg (2017) s. 159.

⁵⁶ Se imidlertid aml. § 14-12c som hjemler solidaransvar for innleier og dermed nyanserer dette utgangspunktet noe.

Etter aml. § 14-12 *annet ledd første punktum* foreligger det en utvidet adgang til innleie. Dersom en virksomhet er bundet av tariffavtale inngått med fagforening med innstillingsrett etter arbeidstvistloven⁵⁷, kan arbeidsgiver og tillitsvalgte som til sammen representerer et flertall av den arbeidstakerkategori innleien gjelder, inngå skriftlig avtale om tidsbegrenset innleie, uten at det foreligger en situasjon som tilsier at det kan avtales midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 andre ledd bokstav a til e. Bestemmelsen innebærer i stor grad en videreføring av den opphevede bestemmelsen i § 55 K nr. 2 i arbeidsmiljøloven av 1977.⁵⁸ Til forskjell fra den opphevede bestemmelsen, er adgangen til lovlig innleie etter § 14-12 annet ledd noe skjerpet. Adgangen til å inngå avtale om innleie etter annet ledd er forbeholdt virksomheter som er bundet av landsomfattende tariffavtale med fagforening med *innstillingsrett*⁵⁹. Forarbeidene presiserer at så lenge avtalen er skriftlig og tidsbegrenset, foreligger det «fri adgang til å benytte innleie så fremt den ligger innenfor de rammer avtalen trekker opp».⁶⁰ Avtalen kan regulere både omfanget av innleien og hvilke andre vilkår som skal gjelde for den.⁶¹ Dermed foreligger det en nokså bred adgang til å benytte seg av innleid arbeidskraft, så lenge de øvrige vilkårene i aml. § 14-12 annet ledd er oppfylt og de vilkår som fremgår av den konkrete innleieavtalen overholdes.

2.3.3 Rettsvirkningene av ulovlig innleie

Aml. § 14-14 regulerer virkningene av ulovlig innleie av arbeidstaker. Det første som må nevnes er at bestemmelsen regulerer brudd på *flere* bestemmelser i § 14-12, jf. ordlyden «bestemmelsene» i første punktum. Dette innebærer at også brudd på aml. § 14-12 tredje ledd omfattes i tillegg til første og annet ledd. Aml. § 14-12 tredje ledd fastslår en plikt for arbeidsgiver til å drøfte bruken av innleid arbeidskraft etter første og annet ledd med de tillitsvalgte, der praktiseringen av likebehandlingskravet er ett av forholdet som skal drøftes, jf. ordlyden «herunder». Drøftelsen skal skje minst én gang per år. Videre vil aml. § 14-14 også omfatte brudd på aml. § 14-12 fjerde ledd, som bestemmer at reglene i aml. § 14-9 sjuende ledd får anvendelse

⁵⁷ Lov 27. januar 2012 om arbeidstvister (arbeidstvistloven).

⁵⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 334.

⁵⁹ Med innstillingsrett menes at fagforeninger med over 10 000 arbeidstakere som medlemmer kan fremsette forslag til to dommere med varadommere, se arbeidstvistloven § 39 første ledd første punktum.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 220.

⁶¹ Skjønberg (2017) s. 162.

«tilsvarende» ved innleie fra bemanningsforetak. Sistnevnte bestemmelse regulerer når en som har vært midlertidig ansatt etter annet ledd i den den samme paragrafen kan anses som fast ansatt.

For det andre foreligger det etter første punktum en plikt for retten til å avsi dom for at den innleide har et fast arbeidsforhold hos innleier i henhold til aml. § 14-9 første ledd, som fastslår at arbeidstaker skal ansettes fast. Dette er imidlertid betinget av at den innleide arbeidstakeren kommer med en påstand om dette. Forarbeidene til nåværende arbeidsmiljølov viser til at aml. § 14-14 er en videreføring av den opphevede lov om arbeidervern og arbeidsmiljø av 4. februar 1977 § 55K nr. 3 fjerde ledd og nr. 4 fjerde ledd.⁶² Dermed er forarbeidene til sistnevnte lov av interesse for å fastlegge hensynet bak regelen i aml. § 14-14 første ledd. Det fremgår av disse at bestemmelsen tar sikte på å videreføre prinsippet om at domstolen skal avsi dom for at arbeidsforholdet består ved ulovlig midlertidig ansettelse.⁶³ Reelle hensyn kan her også tale for en slik regel. Som det fremgår av punkt 2.2 i denne oppgaven er fast ansettelse hovedregelen i norsk rett. Samtidig er det nettopp innleiers behov som står sentralt ved innleie fra bemanningsforetak.⁶⁴ Dersom innleien er ulovlig er det også mer nærliggende at innleier «straffes» for dette, og følgelig forplikter seg til å ansette den innleide arbeidstaker i fast stilling.

Etter annet punktum følger det et unntak fra rettens plikt til å avsi dom for fast ansettelse «i særlige tilfeller», der retten etter påstand fra innleier bestemmer at den innleide arbeidstakeren ikke har et fast arbeidsforhold. Dette er betinget av at retten foretar en avveining av partenes interesser og med grunnlag i dette finner at det vil være «åpenbart urimelig» at den innleide anses å være fast ansatt hos innleier. Ordlyden taler for at det skal mye til før innleier får medhold i sin påstand. Dette underbygges av forarbeidene som betegner unntaket som en «sikkerhetsventil».⁶⁵

En annen rettsvirkning av ulovlig innleie er at den innleide arbeidstaker kan kreve erstatning fra innleier, se aml. § 14-14 annet ledd første punktum. Erstatningen fastsettes i samsvar med aml. § 15-12 annet ledd, jf. § 14-12 annet ledd annet punktum.

⁶² Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 334.

⁶³ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 75.

⁶⁴ Skjønberg (2017) s. 159.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 76.

3 Om likebehandlingskravet

3.1 Rettslig grunnlag

I norsk rett følger kravet til lik behandling av innleide arbeidstakere fra bemanningsbyrå og direkte ansatte arbeidstakere hos innleievirksomheten med hensyn til arbeids- og lønnsvilkår av aml. § 14-12 a første ledd.

Selve kravet til lik behandling av innleide og direkte ansatte arbeidstakere i innleievirksomheten fremgår av ordlyden «minst sikres de vilkår som ville komme til anvendelse dersom arbeidstaker hadde vært ansatt hos innleier for å utføre det samme arbeidet». Etter ordlyden skal altså den innleide arbeidstakeren behandles *som om* han var direkte ansatt hos innleier. Det er bemanningsforetaket som er pliktsubjektet etter bestemmelsen, jf. ordlyden «skal sørge for».

Kravet til likebehandling står ikke på egne bein, ettersom det relaterer seg til flere ulike arbeids- og lønnsvilkår, jf. bokstavene a–f. Ordlyden taler for at kravet til likebehandling gjelder kun med hensyn til de arbeids- og lønnsvilkår som fremgår av aml. § 14-12 a første ledd. Dette utledes av ordet «og» som fungerer som et bindeledd mellom de øvrige arbeids- og lønnsvilkårene, og dermed stenger for at kravet til likebehandling får anvendelse for andre arbeids- og lønnsvilkår enn de som er uttrykkelig opplistet i første ledd. Forarbeidene omtaler kun bokstavene a–f.⁶⁶ Tausheten om hvorvidt andre arbeids- og lønnsvilkår eller andre forhold er omfattet av likebehandlingskravet trekker dermed i samme retning.

Regelen i aml. § 14-12 a første ledd gjennomfører som tidligere nevnt vikarbyrådirektivet. Direktivet har igjen sitt rettslige grunnlag i artikkel 153 annet ledd i TFEU.⁶⁷ Norge er part til avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-avtalen), slik at de fleste regler fra EU om det europeiske indre marked er omfattet av avtalen.⁶⁸ Samtidig gjelder bestemmelsene i avtalens hoveddel som norsk lov, jf. EØS-loven § 1 første ledd. Etter artikkel 3 nr. 1 i avtalens hoveddel forplikter alle parter til avtalen å treffe alle tiltak som er egnet til å oppfylle

⁶⁶ Prop. 74 L (2011–2012) s. 105–106.

⁶⁷ Nyström (2014) s. 250 hvor det også uttrykkes at bestemmelsen tilsvarer tidligere artikkel 137 annet ledd i TEC (Treaty establishing the European Community).

⁶⁸ Fredriksen (2018) s. 18.

avtaleforpliktelsene. Videre fremgår det av artikkel 7 at rettsakter som er omhandlet i EØS-komiteens vedtak skal være bindende for avtalepartene og at disse skal være eller gjøres til del av deres interne rettsorden. I bokstav b er dette nærmere spesifisert når det gjelder rettsakter i form av EØF-direktiver; disse er overlatt til avtalepartenes myndigheter å bestemme hvilken form og hvilke midler som skal gjelde for gjennomføringen.

EØS-komiteen vedtok at direktivet skulle tre i kraft 1. januar 2013, og Stortinget vedtok derfor endringer i arbeidsmiljøloven, tjenestemannsloven og ferieloven 12. juni 2012 for å muliggjøre ikrafttreddelsen av reglene i samsvar med bestemmelsene nevnt i foregående avsnitt.⁶⁹

Aml. § 14-12 a første ledd gjennomfører vikarbyrådirektivets artikkel 5 nr. 1, jf. artikkel 3 nr. 1.⁷⁰ Artikkelen i direktivet som sammen utgjør rettsgrunnlaget for likebehandlingskravet, krever derfor en omtale.

Artikkel 3 nr. 1 slår fast definisjoner av begreper som brukes i vikarbyrådirektivets. Det er særlig definisjonen av «grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår» i bokstav f som er av interesse. Disse defineres som «i) arbeidstidens lengde, overtid, pauser, hviletid, nattarbeid, ferier helligdager og fridager, ii) lønn.»

Videre er det i artikkelens punkt nr. 2 første punktum presisert at direktivet ikke berører nasjonal lovgivning når det gjelder definisjonen av lønn, arbeidsavtale, arbeidsforhold eller arbeidstaker. Dette innebærer at det er opp til den enkelte medlemsstat å selv fastsette definisjon av de forannevnte begrepene i artikkelen. I nr. 2 annet punktum er det nedfelt at «[m]edlemsstatene [ikke] skal [...] unnta arbeidstakere, arbeidsavtaler eller arbeidsforhold fra dette direktivs virkeområde bare fordi det dreier seg om deltidsansatte arbeidstakere, midlertidig ansatte eller personer som har en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold med et vikarbyrå.» Direktivteksten gir altså uttrykk for et ønske om at arbeidstakere som er deltidsansatt, midlertidig ansatt eller innleid ikke skal forskjellsbehandles i forhold til fast- og fulltidsansatte.

Prinsippet om likebehandling fremgår av artikkel 5. I nr.1 første punktum heter det at så lenge oppdraget hos et brukerforetak (innleier) varer, skal grunnleggende arbeids- og

⁶⁹ Arbeids- og sosialdepartementet (2018).

⁷⁰ Prop. 74 L (2011–2012) s. 104.

ansettelsesvilkårene for vikarer tilsvare minst de vilkår som gjelder dersom de hadde blitt ansatt direkte av vedkommende foretak for å utføre det samme arbeidet.

Som det fremgår over, er «[d]e grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkårene» definert i artikkel 3 nr. 1 bokstav f. Dette innebærer at likebehandlingskravet – «minst tilsvare de vilkår som ville gjelde dersom de hadde blitt ansatt direkte...» – relaterer seg til disse vilkårene. Dermed står ikke likebehandlingskravet, på samme måte som etter arbeidsmiljøloven, på egne bein. Sammenhengen mellom artikkel 5 nr. 1 og artikkel 3 nr. 1 bokstav f utgjør dermed likebehandlingsprinsippets rekkevidde med hensyn til hvilke arbeids- og lønnsvilkår som omfattes av kravet.⁷¹

3.2 Formål og hensyn

Bakgrunnen for vedtakelsen av vikarbyrådirektivet var den økende graden av utradisjonelle ansettelsesforhold i EUs medlemsland, hvor også innleie utgjør et eksempel på dette.⁷² I den juridiske litteraturen har det vært referert til innleieinstituttets spesielle trepartsforhold, der arbeidsgiveren har plikter overfor den innleide arbeidstakeren samtidig som innleieren har ledelsen over arbeidet gjennom å instruere den innleide.⁷³ Med en slik dynamikk kan den innleide risikere å befinne seg i en sårbar posisjon, der innleier og arbeidsgiver kan dra nytte av dette på bekostning av den innleides rettigheter. Likebehandlingskravet søker derfor å sørge for sikkerhet i innleieforholdet.⁷⁴ Kravet anerkjenner samtidig behovet for fleksibilitet når det gjelder ulike arbeidsformer, og søker derfor å fjerne forhold som kan virke hindrende for innleie.⁷⁵ Denne kombinasjonen er betegnet «flexicurity»⁷⁶, og kommer også til uttrykk i direktivets fortale i artikkel 9.

Selv om formålet er todelt, er hovedformålet likevel å beskytte innleieinstituttet.⁷⁷ For at dette skal realiseres, må kvaliteten på innleien forbedres ved at innleide arbeidstakere får nytte godt

⁷¹ Nyström (2014) s. 260.

⁷² Nyström (2014) s. 256.

⁷³ Nyström (2014) s. 256.

⁷⁴ Nyström (2014) s. 256. Nyström skriver om formålet med *vikarbyrådirektivet*. Hennes kommentarer kan likefullt benyttes for å redegjøre for formålet med *likebehandlingskravet* da dette er en del av direktivet.

⁷⁵ Nyström (2014) s. 256.

⁷⁶ Nyström (2014) s. 256.

⁷⁷ Nyström (2014) s. 256.

av de fordelene som likebehandlingskravet gir.⁷⁸ Det er også viktig å nevne at kombinasjonen av formålene har et overordnet formål; å gjøre Den europeiske unionen konkurransedyktig.⁷⁹

Formålet med likebehandlingskravet kommer til uttrykk i artikkel 2, som angir formålet med direktivet og dermed indirekte formålet med kravet til likebehandling, jf. artikkel 5. Artikkel 2 slår fast at direktivets formål er å sikre at vikarer vernes og at kvaliteten på vikararbeid forbedres ved å sikre at prinsippet om likebehandling, slik det fremgår av artikkel 5, anvendes på vikarer. Vernet av vikarer og forbedring av kvaliteten på vikararbeidet skal videre sikres ved at vikarbyråer anerkjennes som arbeidsgivere. Samtidig skal behovet for å opprette egnede rammer for bruk av vikararbeid med sikte på å bidra effektivt til å skape arbeidsplasser og til å utvikle fleksible arbeidsformer, hensyntas.

Hensynet bak likebehandlingskravet er sparsomt omtalt i norsk rett. Formålet med direktivet er imidlertid nevnt i forarbeidene til endringer i blant annet arbeidsmiljøloven. Ifølge disse er et av formålene å beskytte innleide arbeidstakere og «å bedre deres vilkår gjennom å innføre et prinsipp om likebehandling».⁸⁰ Arbeids- og sosialdepartementet har også fremhevet betydningen av at det uavhengig av vikarbyrådirektivet, og dermed likebehandlingsprinsippet, er et behov for at innleide arbeidstakere og direkte ansatte sikres lik behandling gjennom iverksettelse av reguleringer.⁸¹ Videre har departementet på side 51 i Prop. 74 L (2011–2012) poengtert viktigheten av at likebehandlingsprinsippet kan føre til at innleieinstituttet kan «fungere som et mer likeverdig alternativ til midlertidig ansettelse for arbeidstaker». I tillegg har hensynet til arbeidsmarkedet som sådan også vært fremhevet av departementet som et forhold som legitimerer kravet til likebehandling av innleide og direkte ansatte arbeidstakere. Departementet poengterer i denne sammenheng at et slikt prinsipp vil bane vei for at innleie «i større grad vil begrense seg til de situasjoner der det faktisk er et reelt behov for fleksibilitet».⁸² Med reelt behov for fleksibilitet menes de tilfellene der innleier har behov for økt arbeidskraft eller kompensasjon for manglende arbeidskraft som følge av fravær på arbeidsplassen.⁸³ Som et siste argument for et gjeldende likebehandlingsprinsipp er også målet om at innleier ikke skal ha lavere lønnskostnader som et incentiv til å leie inn arbeidstakere.⁸⁴ Departementet mener at dette også vil føre til reduksjon av tilfeller av sosial dumping.⁸⁵

⁷⁸ Nyström (2014) s. 256. Med at kvaliteten på innleien skal forbedres, siktes det til en forbedret arbeidssituasjon, ikke at kvaliteten på selve arbeidet skal forbedres, se samme sted.

⁷⁹ Nyström (2014) s. 256.

⁸⁰ Prop. 74 L (2011–2012) s. 10.

⁸¹ Prop. 74 L (2011–2012) s. 51.

⁸² Prop. 74 L (2011–2012) s. 51.

⁸³ Prop. 74 L (2011–2012) s. 51.

⁸⁴ Prop. 74 L (2011–2012) s. 51.

⁸⁵ Prop. 74 L (2011–2012) s. 51. Uttrykket sosial dumping har flere betydninger, se Nyström (2021) s. 120. Jeg behandler ikke disse her.

4 Likebehandlingsprinsippets vekt ved fastsettelsen av lønnsbegrepet

4.1 Innledning

Spørsmålet om hvilken vekt likebehandlingsprinsippet har ved fastsettelsen av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f vil ha betydning for de vurderinger som ligger bak konklusjonen om hva lønnsbegrepet omfatter, og dermed for de plikter som etableres i et innleieforhold. Siden utgangspunktet etter aml. § 14-12 a første ledd er at bemanningsbyrået selv er pliktsubjektet i innleiesituasjoner, vil innholdet av lønnsbegrepet påvirke hvorvidt bemanningsbyrået plikter å sørge for at egne arbeidstakere behandles på lik linje med de direkte ansatte hos innleievirksomheten med hensyn til lønn. Dette sier derfor noe om hvilke rettigheter *arbeidstakeren* har i et innleieforhold, hva gjelder lønn. Samtidig har spørsmålet en side til de mål⁸⁶ som søkes oppnådd gjennom innføringen av et likebehandlingsprinsipp. Som vi skal se i punkt 4.3, har disse målene betydning for hvordan likebehandlingsprinsippet vektlegges.

Det følger av vikarbyrådirektivet artikkel 3 nr. 2 at direktivet ikke berører nasjonal lovgivning med hensyn til en rekke forhold, herunder hvordan lønnsbegrepet skal defineres. Dermed er det som utgangspunkt opp til norsk lovgiver å bestemme dette. Hvilke ytelser lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f omfatter er imidlertid ikke presisert i lovteksten direkte. Lovgiver har her nøyhet seg med å angi 'lønn' som et vilkår som skal være gjenstand for likebehandling etter aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Dette reiser et spørsmål om hvilke ytelser bemanningsforetaket må inkludere i lønnen arbeidstakeren mottar som motytelse for det arbeidet vedkommende har utført.

Flere rettskilder omtaler hvorvidt enkelte ytelser er omfattet av lønnsbegrepet. Likevel er det fortsatt mye som er uavklart på dette området. Bakgrunnen for denne problematikken er at det i norsk rett ikke finnes en enhetlig og generell legaldefinisjon av begrepet 'lønn'.⁸⁷ Dermed oppstår også spørsmålet om hvilke *andre* ytelser enn de rettskildene har avklart som potensielt bør være gjenstand for likebehandling etter aml. § 14-12 a første ledd bokstav f, og hvordan likebehandlingsprinsippet spiller inn på denne fastleggelsen.

⁸⁶ Se punkt 3.2

⁸⁷ Prop. 74 L (2011–2012) s. 55.

4.2 Likebehandlingskravets rekkevidde

Ordlyden i aml. § 14-12 a første ledd er et sentralt utgangspunkt for å fastlegge rekkevidden av likebehandlingskravet som følger av bestemmelsen. Den sentrale delen av ordlyden i denne sammenheng er at «utleid arbeidstaker [skal] minst sikres de vilkår som ville kommet til anvendelse dersom arbeidstaker hadde vært ansatt hos innleier for å utføre samme arbeid». Ut fra en objektiv fortolkning av ordlyden, kan det argumenteres for at kravet til likebehandling gjelder ubetinget. Dersom det først foreligger lovlig innleie etter aml. § 14-12, er konsekvensen at innleid arbeidstaker og direkte ansatt arbeidstaker hos innleier skal behandles likt med hensyn til de arbeids- og lønnsvilkår som følger av aml. § 14-12 a første ledd bokstav a–f.

Det er imidlertid ett forhold som kan sies å begrense hvor langt likebehandlingskravet rekker. Kravet om likebehandling vil etter ordlyden utgjøre et *minimumskrav*, jf. ordlyden «minst». Dette innebærer at innleide arbeidstakere kun har krav på å bli behandlet likt med hensyn til de vilkår som gjelder for direkte ansatte arbeidstakere hos innleievirksomheten. Dermed er det ifølge lovens ordlyd ingen krav om at det skal foretas likebehandling av innleide og direkte ansatte *utover* dette.⁸⁸ I praksis åpner ordlyden for at innleide arbeidstakere kan utføre sitt arbeid under (bedre) arbeids- og lønnsvilkår enn de vilkår som gjelder for direkte ansatte arbeidstakere.⁸⁹ At kravet om likebehandling er et minimumskrav fremgår også av vikarbyrådirektivets artikkel 9 nr. 1, der det blant annet slås fast at direktivet ikke berører medlemsstatenes rett til å anvende eller innføre lover eller forskrifter som er mer fordelaktige for arbeidstakerne. Det er denne bestemmelsen ordlyden gjennomfører i norsk lov.

4.3 Hvilke ytelser omfattes av lønnsbegrepet?

4.3.1 Generelt

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven er begrepet 'lønn' gitt en vid definisjon, og det sentrale momentet er at lønn omfatter «vederlag for arbeid».⁹⁰ Det er videre presisert at hvilken form vederlaget ytes eller opparbeides i er uten betydning for om det inkluderes i lønnsbegrepet eller

⁸⁸ At loven ikke hjemler et krav om likebehandling som strekker seg utover det minimum som fremgår av aml. § 14-12 første ledd er også slått fast indirekte i Prop. 74 L (2011–2012) s. 51 der departementet taler om vikarbyrådirektivet som et «minimumsdirektiv». Dermed er også likebehandlingsprinsippet som følger av det samme direktivet et uttrykk for en minstestandard. Se også Skjønberg (2017) s. 167.

⁸⁹ Prop. 74 L (2011–2012) s. 54 og s. 56. Dette er imidlertid kun et utgangspunkt – en slik praksis kan være i strid med bestemmelser i eventuell tariffavtale som arbeidsgiver er bundet av, se Pettersen (2020) s. 228.

⁹⁰ Prop. 74 L (2011–2012) s. 105.

ikke.⁹¹ Begrepet omfatter fast vederlag for utført arbeid samt lønn i form av naturalia.⁹² På side 105 fremgår det at faste tillegg som gis med grunnlag i «kompetanse og andre personlige kvalifikasjoner» også inngår i begrepet. Forutsetningen for at slike tillegg omfattes er likevel at «regler, rutiner eller praksis» i virksomheten åpner for dette.⁹³

I tillegg til faste tillegg omfattes også uregelmessige tillegg.⁹⁴ Som eksempel på dette nevner forarbeidene tillegg som gis som kompensasjon for «ugunstig arbeidstid eller vanskelig eller ubehagelig arbeid».⁹⁵ Det førstnevnte eksemplifiseres på side 55 i forarbeidene, der det fremgår at overtidsbetaling, tillegg for ubekvem arbeidstid, utkallingstillegg og skifttillegg er omfattet. Eksempler på kompensasjon for vanskelig eller ubehagelig arbeid er gitt på samme side der dette betegnes som «uregelmessige tillegg på grunn av særskilte arbeidsforhold eller oppgaver, som utgjør en del av vederlag for utførelse av det særskilte arbeidet». Der er smusstillegg eller tillegg for risikofylt arbeid nevnt som eksempler. Oppramsingen fremstår ikke som uttømmende og dette indikerer at også andre uregelmessige tillegg kan være omfattet, noe som underbygger at lønnsbegrepet tolkes vidt. Departementet angir ikke eksplisitt om uregelmessige tillegg må ha grunnlag i regler, rutiner eller praksis i virksomheten for at disse skal innvilges i det enkelte tilfellet. Hensynet til at like tilfeller skal behandles likt taler imidlertid for at det samme må gjelde her som for faste tillegg. Avslutningsvis utdyper departementet uttalelsen om at opptjeningsmåten ikke er av relevans ved fastsettelsen av om vederlag for arbeid inngår i lønnsbegrepet. Det heter der at også prestasjonslønn eller akkordlønn omfattes.⁹⁶

Et sentralt poeng som forarbeidene fremhever, er at de ulike komponentene som utgjør lønnsbegrepet kun er gjenstand for likebehandling dersom innleier yter tilsvarende vederlag til sine ansatte.⁹⁷ Forarbeidene omtaler ikke den nærmere bakgrunnen for at nettopp disse komponentene er en del av lønnsbegrepet. Følgelig fremgår det ikke av forarbeidene hvordan departementet har vektlagt likebehandlingsprinsippet i sin konklusjon.

4.3.2 Reisetidsgodtgjørelse

Spørsmålet om reisetidsgodtgjørelse er omfattet av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f er behandlet i rettspraksis én gang tidligere. Den relevante dommen er HR-2018-1037-A. Saken handler om en innleid arbeidstaker som, i motsetning til de direkte ansatte

⁹¹ Prop. 74 L (2011–2012) s. 105.

⁹² Prop. 74 L (2011–2012) s. 55.

⁹³ Prop. 74 L (2011–2012) s. 105.

⁹⁴ Prop. 74 L (2011–2012) s. 56 og s. 105.

⁹⁵ Prop. 74 L (2011–2012) s. 105–106.

⁹⁶ Prop. 74 L (2011–2012) s. 106.

⁹⁷ Prop. 74 L (2011–2012) s. 105–106.

arbeidstakerne hos innleiebedriften, ikke fikk kompensasjon for reisetiden mellom hans bosted og stedet han skulle jobbe på noen dager i uken ved siden av sin faste arbeidsplass. Den innleide arbeidstakeren krevde godtgjørelse for reisetiden mellom disse stedene. Da den innleide var utleid til Statens vegvesen, måtte Høyesterett, for å avgjøre hvorvidt den innleide hadde et slik krav, vurdere om en slik ytelse omfattes av tjenestemannsloven § 3B første ledd om likebehandling av lønns- og arbeidsvilkår ved utleie fra bemanningsforetak. Ettersom denne bestemmelsen var opphevet, vurderte retten i stedet saken etter aml. § 14-12 a første ledd bokstav f, jf. statsansatteloven § 11.⁹⁸ Høyesterett kom til at reisetidsgodtgjørelsen «må omfattes av likebehandlingsregelen».⁹⁹ Bemanningsforetaket hadde følgelig brutt tjenestemannsloven § 3B første ledd, og den innleide hadde krav på reisetidsgodtgjørelse på lik linje med de direkte ansatte arbeidstakerne.¹⁰⁰

Høyesteretts premisser, herunder vektlegging av likebehandlingsprinsippet, er i det følgende sentrale for konklusjonen i saken. Retten begynner sin argumentasjon med ordlyden idet den viser til at tjenestemannsloven § 3B gjennomfører vikarbyrådirektivet og går nærmere inn i de relevante artiklene her.¹⁰¹ Artikkel 3 nr. 1 bokstav f, jf. artikkel 5 nr. 1 definerer ikke hva lønnsbegrepet i «grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår» innebærer.¹⁰² Retten viser i forlengelsen av dette til artikkel 3 nr. 2 og slår fast at det er opp til nasjonale myndigheter å definere hva lønnsbegrepet skal inneholde.¹⁰³ Da det heller ikke finnes en legaldefinisjon i tjenestemannsloven eller arbeidsmiljøloven, eller et enhetlig lønnsbegrep i norsk rett, slutter førstvoterende i avsnitt 26 at «[o]rdlyden gir...liten veiledning, utover at det etter min mening ikke er noe i veien for å forstå uttrykket slik at det også omfatter en reisetidsgodtgjørelse som i saken her». Ordlyden får dermed en viss vekt, uten at denne på noen måte er avgjørende for tolkningen.

Etter at ordlyden er gjennomgått, vurderer retten forarbeidenes rolle. Det uttales i avsnitt 27 at forarbeidene Prop. 74 L (2011–2012) er «den sentrale kilden» for hva aml. § 14-12 a første ledd bokstav f omfatter. Retten påpeker med utgangspunkt i disse at arbeidsgiversiden ønsket å begrense likebehandlingsprinsippet slik at det skulle gjelde i tråd med det minimumsvern direktivet foreskriver, mens arbeidstakersiden ønsket at prinsippet skulle favne «så mye som mulig».¹⁰⁴ Retten gjengir deretter i avsnitt 29 at departementet ved vurderingen av hva

⁹⁸ Retten påpekte at dette ikke har noen betydning for tolkningsspørsmålet i den konkrete saken, se avsnitt 23.

⁹⁹ Avsnitt 40. Retten var enstemmig, se avsnitt 46 flg.

¹⁰⁰ Avsnitt 43.

¹⁰¹ Avsnitt 24 flg.

¹⁰² Avsnitt 24 og 25.

¹⁰³ Avsnitt 25.

¹⁰⁴ Avsnitt 28.

lønnsbegrepet skulle omfatte, tok utgangspunkt i «alt vederlag for arbeid». I denne forbindelse gjengis departementets uttalelser om hvilke ytelser som omfattes av lønnsbegrepet.¹⁰⁵

Retten fremhever deretter at departementet innlemmet uttrykket 'utgiftsdekning' i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f under henvisning til at dette ville virke klargjørende og at det ikke foreligger noe som hindrer at arbeidstakerne får en bedre rettsstilling enn vikarbyrådirektivet foreskriver.¹⁰⁶ Innlemmelsen var også et resultat av at mange av høringsinstansene var uenige i departementets forslag om at ytelser til kost, losji og arbeidstøy skulle være omfattet av lønnsbegrepet, noe som blant annet var begrunnet med at slike utgifter ikke er vanlig å anse som lønn.¹⁰⁷ Retten gir deretter en nærmere forklaring av hva lovgiver mente nærmere med 'utgiftsdekning' og gjengir begrunnelsen for at denne kategorien bør innlemmes i bokstav f. I avsnitt 31 fremgår det at lovgiver var av den oppfatning at manglende likebehandling av utgiftsdekning ville medføre «vesentlig forskjellsbehandling av innleide og direkte ansatte» som følge av at utgifter i forbindelse med «arbeid utenfor hjemstedet vil kunne utgjøre relativt store beløp».

Ifølge retten viser gjennomgangen av forarbeidene at pensjon var den eneste ytelsen departementet ikke inkluderte i lønnsbegrepet og at forarbeidene, til tross for en detaljert gjennomgang av ulike ytelser og opptjeningsmåter, ikke opererer med en «uttømmende angivelse av hva som skal omfattes [av lønnsbegrepet]». ¹⁰⁸ I tilknytning til dette fremholder retten så at

«[d]en naturlige forståelsen er at det drøftes en del praktiske eksempler, uten at det dermed er ment å utelukke at også andre ytelser kan falle inn under likebehandlingsregelen. De eksemplene som gjennomgås – sammenholdt med tilføyelsen av uttrykket «utgiftsdekning» – viser at regelen er ment å omfatte mer enn rent vederlag for arbeid. *Formålet – reell likebehandling av vikarer og fast ansatte – ser ut til å ha vært styrende for avgrensningen og at departementet derfor ønsket et vidt anvendelsesområde*». ¹⁰⁹ [min kursivering]

Retten forholder seg taus med hensyn til hvilken konkret betydning denne tolkningen har i den konkrete sak. Tolkningen av forarbeidene kan likevel tas til inntekt for at departementet har gitt likebehandlingsprinsippet stor vekt ved vurderingen av de ytelser som er inkludert i lønnsbegrepet i henhold til forarbeidene, jf. også ordlyden «styrende». Dette kan trekke i retning av at formålet – reell likebehandling og dermed likebehandlingsprinsippet – blir vektlagt tungt ved konklusjonen om at reisetidsgodtgjørelse omfattes av lønnsbegrepet.

¹⁰⁵ Dette er i overensstemmelse med det som fremgår av punkt 4.3.1. Jeg viser derfor til denne redegjørelsen.

¹⁰⁶ Avsnitt 30.

¹⁰⁷ Avsnitt 30.

¹⁰⁸ Avsnitt 32 og 33.

¹⁰⁹ Avsnitt 33.

Foranlediget av bemanningsbyråets anførsler, konstaterer retten i avsnitt 37 at definisjonen av lønnsbegrepet slik det fremgår av blant annet likestillings- og diskrimineringsloven og ferieloven ikke var relevant for departementets fastsettelse av lønnsbegrepet. Dermed er heller ikke disse lovene vektlagt ved vurderingen av om reisetidsgodtgjørelse er omfattet av lønnsbegrepet. Rettens standpunkt begrunnes på flere måter. For det første argumenterer retten for at det er tydelig at departementet ikke hadde intensjon om å inkludere alle ytelser.¹¹⁰ Dette støttes av det faktum at departementet i forarbeidene til arbeidsmiljøloven hadde opplistet spesifikt hvilke lønns- og arbeidsvilkår som skal være gjenstand for likebehandling.¹¹¹ Retten foretar i denne sammenheng en antitetisk tolkning av ordlyden i forarbeidene. For det andre taler også forarbeidene til ferieloven for at denne loven ikke kan benyttes ved vurderingen av spørsmålet om reisetidsgodtgjørelse er omfattet. Retten viser i denne forbindelse til at forarbeidene til ferieloven ekskluderer ytelser som er ment for å kompensere for utgifter ved beregningen av feriepengegrunnlaget.¹¹² Retten slutter her at forarbeidene til ferieloven ikke kan benyttes ved vurderingen ettersom forarbeidene til *arbeidsmiljøloven* uttrykkelig gir uttrykk for at dekning av utgifter *skal* omfattes.¹¹³

Det kan her stilles spørsmål ved Høyesteretts argumentasjon er treffende. Retten viser spesifikt til *utgiftsdekningsbegrepet* for å støtte sitt standpunkt om at lovgivning på tilgrensede områder – her spesifikt ferieloven – ikke kan benyttes som rettesnor for å besvare spørsmålet om reisetidsgodtgjørelse er omfattet av lønnsbegrepet. Imidlertid påpeker retten i sine tidligere premisser – med henvisning til forarbeidene til arbeidsmiljøloven – at begrepet ‘utgiftsdekning’ er «et selvstendig element i oppstillingen av hvilke lønns- og arbeidsvilkår likebehandlingen skal gjelder».¹¹⁴ Reisetidsgodtgjørelse er en ytelse som gis som kompensasjon for *tiden* som benyttes for å reise til og fra gitte steder i forbindelse med arbeid. Hverken språklig eller i praksis kan det sies at reisetidsgodtgjørelse skal kompensere for en «utgift». Den forholdsvis nøye utgreiingen på dette punktet, kan muligens forklares med at forarbeidene til arbeidsmiljøloven ikke kommenterte uttalelsen i forarbeidene til ferieloven om at lønn under reiser er omfattet av feriepengegrunnlaget.¹¹⁵

Heller ikke øvrige bestemmelser i arbeidsmiljøloven tillegges noen vekt ved vurderingen. I avsnitt 38 slår retten fast at aml. § 13-2 første ledd bokstav c, som fastsetter at vernet mot diskriminering etter arbeidsmiljøloven kapittel 13 gjelder blant annet lønns- og arbeidsvilkår i et

¹¹⁰ Avsnitt 37.

¹¹¹ Avsnitt 37.

¹¹² Avsnitt 37.

¹¹³ Avsnitt 37.

¹¹⁴ Avsnitt 30.

¹¹⁵ Se avsnitt 37 in fine.

ansettelsesforhold, ikke gir «[n]oe bidrag til forståelsen av lønnsbegrepet i tjenestemannsloven § 3B».

Etter en gjennomgang av forarbeidene og relevant øvrig lovgivning, vektlegger retten igjen likebehandlingsprinsippet tungt. Dette kommer til uttrykk på flere måter. For det første, og foranlediget av bemanningsbyråets anførsel om at «bare ytelser som er knyttet opp til arbeidstiden» er inkludert i lønnsbegrepet, konstateres det at aml. § 14-12 a første ledd bokstav f ikke kan forstås så snevert som anførselen gir uttrykk for.¹¹⁶ Begrunnelsen er todelt; i tillegg til at begrepet 'utgiftsdekning' gir dekning for dette synspunktet, vil en slik forståelse av loven også «komme i strid med formålet om *reell likebehandling*».¹¹⁷ Retten argumenterer altså her for at bemanningsbyråets forståelse av loven i praksis vil medføre at innleide og direkte ansatte hos innleier ikke behandles likt. Dermed står formålsbetraktninger sentralt i denne sammenheng.

Den sterke gjennomslagskraften til likebehandlingsprinsippet vises også gjennom Høyesteretts bruk av reelle hensyn. Retten fremholder i avsnitt 40 at «de beste grunner» taler for at den typen reisetidsgodtgjørelse som den aktuelle saken dreier seg om må omfattes av likebehandlingsregelen, til tross for at forarbeidene forholder seg tause.

Med utgangspunkt i forarbeidene slutter retten i avsnitt 41 at disse taler for at likebehandlingsregelen skal favne vidt, der målet er å oppnå «reell likebehandling». Samtidig får konsekvensbetraktninger en sentral plass, idet det påpekes at reisetidsgodtgjørelse «ligger nokså tett opptil de eksemplene som etter forarbeidene skal omfattes».¹¹⁸ Av dette og hvordan de øvrige ytelsene har blitt fastlagt utleder retten at lovgiver ville inkludert reisetidsgodtgjørelse i lønnsbegrepet dersom spørsmålet hadde oppstått.¹¹⁹ Likebehandlingsprinsippet sterke gjennomslag understrekes også ved at retten påpeker at det ikke foreligger noen praktiske vansker ved en implementering av reisetidsgodtgjørelse i lønnsbegrepet, slik som ved inkludering av pensjon.¹²⁰

Avslutningsvis i argumentasjonen løftes igjen formålet om reell likebehandling frem som et argument som trekker i retning av at reisetidsgodtgjørelse må omfattes av lønnsbegrepet. Retten slår fast at dersom reisetidsgodtgjørelse ikke skulle være omfattet, ville dette i praksis medført at den innleide og direkte ansatte arbeidstakerne i praksis ville stått i ulik rettslig

¹¹⁶ Avsnitt 39.

¹¹⁷ Avsnitt 39. Min kursivering.

¹¹⁸ Avsnitt 41.

¹¹⁹ Avsnitt 41.

¹²⁰ Avsnitt 41.

posisjon.¹²¹ Den innleide ville dermed få enten lengre arbeidstid enn de som fikk innvilget avspasering i stedet for reisetidsgodtgjørelse eller mindre betalt enn de som fikk reisetidsgodtgjørelse.¹²²

Som utgangspunkt kan det argumenteres for at HR-2018-1037-A, som den eneste rettskilden som behandler spørsmålet om bonusordninger i form av selskapsbonus er omfattet av lønnsbegrepet, har stor rettskildemessig vekt ved fastsettelsen av om lignende ytelser er eller bør omfattes av lønnsbegrepet. Dette er til tross for at det må foretas en konkret vurdering av andre ytelser som ikke er eksplisitt nevnt i forarbeidene.¹²³

4.3.3 Ytelser under sykefravær og permisjoner

Forarbeidene er tause hva gjelder spørsmålet om ytelser under sykefravær og permisjoner skal være omfattet av lønnsbegrepet. Imidlertid er spørsmålet om lønnskompensasjon ved omsorgspermisjon er omfattet behandlet av Oslo tingrett i dommen TOSLO-2016-15486–TOSLO-2015-34731. Saken handler om to innleide arbeidstakere som ikke fikk innvilget lønnskompensasjon under lovfestet omsorgspermisjon etter aml. § 12-3 fordi bemanningsforetakene de var ansatt i mente at bestemmelsen ikke hjemlet dette. Retten kom til at lønnskompensasjon under omsorgspermisjon ikke omfattes av lønnsbegrepet.¹²⁴ Selv om manglende omtale i forarbeidene ikke var «et selvstendig argument for at omsorgspermisjon ikke er omfattet av lønnsbegrepet», begrunnet retten standpunktet med at ytelsen ikke hadde tilknytning til arbeid.¹²⁵

Juridisk litteratur virker å ikke være samstemt på dette punkt. Egeland argumenterer for at full lønn ved permisjoner (generelt) ikke anses å falle under «vederlag for arbeid» som følge av et «ytelse mot ytelse»-prinsipp.¹²⁶ Johansen stiller spørsmål ved om slike ytelser som springer ut av arbeidsforholdet, men ikke har tilknytning til arbeidet som sådan, bør omfattes.¹²⁷ Imidlertid tillegges likebehandlingsprinsippet stor vekt idet det konkluderes med at formålet om reell likebehandling taler for at det slike ytelser bør omfattes av lønnsbegrepet.¹²⁸ Når det gjelder ytelser under sykefravær, typisk ved dekning av ytelser som faller utenfor lønn og ytelser fra folketrygden, ser det ut til at likebehandlingsprinsippet får en avdempet rolle.

¹²¹ Avsnitt 42.

¹²² Avsnitt 42.

¹²³ Astrup (2018).

¹²⁴ TOSLO-2016-15486–TOSLO-2015-34731.

¹²⁵ TOSLO-2016-15486–TOSLO-2015-34731.

¹²⁶ Egeland (2017) s. 922.

¹²⁷ Johansen (2020) s. 667.

¹²⁸ Johansen (2020) s. 667.

Hovedsynspunktet virker her å være at slike ytelser faller utenfor lønnsbegrepet fordi ytelsen ikke samsvarer med et «ytelse mot ytelse»-prinsipp.¹²⁹

Spørsmålet er så om rettens betraktninger i relasjon til reisetidsgodtgjørelse i HR-2018-1037-A, herunder den tunge vektleggingen av likebehandlingsprinsippet, kan bidra til å fastlegge hvorvidt ytelser under sykefravær og permisjoner bør omfattes av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.

Hensynet til reell likebehandling av innleide arbeidstakere kan tale for at også ytelser under sykefravær og permisjoner skal være gjenstand for likebehandling. Motsatt vil innleide arbeidstakere ikke ha tilgang til de samme goder som direkte ansatte, til tross for at arbeidstakerne ved begge tilfeller vil være fraværende fra arbeidet og dermed yte «like lite». Eidsvaag argumenterer også for at hensynet til reell likebehandling trekker i retning av ytelsene er gjenstand for likebehandling.¹³⁰ Hun begrunner dette ytterligere med at en innleid arbeidstaker vil ha en *berettiget forventning* om at likebehandling mellom innleid arbeidstaker og direkte ansatte skal foreligge i løpet av innleieperioden.¹³¹

Imidlertid kan det ikke sies sikkert om likebehandlingsprinsippet får en like stor gjennomslagskraft ved vurderingen av dette spørsmålet som for spørsmålet om reisetidsgodtgjørelse. På denne punktet er det særlig to argumenter som løftes frem i den juridiske litteraturen. For det første argumenteres det for at det foreligger usikkerhet med hensyn til om departementet ville kommet til at slike ytelser er omfattet av lønnsbegrepet dersom spørsmålet hadde blitt vurdert.¹³² Eidsvaag peker i denne forbindelse på at forarbeidenes taushet omkring spørsmålet trekker i retning av at departementet *bevist* har utelatt å vurdere spørsmålet.¹³³ Hvorvidt det er grunnlag for å konstatere dette med utgangspunkt i Høyesteretts dom, kan imidlertid diskuteres; reisetidsgodtgjørelse var heller ikke nevnt uttrykkelig i forarbeidene, men retten kom som kjent til at departementet ville inkludert denne typen ytelse dersom spørsmålet hadde vært behandlet.¹³⁴ For det andre fremholder Eidsvaag, med grunnlag i at reisetidsgodtgjørelse har tilknytning til «en handling arbeidstaker foretar i *arbeidsgivers interesse*», at det er større likhet mellom reisetidsgodtgjørelse og de ytelser forarbeidene uttrykkelig har inkludert i lønnsbegrepet enn mellom sistnevnte ytelser og ytelser under sykefravær og permisjoner.¹³⁵ Til tross for at det foreligger forhold som kan begrunne at ytelser under sykefravær og

¹²⁹ Egeland (2017) s. 922, Skarning (2013) s. 129.

¹³⁰ Eidsvaag (2018) s. 2.

¹³¹ Eidsvaag (2018) s. 2.

¹³² Eidsvaag (2018) s. 2.

¹³³ Eidsvaag (2018) s. 2.

¹³⁴ Punkt 4.4.2.

¹³⁵ Eidsvaag (2018) s. 2. Min kursivering.

permisjoner ikke skal inkluderes i lønnsbegrepet, åpnes det opp for at avgjørelsen kan ha betydning ved fastsettelsen av hvorvidt andre ytelser kan være omfattet av begrepet.¹³⁶ Dette begrunnes med at rettens «prinsipielle tilnærming til problemstillingen» kan få betydning utover reisetidsgodtgjørelse.¹³⁷ Dette kan tas til inntekt for at nettopp den sterke vektleggingen av likebehandlingsprinsippet i denne sammenheng kan tale for at det er mest nærliggende å anta at ytelser under sykefravær og permisjon bør inkluderes i lønnsbegrepet.

4.3.4 Bonusordninger

Spørsmålet om bonusordninger er omfattet av lønnsbegrepet er sparsommelig behandlet i forarbeidene. Det fremgår likevel enkelte utgangspunkter av departementets vurdering og forslag i etterkant av høringsuttalelsene i forbindelse med lovforarbeidet til aml. § 14-12 a første ledd.¹³⁸ Departementet uttaler der at spørsmålet om «bonusprogrammer og lignende» skal omfattes av lønnsbegrepet og dermed være underlagt likebehandlingskravet er «vanskelig å gi et ubetinget svar på».¹³⁹ Avgjørende for hvorvidt bonusprogrammer og lignende ordninger omfattes er ifølge departementet at «vedkommende [innleid] ville ha krav på den aktuelle bonusen ved en direkte ansettelse hos innleier, sett hen til type arbeid, varighet av oppdraget/arbeidet o.l.»¹⁴⁰ Uttalelsen følges opp av en henvisning til rapporten til Kommisjonens ekspertkomité for gjennomføring av vikarbyrådirektivet fra 2011, og retten viser med dette at det der fremgår at bonuser, selv der de er prestasjonsrelaterte, skal omfattes av likebehandlingskravet.¹⁴¹ Departementet slår altså fast at det eksisterer et avgjørende moment for hvorvidt bonusordninger er omfattet av lønnsbegrepet i det enkelte tilfellet, men legger ingen videre føringer for hvilke momenter eller kriterier som ellers vil være av relevans. En nærmere begrunnelse for hvorfor bonuser er omfattet er heller ikke gitt. Dermed fremgår det heller ikke av forarbeidene hvilken vekt likebehandlingsprinsippet har hatt ved konklusjonen om at bonusordninger omfattes av lønnsbegrepet dersom den innleide ville hatt krav på dette ved direkte ansettelse hos innleier.

Med dette som et utgangspunkt er relevant rettspraksis interessant for hvorvidt bonusordninger er omfattet og hvilken vekt likebehandlingsprinsippet har i denne henseende. Spørsmålet om bonusordninger er omfattet av lønnsbegrepet er behandlet i dommen inntatt i HR-2020-2109-A, og dette er også den eneste gangen spørsmålet er kommet opp for norske domstoler. Dermed er denne praksisen høyst relevant for løsningen av denne oppgavens hovedproblemstilling. Det overordnede spørsmålet i saken var om to ansatte ved et bemanningsforetak hadde krav på

¹³⁶ Eidsvaag (2018) s. 2.

¹³⁷ Eidsvaag (2018) s. 2.

¹³⁸ Prop. 74 L (2011–2012) s. 56.

¹³⁹ Prop. 74 L (2011–2012) s. 56.

¹⁴⁰ Prop. 74 L (2011–2012) s. 56.

¹⁴¹ Prop. 74 L (2011–2012) s. 56.

selskapsbonus på lik linje med fast ansatte og lærlinger hos innleier, jf. aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. De to innleide arbeidstakerne fremmet krav om etterbetaling av bonus for en periode de var utleid til innleievirksomheten. For å fastslå om disse hadde krav på selskapsbonus på lik linje med fast ansatte og lærlinger hos innleier, måtte Høyesterett ta stilling til om selskapsbonus «i form av belønning for allerede utført innsats på gruppenivå faller inn under lønnsbegrepet i arbeidsmiljøloven § 14-12 a første ledd bokstav f».¹⁴² Retten kom enstemmig til at selskapsbonus er omfattet av lønnsbegrepet i aml. § 14-12a første ledd bokstav f.¹⁴³ Høyesterett anvendte dette på faktum i saken og kom i denne konkrete vurderingen til at de innleide arbeidstakerne hadde krav på selskapsbonus i henhold til aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.¹⁴⁴ I avsnitt 82 viste førstvoterende til at gjennomgangen av de relevante rettskildene tilsa at hvorvidt en ytelse er et vederlag for arbeid utgjør «kjernen i lønnsbegrepet». Så lenge ytelsen det er tale om er vederlag for arbeid, vil bonusordninger inkluderes i lønnsbegrepet – uavhengig av om den relevante bonusen er av individuell karakter eller om den ligger på gruppe- eller virksomhetsnivå, se samme avsnitt. Dermed er Høyesteretts tolkning og vektlegging av rettskildene interessant for diskusjonen om hvilken vekt likebehandlingsprinsippet har ved fastsettelsen av om selskapsbonus inngår i lønnsbegrepet.

Førstvoterende begynner sin argumentasjon i ordlyden i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f og konstaterer at ettersom hverken arbeidsmiljøloven eller andre norske lover har «noen enhetlig, generell definisjon av lønn», må det utvises varsomhet med å bruke lønnsbegrepet i andre lover som et tolkningsgrunnlag for å fastsette lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.¹⁴⁵ Som *eksempel* på lover som definerer lønnsbegrepet, viser retten til likestillings- og diskrimineringsloven § 34.¹⁴⁶ Men hverken denne eller andre lover får altså noen vekt ved vurderingen av om bonus inngår i lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. En tolkning av ordlyden ‘lønn’ gir heller ingen svar på om bonus er inkludert i lønnsbegrepet, selv om lønn assosieres med «vederlag som en arbeidsgiver betaler til en arbeidstaker for løpende personlig arbeidsinnsats». Høyesterett fremholder likevel at ettersom lønn anses som vederlag for arbeid, kan lønnsbegrepet omfatte bonus – gitt at bonusen «er ment å gi kompensasjon for arbeidsinnsats».¹⁴⁷ Med dette som bakgrunn vurderer retten så vikarbyrådirektivets betydning for problemstillingen.

¹⁴² Avsnitt 56.

¹⁴³ Avsnitt 82.

¹⁴⁴ Avsnitt 85 og 105. Høyesterett vurderte også spørsmålet om det var adgang til å gjøre fradrag for bonus under sykmelding og permittering, se avsnitt 87 flg. Dette spørsmålet er imidlertid ikke av relevans for hovedproblemstillingen i denne oppgaven. Jeg går derfor ikke nærmere inn på vurderingen av dette spørsmålet.

¹⁴⁵ Avsnitt 57.

¹⁴⁶ Avsnitt 57.

¹⁴⁷ Sitater hentet fra avsnitt 58.

I avsnitt 60 viser retten til at vikarbyrådirektivet artikkel 3 nr. 1 bokstav f uttrykker at grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår også omfatter lønn, og påpeker at artikkelen ikke definerer lønnsbegrepet og at det heller ikke er noen rettspraksis fra EU-domstolen der spørsmålet om hva lønnsbegrepet omfatter er behandlet. Dermed er artikkel 3 nr.1 bokstav f uten betydning med hensyn til om selskapsbonus inkluderes i lønnsbegrepet i vikarbyrådirektivet. Dette medfører at bestemmelsen heller ikke kan vektlegges ved tolkningen av aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Et ytterligere argument for at direktivet ikke kan benyttes i tolkningen, er at direktivet etter artikkel 3 nr. 2 ikke berører norsk rett med hensyn til å definere lønnsbegrepet.¹⁴⁸ Det vises til at både forarbeidene og HR-2018-1037-A slår fast at det er medlemsstatene selv som skal definere lønnsbegrepet.¹⁴⁹ Høyesterett finner heller ingen grunn til å anvende TEUV¹⁵⁰ artikkel 157 ved tolkningen.¹⁵¹ Med utgangspunkt i at det er opp til Norge som medlemsland å definere lønnsbegrepet og at det ikke finnes et enhetlig lønnsbegrep i Norge, finner retten ingen grunn til å tolke nærmere hverken EU-retten eller utenlandsk rett.¹⁵² Dermed er heller ikke EU-retten eller utenlandsk rett vektlagt i konklusjonen.

Så langt har vi sett at retten ikke har funnet noen konkret veiledning i hverken ordlyden eller vikarbyrådirektivet med sikte på å fastlegge hvorvidt selskapsbonus er omfattet, og at disse rettskildene ikke er tillagt noen vekt ved begrunnelsen for hvorfor selskapsbonus er omfattet av lønnsbegrepet. Dermed retter førstvoterende oppmerksomheten mot formålet med vikarbyrådirektivet og anvender dette som et tolkningsmoment.¹⁵³ Det vises i avsnitt 63 til at vikarbyrådirektivet artikkel 2 har et formål utover det å sikre vern av vikarer, og med grunnlag i forarbeidene slutter retten at Stortinget gjennom gjennomføringen av direktivet i norsk rett hadde et bredere siktemål enn det som fremgår av vikarbyrådirektivet artikkel 2. Arbeidsdepartementet påpekte i forarbeidene at det forelå et behov for å beskytte innleide arbeidstakere uavhengig av vikarbyrådirektivet og at innføringen av et likebehandlingsprinsipp ville forhindre at lavere lønnskostnader kunne motivere innleie av arbeidskraft.¹⁵⁴ Dette skulle også forhindre sosial dumping.¹⁵⁵ Retten refererer videre til forarbeidene og slutter fra disse at

¹⁴⁸ Avsnitt 60.

¹⁴⁹ Avsnitt 60.

¹⁵⁰ Den europeiske unions virkemåte.

¹⁵¹ Avsnitt 61. Bestemmelsen tilsvarer EØS-avtalen artikkel 69 som regulerer likebehandling av kvinner og menn med hensyn til lønn.

¹⁵² Avsnitt 62.

¹⁵³ Avsnitt 63 flg.

¹⁵⁴ Avsnitt 63–64.

¹⁵⁵ Avsnitt 64.

«[e]t uttalt mål var altså å hindre undergraving av målsettingen om et arbeidsmarked med hovedvekt på fast og direkte ansettelse av arbeidstakerne, og å sikre *reell* likestilling mellom fast ansettelse og innleie med hensyn til lønn».¹⁵⁶ [min kursivering]

Av dette utleder retten i avsnitt 64 at målene med vikarbyrådirektivet vil «være av betydning som tolkningsmoment» ved fastleggelsen av hvorvidt bonus er å anse som lønn i henhold til aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Dermed er det klart at likebehandlingsprinsippet tillegges vekt som et tolkningsmoment ved avgjørelsen av om bonus er lønn. Retten sier imidlertid ingenting om hvor *stor* betydning prinsippet har.

Dommer Matheson gjennomgår så forarbeidene Prop. 74 L (2011–2012) og omtaler disse i avsnitt 65 som «den sentrale kilden» for å kartlegge hva regelen om likebehandling nærmere går ut på. Etter å ha kartlagt relevansen av kilden, kommenteres vekten av den. Det vises til at betydningen av lovforarbeidene allerede er understreket i tidligere rettspraksis – i dommen inn tatt i HR-2018-1037-A.¹⁵⁷ Dermed kommenterer retten forarbeidenes vekt gjennom sin egen rettspraksis. I den nevnte dommen slår retten fast at den ikke oppfatter forarbeidenes gjennomgang av ulike typer ytelser som uttømmende og at begrepet ‘utgiftsdekning’ trekker i retning av at aml. § 14-12 a første ledd bokstav f «er ment å omfatte mer enn rent vederlag for arbeid».¹⁵⁸ Det er formålet om reell likebehandling av vikarer og fast ansatte som løftes frem som «styrende for avgrensningen» og at departementet følgelig ønsket at regelens anvendelsesområde skulle favne vidt.¹⁵⁹ Dommen nyanserer dette utgangspunktet i avsnitt 66 ved å vise til at lovgivningsteknikken i form av oppramsing av spesifikke lønns- og arbeidsvilkår «med tydelighet» viser at departementets intensjon ikke var å inkludere alle ytelser. Med grunnlag i dette tilbakeviser retten at lovgiver ønsket å inkludere alle ytelser fra arbeidsgiver slik tilfellet er i likestillings- og diskrimineringsloven.¹⁶⁰ Dette opprettholdes av dommer Matheson, der de innleides påstand om at lønnsbegrepet omfatter alle ytelser som en fast ansatt arbeidstaker mottar fra arbeidsgiver i kraft av arbeidsforholdet, tilbakevises.¹⁶¹

Retten viser så igjen til forarbeidene der det fremgår at ikke bare ytelser som har grunnlag i formelt bindende regler for virksomheten er omfattet av lønnsbegrepet, men at også «virksomhetsinterne og ensidige bestemmelser i personalhåndbøker eller fastlagte retningslinjer og rutiner for lønnsfastsettelse ved nyansettelser» har betydning for innleide arbeidstakeres lønns- og

¹⁵⁶ Avsnitt 64.

¹⁵⁷ Avsnitt 65.

¹⁵⁸ HR-2018-1037-A avsnitt 33.

¹⁵⁹ Avsnitt 65.

¹⁶⁰ Avsnitt 66.

¹⁶¹ Avsnitt 67.

arbeidsvilkår «så lenge de ikke er endret».¹⁶² Deretter gjennomgår retten departementets uttalelser om at utgangspunktet er at «alt vederlag for arbeid skal omfattes av lønnsbegrepet» og at begrepet omfatter både faste og uregelmessige tillegg.¹⁶³ Videre nevnes at opptjeningsmåten ikke er avgjørende, så lenge det er snakk om vederlag for arbeid.¹⁶⁴ Retten påpeker at begrepet også vil omfatte lønn basert på ansattes resultat eller prestasjon, dersom dette er «gjengs» avlønningsform der innleier jobber.¹⁶⁵

I avsnitt 70 slår retten fast at «[f]ra resultat- eller prestasjonsbaserte avlønningsformer, slik som akkord- og provisjonslønn, er det en glidende overgang til belønning i form av bonus i tillegg til grunnlønn». Videre understreker retten at høringsnotatet i denne forbindelse ikke berørte spørsmålet om bonus er inkludert i lønnsbegrepet, men at bl.a. Advokatforeningen tok til orde for at det ikke ville være riktig å omfatte individuelle bonuser «både av prinsipielle og praktiske grunner».¹⁶⁶ Retten slutter av dette at foreningens uttalelse var særlig myntet på bonusordninger av individuell karakter, og ikke de på gruppe- eller virksomhetsnivå.¹⁶⁷ Deretter gjengis departementets uttalelse der det med utgangspunkt i dette uttaler at det er vanskelig å gi et ubetinget svar på om «bonusprogrammer og lignende gjelder ved innleievirksomheten».¹⁶⁸

Høyesterett slutter av dette at det ikke er opplagt hvordan departementets uttalelse skal forstås, men at det kan sluttes at «enkelte former for bonus er omfattet av lønnsbegrepet».¹⁶⁹ Videre slås det fast at uttalelsen viser at departementet, i motsetning til Advokatforeningen, tok til orde for at også bonuser av individuell art skulle omfattes – gitt at den innleide arbeidstakeren ville ha rett til bonusen ved direkte ansettelse hos innleier.¹⁷⁰ Retten poengterer i avsnitt 73 at det vil foreligge et element av arbeid ved individuelle belønningssystemer som etter Advokatforeningens mening består av «jevnlige bonusvurderinger og særskilt oppfølging». Med dette tilbakevises de innleides påstand om at det faktisk at «vederlag for arbeid» ikke er nevnt i forarbeidene taler for at det er tilstrekkelig at de innleide ville hatt krav på dette ved fast ansettelse for at bonusen skal være gjenstand for likebehandling.¹⁷¹

¹⁶² Avsnitt 68.

¹⁶³ Avsnitt 69.

¹⁶⁴ Avsnitt 69. Departementets uttalelser er nærmere omtalt i punkt 4.3.1

¹⁶⁵ Avsnitt 69. Retten viser her til eksempler på dette; akkordlønn, provisjonslønn og fastlønn.

¹⁶⁶ Avsnitt 70.

¹⁶⁷ Avsnitt 71.

¹⁶⁸ Avsnitt 71. Departementets uttalelser i forarbeidene om hvorvidt bonusordninger er inkludert i lønnsbegrepet er behandlet innledningsvis i punkt 4.5.2. Da retten gjengir nettopp disse uttalelsene i avsnitt 71, vises det her til denne redegjørelsen.

¹⁶⁹ Avsnitt 72.

¹⁷⁰ Avsnitt 72.

¹⁷¹ Avsnitt 73.

Ut fra departementets vurderinger slutter retten at det er mye som taler for at det ikke var bonusordninger på gruppe- eller virksomhetsnivå departementet siktet til.¹⁷² Samtidig understrekes det at uttalelsen ikke stenger for at også slike bonuser kan omfattes av lønnsbegrepet dersom de er vederlag for arbeid; det finnes ikke holdepunkter for at departementets syn ikke får anvendelse også for disse.¹⁷³

Etter redegjørelsen over, kan det argumenteres for at forarbeidene tillegges en viss vekt ved fastsettelsen av om selskapsbonus er omfattet av lønnsbegrepet. Gjennom sin egen rettspraksis viser Høyesterett at likebehandlingsprinsippet har hatt en ledende rolle ved vurderingen av spørsmålet om hvilke ytelser som omfattes av lønnsbegrepet. Dette kommer særlig til uttrykk når Høyesterett viser til HR-2018-1037-A, hvor forarbeidenes vektlegging av formålet om reell likebehandling av innleide og direkte ansatte er fremtredende. I denne sammenheng vektlegges både departementets *uttalelse* om at individuelle bonuser omfattes og *tausheten* om hvorvidt selskapsbonus er omfattet.

Når det gjelder betydningen av annen rettspraksis, fastslår retten i avsnitt 75 at «det er av en viss interesse» at Arbeidsretten i en sak hadde kommet til at en selskapsbonusordning hadde «klart karakter av å være en ordning for vederlag for utført arbeid». Til tross for at saken dreiet seg om et annet hovedspørsmål enn i foreliggende sak, slutter retten at Arbeidsrettens konklusjon støtter standpunktet at bonusordning på selskapsnivå kan være vederlag for arbeid.¹⁷⁴

Avslutningsvis drøfter Høyesterett de reelle hensyn som taler for og imot inkludering av selskapsbonus i lønnsbegrepet. Retten fremholder at ved avgjørelsen av spørsmålet «vil målsetningen om å oppnå reell likestilling mellom avlønningen av fast ansatte og innleide være av betydning som tolkningsmoment».¹⁷⁵ Dette kommer videre til syne i avsnitt 77. Der argumenterer Høyesterett for at en snever definisjon av lønn der selskapsbonus ikke omfattes vil medføre et press på den norske hovedregelen om fast og direkte ansettelse. Videre sies det at bemanningsbyråets anførsel om at faren for omgåelse er liten som følge av gjennomskjæringsbetraktninger og tillitsvalgte og fagforeningers lovbestemte rettigheter etter arbeidsmiljøloven ikke kompenserer for dette. Retten fremhever videre viktigheten av at likebehandling vil stimulere arbeidsmarkedet til å kun benytte innleie der det foreligger et reelt behov for fleksibiliteten som ligger i dette instituttet. Dersom selskapsbonus ikke skulle omfattes, vil dette medføre «et økonomisk incitament til innleie og bryte med likebehandlingsprinsippet».¹⁷⁶ Samtidig løftes

¹⁷² Avsnitt 74.

¹⁷³ Avsnitt 74.

¹⁷⁴ Avsnitt 75.

¹⁷⁵ Avsnitt 76. Dette gjelder ifølge Høyesterett både ved tolkningen av loven og i den konkrete vurderingen i saken, jf. samme avsnitt.

¹⁷⁶ Avsnitt 77.

hensynet til «et oversiktlig og kontrollerbart lønnsbegrep» opp som et argument for at selskapsbonus skal omfattes.¹⁷⁷

Foranlediget av bemanningsbyråets anførsel om at inkludering av selskapsbonus i lønnsbegrepet vil medføre «praktiske problemer, betydelige kostnader og administrative byrder», anerkjenner retten at inkludering av bonusordninger vil føre til «et visst merarbeid for utleieselskapene».¹⁷⁸ Imidlertid tillegges dette hensynet liten vekt; retten poengterer at selskapsbonus innvilges etter «objektive kriterier»¹⁷⁹ og at merarbeid for vikarbyrået ikke er tilstrekkelig for at en slik ytelse ikke skal være gjenstand for likebehandling.¹⁸⁰ Samtidig påpekes det i avsnitt 80 at det ikke vil eksistere praktiske problemer i form av beregning og utbetaling av bonus i *enhver* innleiesituasjon; likebehandlingskravet strekker seg kun så langt den innleide ville hatt krav på selskapsbonus som direkte ansatt fordi vilkårene for å opptjene dette ville vært til stede. De administrative byrdene ved inkludering av selskapsbonus vil dermed «begrenses tilsvarende».¹⁸¹ Også eventuelle utfordringer i tilbudsfasen vil kunne løses ved at bemanningsforetaket kan ta forbehold frem til innleier deler relevante opplysninger i tråd med aml. § 14-12 b eller ved utøvelse av solidaransvaret etter aml. § 14-12 c.¹⁸²

Høyesteretts anvendelse av reelle hensyn kan tas til inntekt for at likebehandlingsprinsippet tillegges betydelig vekt ved løsningen av spørsmålet om bonusordninger omfattes av lønnsbegrepet. Dette kommer til uttrykk gjennom Høyesteretts anvendelse av ulike rettskildedefaktorer i tolkningen. Det er særlig kombinasjonen av formålet med vikarbyrådirektivet og reelle hensyn som taler for dette. Høyesterett uttaler ikke eksplisitt hvilken vekt reelle hensyn har i denne sammenheng, men ettersom de reelle hensyn som taler *for* inkludering av selskapsbonus i lønnsbegrepet er sammenfallende med formålene bak vikarbyrådirektivet¹⁸³, kan det argumenteres for at også reelle hensyn får tilsvarende vekt som sistnevnte, jf. ordlyden «vil være av betydning». Dette trekker igjen i retning av at likebehandlingsprinsippet får forrang for hensynet til praktiske utfordringer ved inkludering av selskapsbonus. Også konklusjonen i den konkrete saken taler for at vekten av likebehandlingsprinsippet tillegges tilsvarende stor vekt; retten understreker at subsumsjonen «[gir] mer eller mindre seg selv».¹⁸⁴ Dette viser at det ikke hersker noen tvil om hva som er riktig konklusjon med grunnlag i premissene.

¹⁷⁷ Avsnitt 77.

¹⁷⁸ Avsnitt 79.

¹⁷⁹ Jf. aml. § 14-12 b første ledd, avsnitt 79.

¹⁸⁰ Avsnitt 79.

¹⁸¹ Avsnitt 80.

¹⁸² Avsnitt 81.

¹⁸³ Punkt 3.2.

¹⁸⁴ Avsnitt 84.

Spørsmålet om bonusordninger er inkludert i lønnsbegrepet er kommentert i juridisk litteratur. Fougner viser til forarbeidene og slår fast at det avgjørende er om den innleide ville ha krav på dette dersom det forelå direkte ansettelse hos innleier «sett hen til type arbeid, varighet av oppdraget mv».¹⁸⁵ Deretter uttales det at det ikke er «særlig tvilsomt» at en slik regel vil føre til «en administrasjonsmessig merbelastning for bemanningsforetakene i lønnsberegningen og -utbetalingen».¹⁸⁶ Synspunktet later til å være en kritikk av lovgivers konklusjon om at bonusordninger omfattes av lønnsbegrepet og kan leses som et uttrykk for at praktiske hensyn bør tillegges (større) vekt ved spørsmålet om bonusordninger er inkludert i lønnsbegrepet. Johansen kommer til samme *konklusjon*, nemlig at likebehandlingsprinsippet fører til at innleide arbeidstakere har krav på bonus «sett hen til typen arbeid og varigheten av dette», forutsatt at det eksisterer en «praksis for å utbetale bonus».¹⁸⁷ Han kommenterer imidlertid ikke begrunnelsen for eller hensiktsmessigheten av dette, noe som kan tale for at likebehandlingsprinsippet vektlegges sterkt i tråd med forarbeidene. Egeland fremholder imidlertid på sin side at selskapsbonuser i motsetning til individuelle bonuser ikke er omfattet, og begrunner dette med at det gjelder et «ytelse mot ytelse»- prinsipp ved fastleggelsen av lønnsbegrepet.¹⁸⁸ Dermed synes det at Egeland ikke vektlegger likebehandlingsprinsippet i sin konklusjon.

4.3.5 Alminnelige og syntetiske aksjeprogrammer

Forskjellige aksjeprogrammer der arbeidstakere kan engasjere seg på eiersiden av selskapet de er ansatt i med mål om å tjene på fremtidig aksjestigning har blitt løftet frem som eksempler på ordninger som ennå ikke har en klar status med hensyn til om de omfattes av lønnsbegrepet.¹⁸⁹ Jetlund har argumentert for at det ikke er utelukket at slike ytelser kan være omfattet av lønnsbegrepet, ettersom forarbeidene fastslår at også naturalytelser er omfattet, og at dette sammen med Høyesteretts argumentasjon i HR-2020-2109-A trekker i samme retning.¹⁹⁰ Han har videre påpekt at det foreligger likheter mellom bonusordninger og aksjekjøpsprogrammer som også kan tale for det samme, ettersom begge ytelsene tar sikte på å motivere arbeidstakerne til å yte mer, mot en belønning i form av bonus eller verdistigning.¹⁹¹ På den andre siden er det fremhevet at det kan foreligge forskjeller mellom ytelsene som taler imot at aksjeprogrammer bør

¹⁸⁵ Fougner (2018) s. 758.

¹⁸⁶ Fougner (2018) s. 758.

¹⁸⁷ Johansen (2020) s. 666.

¹⁸⁸ Egeland (2017) s. 922. Skarning (2013) s. 125 tar også utgangspunkt i ytelse mot ytelse-prinsippet og uttaler at bonus som er knyttet til innsatsen som arbeidstaker har ytt vil være vederlag for arbeid og dermed underlagt likebehandling. Det fremgår av sammenhengen at bonusordningen må stå i relasjon til ytelsen den ansatte yter for at bonusen skal være lønn. Se også Keiserud (2013) som peker i samme retning.

¹⁸⁹ Jetlund (2020).

¹⁹⁰ Jetlund (2020). Forutsetningen er riktignok at ytelsene er å anse som «vederlag for arbeid», se samme verk.

¹⁹¹ Jetlund (2020).

inkluderes i lønnsbegrepet. Jetlund skriver i denne sammenheng at det «vil... kunne være store underliggende forskjeller mellom bonusordninger og ulike aksjekjøpsordninger».¹⁹² Eksempelvis vil bonusordninger variere fra år til år, mens aksjeordninger «ofte er underlagt et mer langsiktig perspektiv».¹⁹³ Samtidig vises det til at verdistigningen ikke nødvendigvis er en konsekvens av det arbeid innleide utfører; den kan skyldes aksjekursen alene slik at den ikke kan regnes som vederlag for arbeid.¹⁹⁴

Praktiske vanskeligheter med å inkludere alminnelige aksjeprogrammer i lønnsbegrepet synes å vektlegges tungt ved bedømmelsen av om aksjeprogrammene omfattes. Jetlund skriver at konsekvensene av en innlemmelse vil være «store» og «langt mer betydelige enn de praktiske konsekvensene ved å inkludere selskapsbonuser».¹⁹⁵ Det vises i denne forbindelse til at bemanningsforetaket, i kraft av å være pliktsubjekt i henhold til aml. § 14-12 a første ledd, ikke har mulighet til å sørge for at aksjeprogrammet etterlevs ettersom dette er noe som innleier selv forvalter.¹⁹⁶ Dette vil ifølge Jetlund fordre at bemanningsforetaket og innleier samarbeider slik at sistnevnte både aksepterer og medvirker til at innleide behandles likt med hensyn til aksjeprogrammet.¹⁹⁷ I denne situasjonen vil det kunne oppstå ytterlige praktiske vanskeligheter, uten at det presiseres hva slags vanskeligheter det er tale om.¹⁹⁸ Likebehandlingsprinsippets tyngde kommenteres ikke eksplisitt av Jetlund, men det fremgår av den sterke vektleggingen av praktiske hensyn at hensynet til likebehandling får en perifer rolle i denne sammenheng.

Jetlund konkluderer med at det på generelt grunnlag ikke kan sies noe om aksjeprogrammer inkluderes i lønnsbegrepet, ettersom forskjellene mellom programmene er store.¹⁹⁹ Det presenteres i denne sammenheng to ytterpunkter; de tilfellene der aksjeprogrammene fungerer som en kompensasjon for at konkurransedyktig lønn ikke kan ytes av arbeidsgiver og de tilfellene der aksjeprogrammene ikke omfattes av de samme hensyn som for eksempel pensjon ikke omfattes.²⁰⁰ I de førstnevnte tilfellene vil aksjeprogrammene anses å være «vederlag for arbeid» og følgelig være «i kjernen av lønnsbegrepet».²⁰¹

¹⁹² Jetlund (2020).

¹⁹³ Jetlund (2020).

¹⁹⁴ Jetlund (2020).

¹⁹⁵ Jetlund (2020).

¹⁹⁶ Jetlund (2020).

¹⁹⁷ Jetlund (2020).

¹⁹⁸ Jetlund (2020).

¹⁹⁹ Jetlund (2020).

²⁰⁰ Jetlund (2020).

²⁰¹ Jetlund (2020). Keiserud har lagt til grunn at aksjeprogrammer ikke kan anses å være vederlag for arbeid og at de følgelig faller utenfor lønnsbegrepet, se Keiserud (2013). Begrunnelsen er at ytelsen er å anse som en avledet konsekvens av ansettelsesforholdet og dermed heller ikke «vederlag for arbeid», se samme verk.

Selv om hensynet til praktiske vansker med inkludering av aksjeprogrammer veier tungt ved *alminnelige* aksjeprogrammer, viser uttalelser i juridisk litteratur at det ikke nødvendigvis er tilfelle for *syntetiske*²⁰² aksjeprogrammer. Jetlund skriver at til tross for at syntetiske aksjeprogrammer i stor grad likner på bonusordninger som ikke er knyttet til arbeidsytelse fra den ansatte og dermed kan falle utenfor lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f, vil disse være «lettere å håndtere» enn de alminnelige aksjeprogrammene.²⁰³ Dette begrunnes med at de praktiske vanskeligheter som er forbundet med de alminnelige aksjeordningene ikke er like fremtredende.²⁰⁴ At hensynet til praktiske vansker ikke veier like tungt i vurderingen av om syntetiske aksjeprogrammer omfattes, kan tale for at likebehandlingsprinsippet får større betydning ved denne vurderingen enn ved spørsmålet om *alminnelige* aksjeprogrammer omfattes.

Med utgangspunkt i Høyesteretts uttalelse om at merarbeid ikke er tilstrekkelig grunnlag for å si at bonusprogrammer ikke omfattes av lønnsbegrepet, kan det argumenteres for at et slikt merarbeid som Jetlund skisserer ikke vil kunne begrunne ekskludering av alminnelige aksjeprogrammer fra lønnsbegrepet. Samtidig er det nettopp bemanningsbyråets manglende *mulighet* til å etterleve en praksis med tildeling av aksjeprogrammer som den juridiske teorien løfter frem som en skranke for at slike ytelser kan inkluderes. Det kan dermed argumenteres for at det ikke er en *automatikk* i at samme betenking kan legges til grunn ved bedømmelsen av om alminnelige aksjeprogrammer er omfattet av lønnsbegrepet. Til tross for at Høyesterett tiller praktiske hensyn liten vekt ved bedømmelsen av om bonusordninger omfattes av lønnsbegrepet, kan situasjonen dermed være annerledes for spørsmålet om alminnelige aksjeprogrammer omfattes. Som et argument mot dette fremgår det, som vi har sett, av forarbeidene at det avgjørende vil være om ytelsen er «vederlag for arbeid». Dersom det er klart at et aksjeprogram *er* nettopp det, oppstår imidlertid spørsmålet om i hvilken grad et slikt utgangspunkt kan fravikes fordi hensynet til praktiske utfordringer taler for det motsatte. Øvrig juridisk litteratur under punkt 4.5.2 svarer ikke konkret på dette spørsmålet. Imidlertid skriver Skarning i forbindelse med forarbeidenes unntak av pensjon at «*store* praktiske utfordringer» kan være et forhold som kan benyttes som «et tolkningsmoment overfor visse andre ordninger også» og nevner forsikringsordninger som en ordning.²⁰⁵ Dermed kan det tenkes at samme terskel kan benyttes i relasjon til alminnelige aksjeprogrammer også. Det kan imidlertid diskuteres om en etablering av en slik skjønsmessig terskel vil kunne skape utfordringer i grensetilfeller.

²⁰² Med syntetiske aksjeprogrammer menes at de ansatte får syntetiske aksjer eller opsjoner i selskapet de er ansatt i, slik at de kan ta del i en eventuell verdistigning, uten at disse selv blir eiere i selskapet, se Jetlund (2020).

²⁰³ Jetlund (2020).

²⁰⁴ Jetlund (2020).

²⁰⁵ Skarning (2013) s. 125. Min kursivering.

Når det gjelder de syntetiske aksjeprogrammene taler samlet sett argumentasjonen i HR-2020-2109-A og juridisk litteratur for at slike aksjeprogrammer trolig vil kunne omfattes av lønnsbegrepet. Ettersom det foreligger færre praktiske vanskeligheter ved inkludering av syntetiske aksjeprogrammer i lønnsbegrepet kontra alminnelige aksjeprogrammer, vil det også foreligge mindre merarbeid for bemanningsbyråene og innleier. Den høye terskelen som synes etablert i HR-2020-2109-A for at merarbeid skal kunne tale for ekskludering av selskapsbonus fra lønnsbegrepet, vil kunne være gjeldende også i relasjon til syntetiske aksjer. Med andre ord: de samme praktiske hensynene vil være av betydning også i relasjon til syntetiske aksjeprogrammer. I denne forbindelse kan lovgivers uttalelse om at det eksisterer et behov for å beskytte innleide uavhengig av vikarbyrådirektivet tjene som et ytterligere argument som taler for inkludering av syntetiske aksjeprogrammer i lønnsbegrepet. Når behovet for beskyttelse på generell basis er så sterkt, vil dette sammenholdt med det faktum at det ved syntetiske aksjeprogrammer foreligger færre praktiske utfordringer enn ved alminnelige aksjeprogrammer, trekke sterkt i retning av at syntetiske aksjeprogrammer bør omfattes av lønnsbegrepet. Dette vil også skape forutsigbarhet for den innleide.

4.3.6 Pensjon

På side 56 i Prop.74 L (2011–2012) diskuterer Arbeidsdepartementet hvorvidt pensjon skal omfattes av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Departementet foreslår der at pensjon ikke skal omfattes av begrepet 'lønn'.²⁰⁶ Det refereres til at departementet foreslo det samme forut for høringsrunden om innføring av likebehandlingskravet i aml. § 14-12 a første ledd. Synspunktet var da begrunnet med at dersom pensjon skulle omfattes av lønnsbegrepet, ville dette «medføre store praktiske utfordringer» og at dette «dessuten [ville] ha en uavklart side til pensjonslovene».²⁰⁷ Som støtte for dette standpunktet vises det til høringsrunden der departementets lovforslag ble kommentert av en rekke arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner. Det sentrale momentet som trekkes ut av høringsuttalelsene er at alle arbeidsgiverorganisasjonene og «flere av» arbeidstakerorganisasjonene «har gitt uttrykk for forståelse for dette synet».²⁰⁸ Dermed er argumentasjonen til arbeidslivsorganisasjonene av interesse for departementets konklusjon om at pensjon bør falle utenfor lønnsbegrepet.

Det fremgår av proposisjonen at arbeidsgiverorganisasjonene Virke og NHO, samt arbeidstakerorganisasjonen Akademikerne var enige i departementets forslag om at pensjon skulle falle

²⁰⁶ Se også Prop. 74 L (2011–2012) s. 106 der det uttrykkelig er sagt at likebehandlingskravet ikke inkluderer innleiers pensjonsordning.

²⁰⁷ Prop. 74 L (2011–2012) s. 56.

²⁰⁸ Prop. 74 L (2011–2012) s. 56.

utenfor lønnsbegrepet, uten at dette var nærmere begrunnet.²⁰⁹ Tausheten om begrunnelsen for enigheten kan tolkes slik at organisasjonene kom til denne konklusjonen på samme grunnlag som departementet, nemlig praktiske årsaker og en uvisshet om hvilken relasjon en innlemmelse av pensjon i lønnsbegrepet ville ha til den eksisterende pensjonslovgivningen. Arbeidsgiverorganisasjonen KS erklærte seg også enig med departementets vurdering, og begrunnet dette med at «det vil kunne være svært komplisert å finne hensiktsmessige ordninger».²¹⁰ I forlengelsen av dette påpekte KS at de tjenestepensjonsordninger som følger av avtalene som KS er part til ikke får anvendelse som følge av at det ikke vil foreligge ansettelsesforhold.²¹¹

Arbeidstakerorganisasjonen NITO var imidlertid av en annen oppfatning, og mente følgelig at pensjon bør omfattes av lønnsbegrepet. Det heter på side 48 i forarbeidene «...at det er viktig at lønnsbegrepet inkluderer alle elementer, herunder [...] verdien av en god pensjonsordning». Noen nærmere begrunnelse for synspunktet fremgår ikke av forarbeidene. Når det gjelder arbeidstakerorganisasjonene YS, LO og Unio, er deres argumentasjon mer nyansert. Alle disse organisasjonene anerkjente at det *eksisterer* praktiske og rettslige utfordringer ved å innlemme pensjon i lønnsbegrepet, men var av ulik oppfatning når det gjaldt konklusjonen om hvorvidt pensjon bør omfattes. LO foreslo at departementet bør utrede om det finnes praktisk løsning på utfordringen.²¹² Unio ønsket på sin side at både arbeidsmiljøloven og pensjonslovgivningen skulle tilpasses slik at den omfatter pensjon som en lønnsytelse.²¹³ Sistnevnte organisasjon begrunnet sitt syn med at likebehandlingsprinsippet ellers ikke ville ha noen realitetsvirkning.²¹⁴

Når det gjelder YS' standpunkt til spørsmålet, fremgår det av side 48 i proposisjonen at de støttet departementets forslag, men mente at det var «uheldig, særlig ved lange vikariater, at pensjon ikke omfattes av lønnsbegrepet». Som argument for at pensjon burde omfattes, ble det påpekt at «pensjon er en vesentlig kostnad i mange ansettelsesforhold» og særlig innenfor offentlig sektor.²¹⁵ YS fremsatte i lys av dette et ønske om at spørsmålet om pensjonslovene kunne tilpasses burde utredes. Organisasjonen fremhevet to argumenter som talte imot en innlemmelse av pensjon i lønnsbegrepet.²¹⁶ For det første ville det være utfordrende for vikarbyråene å forvalte ulike pensjonsordninger for ulike vikarer. For det andre viste organisasjonen til at det ikke fantes støtte i pensjonslovgivningen for å inkludere pensjon.

²⁰⁹ Prop. 74 L (2011–2012) s. 56.

²¹⁰ Prop. 74 L (2011–2012) s. 49.

²¹¹ Prop. 74 L (2011–2012) s. 49.

²¹² Prop. 74 L (2011–2012) s. 47.

²¹³ Prop. 74 L (2011–2012) s. 48.

²¹⁴ Prop. 74 L (2011–2012) s. 48.

²¹⁵ Prop. 74 L (2011–2012) s. 48.

²¹⁶ Prop. 74 L (2011–2012) s. 48.

Uttalelsene over viser at organisasjonene har foretatt en forholdsvis grundig diskusjon av de hensyn som taler for og imot likebehandling av pensjon og at likebehandlingsprinsippet har hatt stor betydning for særlig arbeidstakerorganisasjonenes konklusjon om at pensjon bør være gjenstand for likebehandling. Det fremste eksempelet på at likebehandlingsprinsippet ble tillagt stor vekt av arbeidstakerorganisasjonene i høringsrunden, er Unios uttalelse om at likebehandlingsprinsippet ikke vil få reelt gjennomslag dersom pensjon ikke omfattes av lønnsbegrepet. Også NITOs argumentasjon trekker i samme retning, jf. uttalelsen over om at «alle elementer» bør omfattes av lønnsbegrepet.

Forarbeidene viser at departementet tar *i betraktning* at arbeidstakerorganisasjonenes syn om at det bør legges til rette for at pensjon anses som lønn. På side 56 i proposisjonen løfter således departementet frem at flere arbeidstakerorganisasjoner har bedt om at myndighetene enten utreder spørsmålet om pensjon kan omfattes av lønnsbegrepet, eller foretar tilpasninger i lovgivningen med sikte på å innlemme pensjon i lønnsbegrepet. Likevel får prinsippet tilnærmet ingen vekt i departementets konklusjon. Til tross for høringsinstansenes argumenter *for* innlemmelse av pensjon i lønnsbegrepet, viser departementet nemlig at det likevel står fast ved at en slik løsning ikke er aktuell. På side 56 i proposisjonen heter det at inkludering av pensjon vil

«[...] innebære for store praktiske problemer, betydelige kostnader og administrative byrder. Det vil bryte grunnleggende med gjeldende lovgivning om tjenstepensjon, som krever at alle de ansatte i en virksomhet skal ha samme pensjonsordning, og nødvendigvis gjør endringer i dagens lovgivning om tjenstepensjon.»

Departementet legger altså stor vekt på de praktiske vanskelighetene innlemming av pensjon i lønnsbegrepet vil medføre og at dette også vil medføre økonomiske og administrative vansker. Etter departementets mening utgjør en slik innføring brudd på eksisterende pensjonslovgivning, noe som nødvendigvis gjør lovendringer. Departementet understreker videre at det i henhold til gjeldende pensjonslovgivning ofte stilles krav til en opptjeningstid som varer lenger enn selve innleieforholdet varer.²¹⁷ Dette underbygger at det er de praktiske utfordringene som får størst oppmerksomhet ved avgjørelsen av om pensjon bør falle utenfor lønnsbegrepet. Likebehandlingsprinsippet får dermed en mer avsidesliggende rolle i argumentasjonen.

Som endelig støtte for sitt synspunkt, viser departementet til at ansatte ved vikarbyråer gjennom ansettelsesforholdet har krav på «(obligatorisk) tjenstepensjon» og at vikarbyrået i kraft av sin rolle som arbeidsgiver plikter å sørge for at de ansatte innvilges dette.²¹⁸ Uttalelsen kan tolkes slik at departementet mener at det i praksis ikke er behov for at pensjon skal være omfattet av

²¹⁷ Prop. 74 L (2011–2012) s. 56.

²¹⁸ Prop. 74 L (2011–2012) s. 56.

likebehandlingen, da de ansatte uansett er sikret tjenestepensjon i ansettelsesforholdet. Dermed fremgår det implisitt av argumentet at likebehandling av pensjon anses som «overflødig», slik at likebehandlingsprinsippet veier svakt i argumentasjonen.

Spørsmålet om pensjon er omfattet av lønnsbegrepet er ikke behandlet i rettspraksis. Imidlertid er problemstillingen omtalt i juridisk litteratur. Konklusjonen er i all hovedsak i overensstemmelse med departementets konklusjon, idet det vises enten direkte eller indirekte til forarbeidene som stadfester at pensjon ikke omfattes av lønnsbegrepet.²¹⁹ Det er også departementets vurderinger som gjengis enten direkte eller indirekte når det gjelder begrunnelsen for at pensjon faller utenfor lønnsbegrepet.²²⁰ At den juridiske litteraturen nøyer seg med å kun vise til departementets begrunnelse, uten å problematisere dette nærmere, kan tolkes slik at mange teoretikere også tiltrer departementets begrunnelse. Dermed trekker dette i retning av at likebehandlingsprinsippet får tilsvarende liten vekt ved fastsettelsen av konklusjonen i juridisk litteratur.

Johansen kommenterer rettstilstanden slik den er og slår fast, slik også øvrig juridisk litteratur gjør, at «[p]ensjon er klart unntatt fra likebehandlingsprinsippet i det norske regelverket».²²¹ Johansen går imidlertid ett skritt lengre og presenterer en vurdering av hvordan rettstilstanden bør være med utgangspunkt i begrunnelsen departementet gir for sin konklusjon. Etter å ha gjengitt departementets begrunnelse om at inkludering av pensjon i lønnsbegrepet vil medføre «store problemer, betydelige kostnader og administrative byrder», fremholder Johansen at begrunnelsen ikke er tilstrekkelig.²²² På side 667 i «Arbeidsmiljøloven: praksis og kommentarer» heter det således at «[b]egrunnelsen treffer imidlertid ikke alle andre avledede ytelser, og [spørsmålet] bør besvares ut fra formålet med reglene.»

At begrunnelsen ikke er dekkende for andre avledede ytelser kan tolkes som et uttrykk for at konsekvenshensyn bør få en fremtredende rolle ved fastsettelsen av hvorvidt pensjon bør innlemmes i lønnsbegrepet eller ikke. Med andre ord: departementets begrunnelse for at pensjon ikke omfattes av lønnsbegrepet, må kunne få anvendelse for *andre* ytelser som er av avledet art. For å besvare spørsmålet, er det videre ifølge Johansen viktig å se hen til *formålet* med reglene om likebehandling av innleide og direkte ansatte arbeidstakere. Det heter i hans fremstilling at

«[h]ovedformålet med likebehandling er å verne innleide arbeidstakere. Gode grunner tilsier ut fra formålsbetraktninger at vederlag for arbeid må omfatte ytelser som springer

²¹⁹ Se bl.a. Skjønberg (2017) s. 167, Fougner (2018) s. 758 – 759 og Egeland (2017) s. 922.

²²⁰ Se bl.a. Skjønberg (2017) s. 167, Fougner (2018) s. 758 – 759 og Egeland (2017) s. 922.

²²¹ Johansen (2020) s. 667.

²²² Johansen (2020) s. 667.

ut fra at det foreligger et arbeidsforhold, slik at likebehandlingen blir mest mulig reell. Et annet formål med reglene om innleie fra bemanningsforetak er å sikre en viss fleksibilitet for arbeidsgiver ved å kunne leie inn arbeidskraft som et alternativ til midlertidig ansettelse. Det ligger imidlertid ikke innenfor formålet at arbeidskraften som sådan skal være billigere, og reglene skal ikke bidra til å undergrave hovedregelen om fast ansettelse.»²²³

Manglende likebehandling av pensjon vil altså ifølge Johansen medføre billigere arbeidskraft, ettersom arbeidsgiver ikke er forpliktet til å sørge for at egne arbeidstakere får den samme pensjonen som direkte ansatte arbeidstakere hos innleier. I praksis kan den pensjonen innleide arbeidstakerne får, tilsvare et lavere beløp enn pensjonen direkte ansatte får hos innleier. En slik praksis vil dermed dra formålet om fleksibilitet for langt. Det er likevel målet om å beskytte innleide arbeidstakere som virker å være utslagsgivende for Johansens innvendinger mot å utelate pensjon fra lønnsbegrepet. Uttalelsen i forrige avsnitt gir uttrykk for et ønske om å sikre *en reell* likebehandling, noe som ifølge Johansen oppnås dersom pensjon – i kraft av å være en ytelse «som springer ut fra at det foreligger et arbeidsforhold» – omfattes av lønnsbegrepet. En antitetisk tolkning av dette tilsier at departementets konklusjon vil medføre at målet om likebehandling for å sikre beskyttelse av de innleide arbeidstakerne forblir illusorisk.

Det kan med grunnlag i det som fremgår av juridisk litteratur utledes at litteraturen vektlegger likebehandlingsprinsippet nokså ulikt ved fastsettelsen av hvorvidt pensjon er omfattet eller bør omfattes av lønnsbegrepet. Mens flere kilder viser at prinsippet får tilnærmet ingen betydning, viser Johansens argumentasjon at likebehandlingsprinsippet får avgjørende betydning ved løsningen av spørsmålet. I motsetning til departementets argumentasjon, får de praktiske og lovtekniske vanskelighetene ved å innlemme pensjon i lønnsbegrepet ingen vekt i argumentasjonen til den sistnevnte teoretikeren.

4.3.7 Pensjonslignende ytelser

Hvilken vekt likebehandlingsprinsippet får ved fastleggelsen av hvorvidt pensjon omfattes av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f kan ha betydning for spørsmålet om andre ytelser av lignende karakter vil kunne inkluderes i lønnsbegrepet. I den forbindelse er likebehandlingsprinsippet relasjon til andre relevante faktorer ved fastsettelsen interessant. Som vi har sett, har departementet lagt stor vekt på de praktiske utfordringer inkludering av pensjon vil medføre og at en slik rettslig regulering ikke vil være i tråd med den pensjonslovgivning som gjelder. At øvrig pensjonslovgivning ikke åpner for en praksis der også pensjon er gjenstand for likebehandling, virker i denne sammenheng som en skranke for likebehandlingsprinsippet.

²²³ Johansen (2020) s. 667.

Dermed får hensynet til sammenheng og harmoni mellom (eksisterende) lovgivning forrang for likebehandlingsprinsippet. Det kan utledes av dette at spørsmålet om en pensjonslignende ytelse faller inn under lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f vil kunne være avhengig av hvilke grenser eksisterende relevant regelverk setter. Dersom inkludering av en ytelse vil stå i strid med slikt regelverk, er det med utgangspunkt i den argumentasjonen som følger av forarbeider og juridisk litteratur trolig at ytelsen ikke inkluderes.

5 Sammenfatning og perspektivering

Denne oppgaven har behandlet hvorvidt ytelser under sykefravær og permisjoner, aksjeprogrammer og pensjonslignende ytelser omfattes av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Sentralt for vurderingen har vært vektleggingen av likebehandlingsprinsippets rolle ved fastsettelsen av de ytelser som allerede er inkludert i lønnsbegrepet, og hvilken overføringsverdi disse perspektivene kan ha til vurderingen av de uavklarte ytelsene.

Fremstillingen viser at rettskildenes tunge vektlegging av likebehandlingsprinsippet ved begrunnelsen for at reisetidsgodtgjørelse er omfattet av lønnsbegrepet trekker sterkt i retning av at ytelser ved sykefravær og permisjoner også bør omfattes. Som vi har sett, taler Høyesteretts som sådan prinsipielle tilnærming ved bedømmelsen av om reisetidsgodtgjørelse er omfattet av lønnsbegrepet i HR-2018-1037-A også for dette. Eventuelle forskjeller mellom ytelsene som er påpekt i juridisk litteratur rokker ikke ved denne konklusjonen.

Når det gjelder aksjeprogrammer må det differensieres mellom alminnelige og syntetiske aksjeprogrammer. Rettskildene gir ingen klart svar på hvorvidt alminnelige aksjeprogrammer er omfattet av lønnsbegrepet. Til tross for at likebehandlingsprinsippet får stor vekt ved bedømmelsen av om bonusordninger er omfattet av lønnsbegrepet i HR-2020-2109-A, utfordres denne tilnærmingen av juridisk litteratur som argumenterer for at praktiske hensyn vil tale imot inkludering av alminnelige aksjeprogrammer. Forarbeidenes standpunkt om at ytelser er omfattet så lenge det er tale om vederlag for arbeid, skaper tvil med hensyn til om alminnelige aksjeprogrammer omfattes av begrepet gitt at praktiske hensyn taler imot inkludering i det enkelte tilfelle. Det kan tenkes at det må fastsettes en terskel for hvor alvorlige de praktiske vanskene må være før det er aktuelt å unnta alminnelige aksjeprogrammer fra likebehandlingen. Som vi har sett, kan dette imidlertid by på utfordringer i grensetilfeller.

Rettskildene gir imidlertid samlet sett et langt tydeligere bilde av hvorvidt *syntetiske aksjeprogrammer* omfattes av lønnsbegrepet. Den høye terskelen fastsatt i HR-2020-2109-A for at praktiske hensyn i form av merarbeid skal ekskludere selskapsbonus, sammenholdt med at juridisk teori har påpekt at det foreligger færre praktiske vanskeligheter ved innlemmelse av syntetiske aksjeprogrammer i motsetning til alminnelige aksjeprogrammer, taler for at syntetiske aksjeprogrammer antakelig bør omfattes av lønnsbegrepet. Dermed får likebehandlingsprinsippet stor gjennomslagskraft i relasjon til denne typen aksjeprogrammer.

Ifølge det samlede rettskildebildet kan svaret på spørsmålet om *pensjonslignende ytelser* er omfattet av lønnsbegrepet avhenge av hvilke grenser eksisterende lovgivning fastsetter og hvilke praktiske vanskeligheter dette vil medføre for partene i innleieforholdet. Det kan med dette ikke sies konkret om pensjonslignende ytelser på generelt grunnlag faller utenfor lønnsbegrepet.

Dersom det først foreligger praktiske vanskeligheter ved at en lignende ytelse er å anse som lønn i henhold til aml. § 14-12 a første ledd bokstav f, er det imidlertid med utgangspunkt i klare forarbeider på dette punktet sannsynlig at slike ytelser vil falle utenfor lønnsbegrepet.

På et mer overordnet plan kan det sies at likebehandlingsprinsippet får sterkest gjennomslag ved fastsettelsen av de ytelser som har likhetstrekk med ytelser som allerede er inkludert i lønnsbegrepet. Forarbeidenes vektlegging av hensynet til reell likebehandling av innleide og direkte ansatte hos innleier får klart størst betydning i disse tilfellene. I tilfeller der forarbeidene klart vektlegger praktiske hensyn fremfor likebehandlingsprinsippet ved fastleggelsen av ytelser (pensjon), får denne vurderingen større betydning enn hensynet til reell likebehandling ved fastsettelsen av lignende ytelser.

I lys av den forholdsvis tunge vektleggingen av likebehandlingsprinsippet som fremgår av det samlede rettskildebildet, er det mye som tyder på at lovgiver eller Høyesterett vil kunne komme med en avklaring av om de uavklarte ytelsene som har vært gjenstand for drøftelse i denne oppgaven, omfattes av lønnsbegrepet. Behovet for reell likebehandling og beskyttelse av innleide arbeidstakere taler for at det ikke kan utelukkes at mange av de uavklarte ytelsene vil kunne omfattes av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.

Kildeliste

Litteraturliste

Litteratur

- Astrup (2017) Astrup, Anniken. «§ 14-12 Innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie (bemanningsforetak).» I *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*. Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth red., 4. utg., Oslo: Fagbokforlaget, 2017, s. 893–914.
- Bains (2013) Bains, Rajvinder Singh. «Lønn i EU-retten – Begreper, funksjoner og gjennomføring i norsk rett.» *Arbeidsrett*, nr. 1 (2013) s. 1–81.
https://www-idunn-no.ezproxy.uio.no/arbeid/2013/01/loenn_i_eu-retten_-_begreper_funksjoner_og_gjennomfoering_i
(sjekket 19.11.2021).
- Egeland (2017) Egeland, Lill. «§ 14-12 a Likebehandling av lønns- og arbeidsvilkår ved utleie fra bemanningsforetak.» I *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*. Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth red., 4. utg., Oslo: Fagbokforlaget, 2017, s. 915–925.
- Eidsvaag (2018) Eidsvaag, Tine. «Omfanget av likebehandlingsprinsippet for innleide fra vikarbyråer – HR-2018-1037-A.» *Nytt i privatretten*, nr. 3 (2018) s. 1–2.
- Fougner (2018) Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven – Lovkommentar*, 3. utg., Universitetsforlaget 2018.
- Fredriksen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utg., Bergen: Fagbokforlaget 2018.

- Jakhelln (2017) Jakhelln, Henning. «§ 1-8 Arbeidstaker og arbeidsgiver.» I *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*. Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth red., 4. utg., Oslo: Fagbokforlaget, 2017, s. 68–86.
- Jetlund (2020) Jetlund, Martin og Vilde Viktoria Fagerbakke. «Kommentar til Høyesteretts dom HR-2020-2109-A om bonus til innleide arbeidstakere («Semco-saken»).» *Juridika Ekspertkommentar* (2020). <https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-h%C3%B8yesteretts-dom-hr-2020-2109-a-om-bonus-til-innleide-arbeidstakere-semco-saken> (sjekket 09.11.2021).
- Johansen (2020) Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland red., *Arbeidsmiljøloven: kommentarer og praksis*, 3. utg., Oslo: Gyldendal 2020.
- Keiserud (2013) Keiserud, Thomas og Kristine Ringstad Vartdal. «De nye innleiereglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14 – praktiske tolknings- og gjennomførings-spørsmål.» *Arbeidsrett*, nr. 1 (2013) s. 147–179. <https://www.idunn.no/arbeid/2013/01/de-nye-innleiereglene-i-arbeidsmiljoeloven-kapittel-14-pra> (sjekket 5. november 2021).
- Nyström (2014) Nyström, Birgitta. «2008/104/EC: Temporary Agency Work.» I *EU Labour Law – A Commentary*. Monika Schlachter red., Wolters Kluwer Law & Business, 2014, s. 249–280.
- Nyström (2021) Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, Norstedts Juridik 2021.
- Pettersen (2020) Pettersen, Børre og Atle Sønsteli Johansen, *Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*, 11. utg., Gyldendal 2020.

Skarning (2013) Skarning, Nicolay, *Midlertidige ansettelses, innleie og vikarbyrådirektivet*, Universitetsforlaget 2013.

Skjønberg (2018) Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utg., Gyldendal Norsk Forlag 2018.

Nettsider

Arbeids- og sosialdepartementet (2013) Arbeids- og sosialdepartementet, «EUs vikarbyrådirektiv – gjennomføring i norsk rett fra 1.1.2013.» (Sist oppdatert 06.07.2018).
<https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/arbeidsmiljo-og-sikkerhet/innsikt/vikarbyradirektivet/eus-vikarbyradirektiv--gjennomforing-i-n/id709611/> (hentet 28. august 2021).

Astrup (2018) Astrup, Anniken og Kristine Raffelsen Johnsen. «Reisegodtgjørelse – Likebehandling av innleide – HR-2018-1037-A.» (Publisert 25. juni 2018).
<https://foyen.no/nyheter/reisegodtgjorelse-likebehandling-av-innleide-hr-2018-1037-a/> (hentet 16. november 2021)

Finci (2021) Finci, Anel. «Industrien 2020: Brå nedgang for arbeidsintensive næringer.» (Publisert 18.05.2021)
<https://www.ssb.no/energi-og-industri/artikler-og-publikasjoner/industrien-2020-bra-nedgang-for-arbeidsintensive-naeringer> (hentet 23. august 2021).

Annet

Arbeiderpartiet og Senterpartiet (2021) Arbeiderpartiet og Senterpartiet. *Hurdalsplattformen – For en regjering utgått fra Arbeiderpartiet og Senterpartiet (2021–2025)*. 14.10.2021.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/cb0adb6c6fee428caa81bd5b339501b0/no/pdfs/hurdalsplattformen.pdf>

Norske rettskilder

Lover

- | | |
|------|---|
| 1947 | Lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven – ssl.). [opphevet] |
| 1983 | Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven). [opphevet] |
| 1992 | Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven). |
| 2004 | Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkeds-tjenester (arbeidsmarkedsloven). |
| 2005 | Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.). |
| 2012 | Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven). |

Forarbeider

- | | |
|----------------------------|--|
| Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) | <i>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</i> |
|----------------------------|--|

	<i>27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting.</i>
Ot.prp. nr. 62 (2003–2004)	<i>Om lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven).</i>
Ot.prp. nr. 49 (2004–2005)	<i>Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).</i>
Prop. 69 S (2011–2012)	<i>Samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2008/104/EF om vikararbeid (vikarbyrådirektivet).</i>
Prop. 74 L (2011–2012)	<i>Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv.).</i>
Prop. 83 L (2012–2013)	<i>Endringer i arbeidsmiljøloven mv. (søksmålsrett for fagforeninger mv., overtredelsesgebyr og ufrivillig deltid).</i>
Prop. 39 L (2014–2015)	<i>Endringer i arbeidsmiljøloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold).</i>
Prop. 73 L (2017–2018)	<i>Endringer i arbeidsmiljøloven (fast og midlertidig ansettelse og innleie fra bemanningsforetak).</i>

Rettspraksis

Rt. 2002 s. 1469

Rt. 2013 s. 998 *Quality People*

HR-2018-1037-A

HR-2018-2371-A *Norwegian*

HR-2020-2109-A

TOSLO-2016-15486–TOSLO-2015-34731

Internasjonale rettskilder

ILO-konvensjonen nr. 96	<i>Konvensjon nr. 96 om arbeidskontorer som tar betaling, Genève 1. juli 1949. [Oppsagt]</i>
TFEU	<i>Treaty on the Functioning of the European Union, Rome 25 March 1957.</i>
EØS-avtalen	<i>Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 2. mai 1992. [Norsk oversettelse].</i>
Direktiv 2008/104/EF	<i>Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid [Vikarbyrådirektivet]. [Norsk oversettelse]</i>