

Forholdet mellom arbeidsmiljøloven § 14-12 og vikarbyrådirektivet artikkel 4

Kandidatnummer: 94

Antall ord: 14917



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2016

INNHOLDSFORTEGNELSE

1. INNLEDNING	1
1.1. TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2. TEMAETS BAKGRUNN OG AKTUALITET	2
1.3. RETTSKILDER OG METODISK TILNÆRMING	4
1.3.1. <i>Norsk rett</i>	4
1.3.2. <i>Internasjonal rett</i>	4
1.4. AVGRENSNINGER	6
1.5. HVORDAN BESVARE OPPGAVEN – VEIEN VIDERE	6
2. INNLEIE ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 14-12 FØRSTE LEDD, JF. § 14-9	8
2.1. RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER	8
2.2. UNNTAK: ADGANGEN TIL Å BENYTTE MIDLERTIDIG ANSETTELSE OG INNLEID ARBEIDSKRAFT FRA VIRKSOMHETER SOM HAR TIL FORMÅL Å DRIVE UTLIEIE	8
2.3. BEGRENSNINGER PÅ BRUK AV INNLEID ARBEIDSKRAFT	10
2.3.1. <i>Innledning</i>	10
2.3.2. <i>Arbeid av midlertidig karakter</i>	10
2.3.3. <i>Arbeid i stedet for en annen eller andre – vikariat</i>	12
3. VIKARBYRÅDIREKTIVET ARTIKKEL 4	14
3.1. BAKGRUNNEN FOR DIREKTIVET	14
3.2. NÆRMERE OM IMPLEMENTERINGEN AV VIKARBYRÅDIREKTIVET I NORSK RETT	15
3.3. ARTIKKEL 4 OG FORHOLDET TIL EU-RETTENS TJENESTEREGLER – KRAVET TIL GRENSEOVERSKRIDENDE ELEMENT	17
3.4. RESTRIKSJONSBEGREPET I ARTIKKEL 4	18
3.5. ALLMENNE HENSYN	19
3.5.1. <i>Innledning</i>	19
3.5.2. <i>Hensynet til å beskytte innleid arbeidstaker</i>	19
3.5.3. <i>Hensynet til helse og sikkerhet i arbeidet</i>	20
3.5.4. <i>Hensynet til å sikre et velfungerende arbeidsmarked</i>	21
3.5.5. <i>Hensynet til å forhindre misbruk</i>	22
3.5.6. <i>Særlig om forholdet mellom hensynet til å sikre et velfungerende arbeidsmarked og hensynet til å forhindre misbruk</i>	23
3.6. PROPORSJONALITETSKRAVET	24
4. ER ARBEIDSMILJØLOVEN § 14-12, JF. § 14-9 I STRID MED ARTIKKEL 4?	27
4.1. INNLEDNING	27
4.2. UTGJØR AML. § 14-12, JF. § 14-9 EN RESTRIKSJON ETTER ARTIKKEL 4?	27
4.3. KAN RESTRIKSJONENE I § 14-12, JF. § 14-9 BEGRUNNES I HENSYNET TIL ET VELFUNGERENDE ARBEIDSMARKED OG I HENSYNET TIL Å FORHINDRE MISBRUK?	27
4.4. OPPFYLLER RESTRIKSJONENE KRAVET TIL PROPORSJONALITET?	31
4.4.1. <i>Egnethetsvurderingen</i>	31
4.4.2. <i>Nødvendighetsvurderingen</i>	31
4.4.3. <i>Særlig om betydningen av at aml. § 14-9 første ledd bokstav f) ikke er gitt tilsvarende anvendelse for innleie etter § 14-12</i>	33
4.5. KONKLUSJON OG VEIEN VIDERE	35
5. KONSEKVENSER	36
5.1. INNLEDNING	36
5.2. DIREKTIVKONFORM FORTOLKNING OG PRESUMSJONSPRINSIPPET	36

5.3.	SAK 533/13 SHELL	37
5.3.1.	<i>Generaladvokatens forslag til avgjørelse i saken</i>	38
5.3.2.	<i>EU-domstolens avgjørelse</i>	39
5.3.3.	<i>Noen bemerkninger</i>	40
5.4.	ARTIKKEL 4 OG FORHOLDET TIL PRIMÆRRETEN	42
6.	RETTSKILDER	45
7.	LITTERATURLISTE	50

1. INNLEDNING

1.1. Tema og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er forholdet mellom arbeidsmiljøloven¹ (aml.) § 14-12 og EUs Rådskdirektiv 2008/104/EF² om vikararbeid (vikarbyrådirektivet) artikkel 4.

Norske bedrifters adgang til å benytte innleid arbeidskraft er i stor grad gjenstand for EU-rettslig innflytelse og påvirkning. Da Norge i 1992 undertegnet EØS-avtalen³, medførte det at store deler av arbeidsretten ble integrert i EUs indre marked gjennom reglene om fri flyt av varer, tjenester, kapital og personer, herunder fri bevegelighet av arbeidskraft.⁴

Norsk rett opererer med en dualistisk tilnærming til folkerettslige forpliktelser. Det betyr at folkeretten, herunder EØS-retten, må gjennomføres i norsk rett dersom den skal danne grunnlag for rettigheter og plikter som kan håndheves i det nasjonale rettsapparatet. For EØS-avtalens hoveddel er dette gjort ved at forpliktelsene er inkorporert i egen lov, EØS-loven.⁵ EØS-avtalen er likevel dynamisk, hvilket innebærer en plikt for medlemsstatene å sørge for at ny EU-rettslig sekundærrett som er EØS-relevant, innlemmes i EØS-avtalen.

Vikarbyrådirektivet ble vedtatt i EU i 2008. Etter beslutning fra EØS-komiteen ble direktivet tatt inn i EØS-avtalen og trådte i kraft i EØS 1. januar 2013.⁶ Direktivet omhandler regler for inn- og utleie fra vikarbyråer og skal fremme flere formål. Blant annet skal det sikre beskyttelse av arbeidstakere som er utleid fra vikarbyråer, herunder forbedre deres vilkår gjennom innføringen av likebehandlingsprinsippet. Videre skal direktivet legge til rette for mer fleksible arbeidsordninger, bidra til å skape flere arbeidsplasser og medvirke til at vikarbyråene anerkjennes som seriøse arbeidsgivere.⁷

Direktivets artikkel 4 oppstiller forbud mot at medlemslandene har restriksjoner på bruk av innleid arbeidskraft. Restriksjonsbegrepet har blitt utviklet gjennom EU-domstolens rettspraksis, og innebærer i dag at et tiltak som potensielt kan være egnet til å hindre fri

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

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

³ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) av 2. mai 1992 (EØS-avtalen).

⁴ Se EØS-avtalen del II og III.

⁵ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

⁶ EØS-komiteens beslutning nr. 149/2012 13. juli 2012 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVIII.

⁷ Prop. 74 L (2011–2012) s. 22.

bevegelse av tjenester, varer, personer eller kapital er ulovlig med mindre det kan rettfærdiggjøres ut fra hensyn som EU/EØS-retten anerkjenner.⁸ Videre må restriksjonene ikke gripe mer inn i den frie bevegelsen enn nødvendig for å nå målet – de må oppfylle kravet til proporsjonalitet.⁹

Ettersom aml. § 14-12 begrenser virksomheters adgang til å benytte innleid arbeidskraft fra vikarbyråer og herunder vikarbyråenes adgang til å levere sine tjenester, oppstår det spørsmål om denne bestemmelsen utgjør en ulovlig restriksjon etter vikarbyrådirektivet artikkel 4. Det er dette som utgjør hovedproblemstillingen i denne avhandlingen.

1.2. Temaets bakgrunn og aktualitet

Arbeidsmarkedet er i konstant utvikling og påvirkes av flere ulike forhold. Dette medfører at behovet for arbeidskraft ikke er fast, men svinger i takt med markedet for øvrig og de interne forholdene i ulike virksomheter. Ikke sjeldent får virksomheter behov for å øke bemanningen. Særlig gjelder dette sesongbaserte virksomheter som opplever økt arbeidspress i kortere perioder. Andre årsaker til et økt bemanningsbehov kan være frafall på grunn av sykdom eller permisjon blant bedriftens faste ansatte, samt i forbindelse med ferieavvikling i bedriften.

I Norge har vi i lang tid hatt en hovedregel om at arbeidstakere skal ansettes fast.¹⁰

Bakgrunnen er ønsket om et velfungerende arbeidsmarked med sterkt stillingsvern, trygge arbeidsplasser og forutberegnelighet for lønnstakere. Likevel har vi valgt å anerkjenne bedrifters behov for økt arbeidskraft i kortere perioder ved å gi arbeidsgiver adgang til å foreta midlertidige ansettelser på nærmere vilkår.¹¹ Et alternativ til direkte midlertidige ansettelser i virksomheten, er adgangen til å benytte innleid arbeidskraft fra vikarbyråer. Disse to alternative måtene å dekke et midlertidig arbeidskraftsbehov på følger i all hovedsak de samme reglene og representerer således snevre unntak fra hovedregelen om fast ansettelse.

I forkant av implementeringen av vikarbyrådirektivet verserte det en omfattende rettspolitisk debatt om direktivets mulige konsekvenser for norsk arbeidsliv. Flere av arbeidslivets parter tok til orde for at de eksisterende begrensningene i adgangen til å benytte innleid arbeidskraft i aml. § 14-12 ikke kunne opprettholdes ved implementeringen av direktivet. Dette skapte

⁸ Paul Craig og Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, cases and materials*, 6. utgave, Oxford 2015 s. 806.

⁹ Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, 3. utgave, Oxford 2010 s. 171.

¹⁰ Jf. aml. § 14-9 første ledd første punktum.

¹¹ Jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav a til f.

frykt for at implementeringen av direktivet skulle undergrave vår hovedregel om at arbeidstaker skal ansettes fast.

Den 17. mars 2015 tok EU-domstolen, i sak C-533/13 *Shell*, for første gang stilling til en bestemmelse i direktivet, herunder artikkel 4, etter å ha blitt forelagt spørsmål fra en finsk domstol om rekkevidden av bestemmelsen.¹² Restriksjonene på bruken av innleid arbeidskraft som skulle vurderes i saken, hadde flere likhetstrekk med de begrensningene som gjelder på bruk av innleid arbeidskraft etter norsk rett. Mange forventet dermed at denne avgjørelsen ville bidra til å klarlegge innholdet og rekkevidden av hensynene i artikkel 4. Slik gikk det imidlertid ikke.

EU-domstolen tok ikke stilling til om bestemmelsen i avtalen utgjorde en ulovlig restriksjon etter artikkel 4 første ledd. Domstolen viste i stedet til at artikkel 4 utelukkende må forstås som en revisjonsplikt rettet mot nasjonale myndigheter, og at bestemmelsen ikke gir nasjonale domstoler noen materiell regel som kan anvendes direkte for å tilsidesette ulovlige restriksjoner.

Det faktum at nasjonale domstoler, ifølge EU-domstolen, ikke har kompetanse til å sette til side ulovlige restriksjoner med hjemmel i direktivets artikkel 4, kan ikke tolkes slik at de nåværende begrensningene som følger av aml. § 14-12, jf. § 14-9 dermed er lovlige. Det innebærer bare at veien mot en avklaring og eventuell harmonisering av reglene blir lengre og vanskeligere, fordi det i stor grad avhenger av EFTAs overvåkningsorgans vilje til å forfølge spørsmålet. Dermed råder også den usikkerheten som kom til uttrykk ved implementeringen av vikarbyrådirektivet, langt på vei den dag i dag.

Det er også gode grunner til å undersøke forholdet mellom artikkel 4 og primærretten nærmere. Restriksjonsforbudet i artikkel 4 bygger på de ranghøyere reglene i TEUF¹³ artikkel 56 og EØS-avtalen 36 som forbyr ubegrunnede restriksjoner på tjenesteytelser mellom medlemslandene. At artikkel 4, ifølge EU-domstolen, ikke har direkte virkning, hindrer ikke at traktatens og EØS-avtalens hovedregler om fri flyt av tjenester har det.¹⁴

En annen faktor som bidrar til ytterligere aktualisering av temaet, er at EFTAs overvåkningsorgan (ESA) i skrivende stund er i en prosess som tar sikte på å avdekke om

¹² Sak C-533/13 ECLI:EU:C:2015:173.

¹³ Konsolideret utgave af traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF).

¹⁴ Konsekvensene av EU-domstolens avgjørelse i sak C-533/13 vil bli nærmere behandlet i kapittel 5.

Norge har oppfylt sine forpliktelser etter direktivet, herunder om de norske begrensningene på bruken av innleid arbeidskraft er i overensstemmelse med artikkel 4.

1.3. Rettskilder og metodisk tilnærming

1.3.1. Norsk rett

En sentral rettskilde for denne fremstillingen er arbeidsmiljøloven med tilhørende forarbeider. Både aml. §§ 14-9 og 14-12 er videreføringer av henholdsvis § 58 A og § 55 K i arbeidsmiljøloven av 1977¹⁵, hvilket innebærer at både rettspraksis og forarbeidene tilknyttet bestemmelsene i 1977-loven vil være relevant ved tolkningen av de nåværende bestemmelsene.¹⁶

Forholdet mellom arbeidsmiljølovens innleieregler og vikarbyrådirektivet har ikke vært gjenstand for behandling i norske domstoler, men nasjonal rettspraksis vil bli benyttet der den er egnet til å belyse de ulike problemstillingene avhandlingen reiser.

Arbeidsdepartementets høringsnotater og høringsinstansenes uttalelser er ikke selvstendige rettskilder. Likevel kan de ulike partenes synspunkt og argumentasjon bidra til økt forståelse av de problemstillingene som implementeringen av direktivet har reist.

1.3.2. Internasjonal rett

EU- og EØS-rett utgjør sentrale rettskilder i denne fremstillingen. EU-retten deles grovt sett opp i primær- og sekundærrett. Traktatene utgjør den primære lovgivningen og ligger til grunn for alle EU-tiltak, mens den sekundære lovgivningen omfatter forordninger, direktiver og avgjørelser som igjen bygger på traktatenes prinsipper og formål. Den klare hovedregelen er at sekundærretten skal tolkes i lys av primærretten.¹⁷ Det vil si at vikarbyrådirektivet blant annet må tolkes i samsvar med traktatene, herunder særlig TEUF som er direktivets rettsgrunnlag. Hensynet til rettsenhet i EU og EØS tilsier at reglene om fri flyt av varer, tjenester, kapital og personer må tolkes likt i EØS-avtalen og i EU-retten. En slik homogenitetsmålsetning følger av EØS-avtalens artikkel 1 nr. 1. Dette innebærer at innholdet

¹⁵ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (opphevet).

¹⁶ Prop. 39 L (2014–2015) s. 103.

¹⁷ Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utgave, Bergen 2014 s. 32.

som utledes av vikarbyrådirektivets artikkel 4 i lys av EU-rettens tjenesteregler, forutsetningsvis også må legges til grunn for EØS-retten.

TEUF artikkel 56 og EØS-avtalen artikkel 36 forbyr restriksjoner på tjenesteyting på tvers av medlemsstatene. De grunnleggende restriksjonsforbudene i TEUF og EØS-avtalens hoveddel kommer imidlertid ikke til anvendelse, ettersom restriksjonsforbudet er særregulert i vikarbyrådirektivet.¹⁸ Likevel vil dette, som følge av hovedregelen om at sekundærretten skal tolkes i lys av primærretten, ha liten praktisk betydning.

På samme måte som etter norsk rettskildelære, danner ordlyden det naturlige utgangspunktet for tolkningen av EU-regelverket.¹⁹ Et slikt utgangspunkt kan imidlertid gi ulike tolkningsresultater, som følge av at vikarbyrådirektivet er oversatt til 23 offisielle språk. Av den grunn er kontekst- og formålsbasert tolkning særlig viktig ved tolkning av EU-rettslige bestemmelser.²⁰ Særlig vil direktivets fortale kunne gi tolkningsbidrag. I fortalen redegjøres det blant annet for bakgrunnen og formålet med rettsakten, og til en viss grad tilsvarer fortalene den funksjon som lovforarbeider tradisjonelt har i norsk rett. Selv om EU-domstolen ofte bruker fortalen som et støttemoment ved fortolkningen av rettsaktene, må det likevel presiseres at fortalen ikke er rettslig bindende.²¹

Praksis fra EU-domstolen er en sentral kilde ved tolkning av EU-retten.²² Av særlig interesse for denne fremstillingen er EU-domstolens avgjørelse i *Shell*-saken, da det er den eneste avgjørelsen som omhandler vikarbyrådirektivet artikkel 4. Også generaladvokatens innstilling i saken vil bli brukt der den er egnet til å belyse de aktuelle problemstillingene.

Generaladvokatens innstilling er ikke en selvstendig rettskilde, men ofte kan den tjene som en kilde til forståelse av EU-domstolens avgjørelser.²³ Avgjørende for hvilken vekt generaladvokatens uttalelser kan tillegges, vil følgelig være den enkelte uttalelser, eller det enkelte arguments, overbevisningskraft.

Ettersom det ikke foreligger en offisiell norsk oversettelse av vikarbyrådirektivet, vil den danske versjonen benyttes i denne avhandlingen.

¹⁸ Fredriksen/Mathisen s. 66.

¹⁹ *Ibid.* s. 219.

²⁰ *Ibid.* s. 221.

²¹ *Ibid.* s. 228.

²² Fredrik Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011 s. 234.

²³ Craig/de Búrca s. 61.

1.4. Avgrensninger

Fremstillingen reiser spørsmål om forholdet mellom aml. § 14-12, jf. § 14-9 og artikkel 4 i vikarbyrådirektivet. Reglene som angår innleie etter tjenestemannsloven²⁴ § 3 A faller dermed utenfor rammen av problemstillingen, og vil ikke behandles nærmere. Tilsvarende gjelder i forhold til kravene som stilles ved utleie av arbeidstakere etter arbeidsmarkedsloven²⁵ § 27.

Arbeidsmiljøloven skiller mellom virksomheter som har til formål å drive utleie av arbeidskraft på den ene siden (aml. § 14-12), og virksomheter som ikke har et slikt formål på den andre siden (aml. § 14-13). Typetilfellene som omfattes av aml. § 14-12 vil være de tradisjonelle vikarbyråene, mens § 14-13 regulerer ordinære virksomheter som mer sporadisk tilbyr utleie av arbeidskraft.²⁶ For sistnevnte vil utleie av egne arbeidstakere ofte være et alternativ til permittering i forbindelse med ordremangel eller andre forhold som gjør sysselsetting av egne arbeidstakere vanskelig i kortere perioder. Vikarbyrådirektivets anvendelsesområde er begrenset til rettsforhold som reguleres av aml. § 14-12 og jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på aml. § 14-13.²⁷ Oppgavens tema er omfattende, og av den grunn er det heller ikke rom for en nærmere redegjørelse for grensdragningen mellom de to bestemmelsene.

For å kunne konsentrere meg om de mest praktiske hjemlene for lovlig innleie, herunder aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 første ledd bokstav a og b, som henholdsvis gjelder arbeid av midlertidig karakter og vikariat, vil innleieadgangen etter bokstav c, d og e, ikke bli behandlet nærmere. Endelig avgrenses fremstillingen mot den utvidede adgangen i aml. § 14-12 annet ledd til å inngå tariffavtale om tidsbegrenset innleie uten hinder av det som fremgår av § 14-12 første ledd.

1.5. Hvordan besvare oppgaven – veien videre

For å kunne besvare oppgavens hovedproblemstilling må det først foretas en kort redegjørelse av de reglene som skal danne grunnlaget for vurderingen. Ettersom adgangen til å leie inn arbeidskraft fra vikarbyråer etter aml. § 14-12 første ledd, er sammenfallende med adgangen til å benytte midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd bokstav a til e, vil jeg i kapittel 2 foreta en gjennomgang av vilkårene for midlertidig ansettelse. I kapittel 3 vil jeg

²⁴ Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven).

²⁵ Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedsstjenester (arbeidsmarkedsloven).

²⁶ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 43-44.

²⁷ Prop. 74 L (2011–2012) s. 21.

studere vikarbyrådirektivet artikkel 4 og undersøke nærmere hva som er innholdet i bestemmelsens restriksjonsbegrep, samt innholdet og rekkevidden av de hensyn som kan begrunne unntak fra restriksjonsforbudet. Her står forholdet til EU- og EØS-rettens tjenesteregler sentralt.

I kapittel 4, vil jeg på grunnlag av funnene i kapittel 2 og 3, foreta en vurdering av om de begrensningene som følger av aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 første ledd på bruk av innleid arbeidskraft fra vikarbyråer, utgjør en ulovlig restriksjon etter vikarbyrådirektivets artikkel 4. Konsekvensene av konklusjonen vil bli drøftet i kapittel 5.

2. INNLEIE ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 14-12 FØRSTE LEDD, JF. § 14-9

2.1. Rettslige utgangspunkter

Som nevnt innledningsvis, er hovedregelen i norsk rett at arbeidstakere skal ansettes fast, noe som kommer direkte til uttrykk i aml. § 14-9 første ledd første setning. Fast ansettelse innebærer at man ansettes direkte i bedriften på ubestemt tid. Motsetningsvis vil avtaler om midlertidige ansettelser gjelde for et bestemt tidsrom eller et bestemt arbeid av midlertidig art. Slike avtaler opphører normalt uten noen form for oppsigelse når tidsrommet er utløpt eller arbeidet avsluttet.²⁸ Dette medfører at arbeidsmiljølovens stillingsvernregler settes ut av spill.

Hovedregelen om fast ansettelse har som formål å beskytte arbeidstakerne mot omgåelse og uthuling av stillingsvernet. Et sterkt stillingsvern innebærer stabile og forutsigbare rammebetingelser for arbeidstakerne, som igjen danner grunnlaget for en saklig og forsvarlig prosess med hensyn til oppsigelse.²⁹ Dette er også i tråd med formålsbestemmelsen inntatt i arbeidsmiljølovens § 1-1 bokstav b, hvor det fremheves at formålet er å sikre trygge ansettelsesforhold.

2.2. Unntak: Adgangen til å benytte midlertidig ansettelse og innleid arbeidskraft fra virksomheter som har til formål å drive utleie

Til tross for hovedregelen om fast ansettelse, har lovgiver innenfor visse rammer tatt hensyn til arbeidsgivers behov for fleksibilitet. Som nevnt vil behovet for arbeidskraft variere i takt med naturlige svingninger i arbeidsmarkedet for øvrig. Utfordringen for lovgiver har derfor vært å utforme et regelverk som ivaretar hensynet til arbeidstakers trygghet og behov for et sterkt stillingsvern, uten å samtidig fastsette regler som står i veien for en effektiv ressursutnyttelse.

Resultatet av ovennevnte balansegang kommer til uttrykk gjennom reglene om midlertidig ansettelse, som representerer et snevert unntak fra hovedregelen om fast ansettelse. Reglene om adgangen til å inngå midlertidige arbeidsavtaler, danner også rammen for hva som er lovlig innleie av arbeidskraft etter aml. § 14-12 første ledd.

²⁸ Jf. aml. § 14-9 femte ledd første punktum.

²⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 208.

Frem til lovendring i 2015³⁰ var regulering av adgangen til å leie inn arbeidskraft fra vikarbyråer og adgangen til å benytte direkte midlertidige ansettelser parallell. Den parallelle reguleringen ble i forarbeidene begrunnet på følgende måte:

”Innleie og midlertidig tilsetting vil ofte være alternativer og i prinsippet kan et hvert behov for korttidsarbeidskraft organiseres ved innleie. En vesentlig videre adgang til innleie enn midlertidig tilsetting, vil således kunne lede til omgåelse av reglene om midlertidig tilsetting. Begrensningene når det gjelder innleie knyttes derfor opp mot virksomhetenes behov for og adgang til bruk av midlertidig arbeidskraft.”³¹

Etter lovendringen fikk aml. § 14-9 første ledd tilføyd bokstav f, og bestemmelsen innebærer en videre adgang enn før for arbeidsgiver til å benytte midlertidige ansettelser. Bestemmelsen er imidlertid ikke gitt anvendelse overfor arbeidsinnleie.³² Etter § 14-12 første ledd er “[i]nnleie av arbeidstaker fra virksomhet som har til formål å drive utleie, ... tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter § 14-9 første ledd bokstav a til e”.

Arbeidsmiljøloven definerer ikke begrepet ”innleie” nærmere. Arbeidsmarkedsloven § 25 andre ledd definerer imidlertid begrepet ”utleie” som ”leie av arbeidstakere fra en arbeidsgiver (utleier) til en oppdragsgiver (innleier) der de innleide er underlagt oppdragsgivers ledelse”. Definisjonen er en videreføring av sysselsettingsloven³³ § 27, og i forarbeidene til arbeidsmiljøloven er det lagt til grunn at innleiebegrepet må forstås på samme måte som utleiebegrepet, slik det er beskrevet i sysselsettingsloven.³⁴ I denne avhandlingen vil jeg omtale den virksomhet som leier inn arbeidstaker med hjemmel i aml. § 14-12 som ”innleier” eller ”innleievirksomhet/bedrift” og den virksomhet som leier ut arbeidstaker til å utføre arbeid hos innleier vil betegnes som ”utleier” eller ”vikar-/bemanningsbyrået”. Den arbeidstaker som leies ut vil betegnes som ”arbeidstaker” eller ”innleid/utleid”.

Tradisjonelt består et arbeidsforhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Innleieinstituttet er særegent i så måte, fordi innleie innebærer at det oppstår en trepartsrelasjon mellom utleier, innleier og arbeidstaker. Ved innleie består arbeidsforholdet mellom *utleier* og arbeidstakeren, og det er i utgangspunktet utleier som er ansvarlig for å oppfylle arbeidsgiverforpliktelsene.

³⁰ Se aml. § 14-9 første ledd bokstav f, tilføyd ved lov nr. 20/2015 om endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold).

³¹ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 44.

³² Betydningen av det nå er en mer restriktiv adgang til å leie inn arbeidskraft fra vikarbyråer enn det er for å benytte direkte midlertidig ansettelser, vil bli nærmere drøftet i punkt 4.4.3.

³³ Lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven). (Opphevet).

³⁴ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 41.

Innleier har instruksjonsrett overfor innleid arbeidstaker på samme måte som i forhold til egne ansatte, mens forholdet mellom utleier og innleier er et alminnelig kontraktsforhold.

2.3. Begrensninger på bruk av innleid arbeidskraft

2.3.1. Innledning

Hva som utgjør lovlig innleie av arbeidskraft etter aml. § 14-12 første ledd er altså avhengig av vilkårene for direkte midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd bokstav a til e. Det er også vilkårene i denne bestemmelsen som utgjør begrensningene på bruk av innleid arbeidskraft fra vikarbyråer i norsk rett. Avhandlingens hovedproblemstilling fordrer derfor en kortfattet redegjørelse av bestemmelsens innhold og rekkevidde. Som nevnt i punkt 1.4 vil jeg kun behandle adgangen til å benytte midlertidig ansettelse på grunnlag av bokstav a og b, herunder når arbeidet er av midlertidig karakter og ved vikariat.

2.3.2. Arbeid av midlertidig karakter

Etter aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 første ledd bokstav a kan avtale om innleie inngås når arbeidet er av ”midlertidig karakter”. Hva som er arbeid av midlertidig karakter er ikke uten videre klart, men ordlyden gir en viss veiledning ved at den gir uttrykk for at arbeidet må være tidsbegrenset. En slik forståelse er også lagt til grunn i forarbeidene, hvor det fremgår at arbeidet må ha en noenlunde klar arbeidsmessig avgrensning og at oppdraget må ha en naturlig avslutning.³⁵

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at arbeidet som sådan er av midlertidig karakter. I henhold til lovens forarbeider må også arbeidsgivers *behov* for arbeidskraft være tidsbegrenset.³⁶ Vurderingen må ses i lys av bestemmelsens formål, herunder å hindre omgåelse av stillingsvernsreglene.³⁷ Å benytte innleide arbeidstakere for å dekke et permanent behov for arbeidskraft, vil følgelig være i strid med aml. § 14-9 første ledd bokstav a.

Vurderingen av om innleie er lovlig må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, og etter rettspraksis skal bestemmelsen tolkes strengt.³⁸ Forarbeidene forutsetter at det må foreligge forhold som gjør det nødvendig med en tidsbegrenset arbeidsavtale.³⁹ I utgangspunktet vil det

³⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 214.

³⁶ Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) s. 4.

³⁷ Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) s. 164.

³⁸ Jf. Rt. 1985 s. 1141.

³⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) s. 165.

være adgang til å benytte innleid arbeidskraft dersom ”arbeidsoppgavene har et tidsbegrenset preg og skiller seg fra det som ellers løpende utføres hos arbeidsgiver”, typisk prosjektarbeid.⁴⁰ Normalt knytter prosjektarbeid seg til et bestemt arbeid av forbigående art, hvor arbeidsgivers behov for arbeidskraft bortfaller når prosjektet er ferdigstilt. Eksempler på når arbeidsinnleie kan være legitimt, er hvor bygningsarbeidere ansettes for å fullføre et bestemt bygg eller spesielle eksperter ansettes for å utføre et bestemt utredningsarbeid.⁴¹

Motsatt vil arbeid som normalt og løpende utføres i den ordinære virksomheten, i utgangspunktet ikke åpne for bruk av innleid arbeidskraft. Kravet til adskillelse er likevel ikke absolutt. Det kan i den forbindelse vises til dommen inntatt i Rt. 2001 s. 1413, der Høyesterett la til grunn en innskrenkende tolkning av adskillelseskravet. Begrunnelsen for en slik innskrenkende tolkning var at et slikt krav ville avskåret bruk av midlertidige ansettelse for en del sesongbaserte virksomheter hvor behovet for midlertidig ansettelse kunne være stort.

Nettopp i virksomheter, hvor sesongbaserte svingninger medfører økt arbeidsmengde i kortere perioder, kan bruk av innleid arbeidskraft være legitimt.⁴² Som eksempel kan nevnes innleie av julehjelp.⁴³ Tilsvarende gjelder dersom arbeidsoppgavene krever særlige kvalifikasjoner.⁴⁴ Forutsetningen er at det foreligger et saklig behov som gjør det nødvendig med en tidsbegrenset avtale, og at midlertidige tilsetningsforhold begrenses til det som er strengt nødvendig.⁴⁵

I tvilstilfeller kan det legges vekt på hva som har vært forutsetningen partene imellom.⁴⁶ Dersom forutsetningen har vært et midlertidig ansettelsesforhold, kan dette være et moment som tilsier at ansettelsen er lovlig. Momentet er imidlertid av begrenset vekt som følge av at arbeidsmiljøloven er ufravikelig til ugunst for arbeidstaker.⁴⁷ En avtale mellom partene om innleie kan derfor ikke i seg selv avhjelpe at lovens vilkår ikke er oppfylt. Vurderingen må hele veien ses i lys av arbeidsmiljølovens formål om å sikre trygge ansettelsesforhold.⁴⁸

⁴⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) s. 165-166.

⁴¹ *Ibid.* s. 165.

⁴² Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 71.

⁴³ Ot.prp.nr. 24 (2005–2006) s. 4.

⁴⁴ Jan Fougner m.fl., *Arbeidsmiljøloven*, 2. utgave Oslo 2013 s. 639.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) s. 166.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Jf. aml. § 1-9.

⁴⁸ Jf. aml. § 1-1 bokstav b.

Innleie som bærer preg av en omgåelse av stillingsvernsreglene vil derfor være i strid med loven.

2.3.3. Arbeid i stedet for en annen eller andre – vikariat

Aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 første ledd bokstav b åpner for at arbeidsgiver kan benytte innleid arbeidskraft ”for arbeid i stedet for en annen eller andre”, såkalt vikariat. Ordlyden av ”i stedet for” tilsier at avtale om midlertidig ansettelse kan inngås dersom det er for å erstatte en eller flere av virksomhetens eksisterende arbeidstakere. Tilsvarende fremgår langt på vei av lovforarbeidene, hvor det fremheves at bestemmelsen i utgangspunktet må forstås slik at den som vikarierer skal utføre bestemte arbeidsoppgaver eller fylle en bestemt stilling i andre arbeidstakeres fravær.⁴⁹

Normalt er det adgang til å benytte innleide arbeidstakere som vikar i forbindelse med sykefravær, permisjoner eller ferieavvikling.⁵⁰ Det er i utgangspunktet ikke et krav at virksomheten navngir den arbeidstakeren som vedkommende vikarierer for eller at vikariatets varighet er oppgitt på forhånd.⁵¹ Vikariatet må likevel på en eller annen måte være konkret begrenset. Det er de reelle forholdene som er avgjørende, og ordninger som bærer preg av å være omgåelse av arbeidsmiljølovens regler er ikke tillat.⁵²

Forarbeidene presiserer at det vil være i strid med loven å inngå løpende kortvarige vikariatavtaler for å dekke et konstant behov for vikartjenester i en bedrift hvor fraværsprosenten er forholdsvis stabil.⁵³ Tanken er at dersom en bedrift har et konstant og påregnelig behov for arbeidskraft, så skal ikke behovet dekkes med vikarer, men med en økt grunnbemanning av fast ansatte. Nettopp denne tanken utgjør kjernen i den domstolskapte læren om fast ansettelse ved varig behov, kalt ”Statfjord-læren”, som også har blitt fulgt opp i senere rettspraksis.⁵⁴ Den ulovfestede læren oppstiller tre vilkår for at en som er midlertidig ansatt eller innleid skal ha krav på fast ansettelse. For det første må det foreligge et fast og stabilt behov for vikartjenester i virksomheten. Herunder må det ses hen til antall ansatte i virksomheten og hvor høy fraværsprosenten er.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) s. 165.

⁵⁰ Prop. 39 L (2014–2015) s. 103.

⁵¹ Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) s. 165.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Normen ble først formulert i Rt. 1989 s. 1116 ”Statfjord”, og senere fulgt opp i flere avgjørelser, se blant annet Rt. 2006 s. 1158 (Ambulansesaken) og Rt. 2009 s. 578 (Sykehuset Innland).

For det andre må arbeidskraftsbehovet kunne dekkes ved en økning av grunnbemanningen uten at dette innebærer en vesentlig ulempe for virksomheten. Vurderingen må gjøres med utgangspunkt i antall arbeidstakere i den aktuelle arbeidstakerkategorien, og om arbeidskraften er ombyttbar.

Det tredje og siste vilkåret er at den som er midlertidig ansatt må ha tilstrekkelig fast tilknytning til det arbeidet han skal utføre. Tilknytningskravet har vært gjenstand for kritikk i teorien, fordi det kan medføre at ingen har krav på fast stilling til tross for at virksomheten har et fast og stabilt vikarbehov.⁵⁵

Som gjennomgangen viser, er det strenge begrensninger på adgangen til å benytte innleid arbeidskraft. Begrensningene gir uttrykk for den avveiningen lovgiver har gjort av arbeidstakers interesse i stillingsvern på den ene siden, og arbeidsgivers behov for å tidsbegrense arbeidsavtalen på den andre siden.

⁵⁵ Alexander Næss Skjønberg og Eirik Hognestad, *Individuell arbeidsrett*, Oslo 2014 s. 86.

3. VIKARBYRÅDIREKTIVET ARTIKKEL 4

3.1. Bakgrunnen for direktivet

Innad i EU- og EØS-landene har det lenge vært store forskjeller med hensyn til reguleringen av innleid arbeidskraft.⁵⁶ Både når det gjelder de innleide arbeidstakernes rettsstilling, status og arbeidsvilkår, har de nasjonale regelverkene løst dette ulikt. For EU-lovgiver er det en særlig utfordring å utforme lovgivning som befinner seg midt i skjæringspunktet mellom de hensyn som gjør seg gjeldende for reglene om de fire friheter på den ene siden og de hensyn som gjør seg gjeldende for sosialpolitikken på den andre siden.⁵⁷

EU-lovgiver har likevel vært aktiv på arbeidsrettens område, og det finnes i dag flere rettsakter som regulerer atypisk arbeid, herunder deltid-, midlertidig- og vikararbeid. Det overordnede formålet med EUs innsats på dette området har vært å utvikle fleksible former for arbeid og samtidig oppnå et nytt harmoniseringsnivå på det sosialrettslige området. Målet er å oppnå likevekt mellom fleksibilitet og sikkerhet på arbeidsmarkedet, noe som ofte omtales med begrepet ”flexicurity”.⁵⁸ Vedtakelsen av vikarbyrådirektivet representerer således et ledd i denne EU-rettslige målsettingen.

Dels var tanken bak vedtakelsen av direktivet å motvirke skjeve konkurransevilkår som følge av ulik regulering av adgangen til å benytte innleid arbeidskraft og ulik regulering av de innleides rettigheter i de ulike EU- og EØS-statene.⁵⁹ Ønsket om å presisere og harmonisere vilkårene for utleide arbeidstakere, uavhengig av om utleien skjer i en nasjonal eller transnasjonal kontekst, var også en viktig drivkraft bak vedtakelsen av direktivet.⁶⁰

Det rettslige grunnlaget for vikarbyrådirektivet er TEUF artikkel 153. Direktivet er et minimumsdirektiv, hvilket innebærer at det i utgangspunktet ikke er noe i veien for at nasjonal lovgivning gir innleide arbeidstakere bedre rettigheter enn det som følger av direktivet.⁶¹

⁵⁶ Prop. 69 S (2011–2012) punkt 2.

⁵⁷ Kerstin Ahlberg m.fl., *Transnational Labour Regulation: A Case Study of Temporary Work*, Brussel 2008 s. 264.

⁵⁸ Catherine Barnard, *EU Employment Law*, 4. utgave, Oxford 2012 s. 106.

⁵⁹ Andreas van den Heuvel, ”Bemanningsdirektivet - EF- direktivet om arbeidsleie, fremvekst, regler og konsekvenser for nasjonal rett”, *Arbeidsrett og arbeidsliv*, 2011, Bind 5, s. 155-286 (s. 167).

⁶⁰ *Ibid.* s. 167-168.

⁶¹ Jf. direktivets artikkel 9.

Formålet med direktivet er sammensatt og fremgår av direktivets artikkel 2. Direktivet skal for det første sikre beskyttelsen av vikarbyråansatte og forbedre kvaliteten på slik arbeidskraft. Dette søkes oppnådd gjennom likebehandlingsprinsippet i artikkel 5. Videre skal en gjennom direktivet tilstrebe at vikarbyråene anerkjennes som seriøse arbeidsgivere. Det tredje og siste formålet er å etablere passende rammer for bruk av vikararbeid med tanke på å bidra effektivt til å skape arbeidsplasser og å legge til rette for fleksible arbeidsordninger.

Direktivets anvendelsesområde fremgår av artikkel 1. Av denne bestemmelsen følger det at direktivet får anvendelse for alle arbeidstakere som enten har en arbeidskontrakt eller et arbeidsforhold med et vikarbyrå, når disse leies ut til en innleiebedrift for å arbeide midlertidig under innleiebedriftens tilsyn og ledelse. Et trepartsforhold mellom arbeidstaker, vikarbyrået og innleiebedriften er følgelig en forutsetning for at direktivets forpliktelser skal komme til anvendelse.

Det er imidlertid ikke slik at ethvert trepartsforhold som omfattes av direktivet. Etter artikkel 1, er det kun arbeidskontrakter eller arbeidsforhold med et ”vikarbureau” som omfattes av direktivets bestemmelser og krav. Et «vikarbureau» er i direktivets artikkel 3 første ledd bokstav b, definert som enhver fysisk eller juridisk person som inngår en arbeidskontrakt eller et arbeidsforhold med en arbeidstaker ”med henblik på at udsende dem til brugervirksomheder for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver under disses tilsyn og ledelse”.

Ordlyden tilsier at direktivet bare får anvendelse overfor vikarbyråer som *har til formål* å drive utleie. Dette innebærer, som påpekt i punkt 1.4, at innleie etter reglene i aml. § 14-13 faller utenfor direktivets anvendelsesområde.

3.2. Nærmere om implementeringen av vikarbyrådirektivet i norsk rett

Ved gjennomføring av direktiver i nasjonal rett står medlemslandene fritt til å bestemme formen og midlene for hvordan dette skal gjøres.⁶² I tråd med lojalitetsplikten som er nedfelt i TEUF artikkel 4 tredje ledd og EØS-avtalen artikkel 3, er det likevel et krav at medlemsstatene foretar alle nødvendige tiltak for å sikre at formålet med direktivet sikres full virkning.⁶³ I forkant av implementeringen av vikarbyrådirektivet ble lovgiver derfor pålagt å

⁶² Jf. EØS-avtalen artikkel 7.

⁶³ Fredriksen/Mathisen s. 280-281.

foreta en gjennomgang av de nasjonale reglene for arbeidsinnleie fra vikarbyråer for å avdekke om det var behov for lovendringer for å sikre etterlevelse av direktivet.

I den forbindelse sendte Arbeids- og sosialdepartementet ut to høringsnotater til ulike parter på arbeidsmarkedet. Det første notatet ble utsendt 10. september 2010⁶⁴ og omhandlet hvilke konsekvenser implementeringen ville få for norsk arbeidsrett. Det andre notatet ble sendt ut 12. desember 2011⁶⁵, og omhandlet forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterleves. Det ble i de to høringsnotatene gjort rede for de gjeldende begrensningene for bruk av innleid arbeidskraft fra vikarbyråer i norsk rett, samt departementets syn på om disse begrensningene kunne opprettholdes ved gjennomføringen av direktivet.

Etter at departementet hadde gjennomgått høringssvarene, ble det tydelig at det blant de ulike partene i arbeidsmarkedet knyttet seg stor uenighet til konsekvensene av direktivets artikkel 4. Flere parter mente at de eksisterende begrensningene i adgangen til å benytte innleid arbeidskraft ikke kunne opprettholdes ved implementeringen av direktivet.⁶⁶

Til tross for uenigheten la departementet til grunn at begrensningene på bruk av innleid arbeidskraft i aml. § 14-12 er forenlige med artikkel 4. Dersom nasjonal rett allerede anses for å oppfylle de krav som direktivet stiller, følger det av EU-retten at det ikke er påkrevd med ny lovgivning - det er tilstrekkelig å konstatere rettsharmoni.⁶⁷ Departementet kunne dermed nøye seg med å konstatere rettsharmoni, og begrunnet sitt synspunkt slik:

”Det er etter departementets samlede vurdering behov for å opprettholde begrensningene i adgangen til innleie uavhengig av tilknytningsforhold i vikarbyrået. De norske reglene griper inn i adgangen til å leie inn arbeidskraft, men etter departementets syn, ikke lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet om *hovedvekt* på faste ansettelsesforhold og topartsrelasjoner.”⁶⁸

Om departementets begrunnelse for begrensningene på innleid arbeidskraft i aml. § 14-12 er holdbar i lys av de vilkår som artikkel 4 oppstiller, vil bli drøftet i neste kapittel. Jeg går nå over til å undersøke nærmere hva som er innholdet i og rekkevidden av vilkårene i artikkel 4. Aller først er det imidlertid hensiktsmessig å knytte noen kommentarer til forholdet mellom

⁶⁴ Arbeidsdepartementets høringsnotat, Høring om konsekvenser av vikarbyrådirektivet (2010).

⁶⁵ Arbeidsdepartementets høringsnotat, Høring om forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterleves (2011).

⁶⁶ Prop. 74 L (2011–2012) s. 13.

⁶⁷ Fredriksen/Mathisen s. 281.

⁶⁸ Prop. 74 L (2011–2012) s. 45.

artikkel 4 og EU-rettens tjenesteregler, da dette kan få betydning for tolkningen av bestemmelsen.

3.3. Artikkel 4 og forholdet til EU-rettens tjenesteregler – kravet til grenseoverskridende element

Sammenhengen mellom traktatens tjenestebegrep og artikkel 4 i vikarbyrådirektivet presiseres i direktivets fortale punkt 22 hvor det heter at "[d]ette direktiv bør gjennomføres i overensstemmelse med traktatens bestemmelser om fri utveksling af tjenesteydelser ...". At utleie av arbeidskraft er omfattet av traktatens tjenestebegrep følger blant annet av ordlyden i TEUF artikkel 57 og er også lagt til grunn i EU-domstolens praksis.⁶⁹

En forutsetning for at tjenestereglene skal komme til anvendelse, er imidlertid at det foreligger et grenseoverskridende element, jf. ordlyden i traktatens artikkel 56; "...for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i en anden medlemsstat end modtageren af den pågældende ydelse". Et tilsvarende krav gjelder også etter EØS-avtalen artikkel 36.

Dette innebærer at så lenge det er tale om utleie av arbeidstakere på tvers av EU- eller EØS-landene, må vikarbyrådirektivet artikkel 4 tolkes i samsvar med traktatens tjenesteregler.

Restriksjonsforbudet i artikkel 4 gjelder imidlertid uavhengig av om det er snakk om tjenesteyting over landegrenser eller tjenester som ytes nasjonalt, men dette innebærer ikke nødvendigvis at tolkningen av artikkel 4 og restriksjonsforbudet blir sammenfallende i de to tilfellene.⁷⁰ Dette reiser spørsmål om tolkningen av artikkel 4 blir ulik avhengig av om tjenesteytelsen skjer transnasjonalt eller nasjonalt.

Et sentralt poeng er at direktivets fortale forutsetter at direktivet må tolkes i samsvar med EU-rettens tjenesteregler, uten at ordlyden i artikkel 1 krever at det må foreligge et grenseoverskridende element for at direktivet skal komme til anvendelse. Ved å studere valg av ordbruk i henholdsvis traktaten og direktivet, fremstår det også som at restriksjonsbegrepet i artikkel 4 er identisk med restriksjonsbegrepet i tjenestereglene. Hensynet til sammenheng i regelverket taler dermed for at artikkel 4 tolkes likt uavhengig av om det foreligger et grenseoverskridende element eller ikke.

⁶⁹ Sak 279/80 ECLI:EU:C:1981:314 (avsnitt 9).

⁷⁰ Kristin Alsos, *Bemanningsdirektivet – Mulige konsekvenser for norsk rett*, Oslo 2010 s. 17.

Med dette som bakteppe, går jeg nå over til å behandle vilkårene i artikkel 4 første ledd. Herunder vil jeg undersøke nærmere hva som er innholdet i bestemmelsens restriksjonsbegrep, samt innholdet og rekkevidden av de hensyn som kan rettfærdiggjøre restriksjoner.

3.4. Restriksjonsbegrepet i artikkel 4

Artikkel 4 første ledd danner rammen for hvilke begrensninger medlemslandene kan innføre eller opprettholde på bruken av innleid arbeidskraft fra vikarbyråer. Bestemmelsen lyder:

”Forbud mod og restriktioner i anvendelsen af vikararbejde kan kun begrundes i almene hensyn til især beskyttelse af vikaransatte og krav til sundhed og sikkerhed på arbejdspladsen eller i behovet for at sikre et velfungerende arbejdsmarked og forebygge misbrug.”

En naturlig språklig forståelse av ”restriksjoner” tilsier at det må være tale om tiltak som forbyr, hindrer eller på annen måte begrenser anvendelsen av innleid arbeidskraft. Bestemmelsen samsvarer med det grunnleggende restriksjonsforbudet i TEUF og EØS-avtalens hoveddel. Det nærmere innholdet i restriksjonsbegrepet er utviklet gjennom EU-domstolens praksis, og omfatter i dag alle tiltak, diskriminerende eller ikke, som kan hindre eller gjøre tjenesteyterens virksomhet mindre attraktiv.⁷¹ I sak C-439/99 *Varemesse* ble innholdet i restriksjonsbegrepet formulert slik;

”Traktatens artikkel ... 59⁷² stiller krav om ophævelse af restriktioner for ... den frie udveksling af tjenesteydelser. Alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af disse friheder mindre interessant, skal betragtes som sådanne begrænsninger.”⁷³

Dette betyr at nasjonale regler ikke bare utgjør restriksjoner dersom de forbyr eller begrenser adgangen til det interne markedet, men også dersom reglene gjør det mindre attraktivt å levere tjenester over landegrensene. EU-domstolen har med andre ord lagt terskelen lavt for hva som utgjør en restriksjon etter tjenestereglene.

⁷¹ Craig/de Búrca s. 806.

⁷² Tilsvarer nåværende artikkel 56 i TEUF.

⁷³ Sak C-439/99 ECLI:EU:C:2002:14 (avsnitt 22).

3.5. Allmenne hensyn

3.5.1. Innledning

Etter artikkel 4 kan forbud mot og restriksjoner i anvendelsen av innleid arbeidskraft kun begrunnes i ”almene hensyn til især beskyttelse af vikaransatte og krav til sundhed og sikkerhed på arbejdspladsen eller i behovet for at sikre et velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbrug”. Ordlyden tilsier at forbud mot eller restriksjoner på bruk av innleid arbeidskraft bare er i overensstemmelse med direktivet dersom de kan begrunnes i de nærmere angitte hensyn.

Listen over relevante hensyn er imidlertid ikke ment å være uttømmende, jf. ”især”. Når bestemmelsen viser til ”almene hensyn” må dette forstås som en henvisning til den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn, slik den er utviklet i EU-domstolens praksis.⁷⁴ Læren innebærer at restriksjoner på den frie bevegelse av blant annet tjenester kan innføres eller opprettholdes dersom de kan begrunnes ut fra tvingende allmenne hensyn og oppfyller kravet til proporsjonalitet.⁷⁵ Likevel vil de hensyn som følger direkte av artikkel 4 være mest relevant på dette området.

I det følgende vil jeg redegjøre nærmere for innholdet og rekkevidden av disse hensynene, før jeg avslutningsvis behandler kravet til proporsjonalitet.

Det er nær sammenheng mellom hensynet til å sikre et velfungerende arbeidsmarked og hensynet til å forhindre misbruk, og det er tidvis en vekselvirkning mellom de to. Hensynene vil i det følgende behandles separat, men avslutningsvis vil jeg kommentere forholdet mellom dem, fordi det er av betydning for vurderingen av hvilke hensyn som kan rettferdiggjøre de norske begrensningene på arbeidsinnleie i kapittel 4.

3.5.2. Hensynet til å beskytte innleid arbeidstaker

Artikkel 4 gjør unntak fra restriksjonsforbudet når tiltaket kan begrunnes i hensynet til ”beskyttelse af vikaransatte”. Ordlyden tilsier at vernehensyn kan rettferdiggjøre restriksjoner. Etter artikkel 2 skal beskyttelsen av innleide arbeidstakere søkes oppnådd gjennom likebehandlingsprinsippet i artikkel 5. Denne bestemmelse skal blant annet sikre de innleide arbeidstakerne tilsvarende arbeids- og ansettelsesvilkår som innleievirksomhetens faste

⁷⁴ Prop. 74 L (2011–2012) s. 41.

⁷⁵ Craig/de Búrca s. 833-834.

ansatte. Dersom det ut over dette skulle være behov for ytterligere beskyttelse av de innleide arbeidstakerne, åpner artikkel 4 for at det kan innføres restriksjoner på bruken av innleid arbeidskraft nettopp ut fra et slikt hensyn. Ordlyden gir imidlertid liten veiledning utover dette, og det må ses hen til øvrige rettskilder for å fastlegge hensynets innhold og rekkevidde.

EU-domstolen har i en rekke saker lagt til grunn at beskyttelse av arbeidstakere er et relevant allment hensyn. Dette illustreres i sak C-164/99 *Portugaia*, hvor domstolen fastslår at ”[b]eskyttelsen af arbejdstagere er et af de tvingende almene hensyn, Domstolen har anerkendt ...”⁷⁶

Utstasjoneringsdirektivet⁷⁷ kan også bidra til å kaste lys over hva som ligger i hensynet til å beskytte innleide arbeidstakere. Når en arbeidstaker i en bestemt periode utfører arbeid i et annet EØS-land enn det landet arbeidstakeren vanligvis utfører sitt arbeid i, skal utstasjoneringsdirektivet sikre at den utstasjonerte arbeidstakeres får sosiale rettigheter på like vilkår med nasjonale arbeidstakere. I direktivets artikkel 3 første punktum er det oppregnet en liste med arbeidsvilkår som er formulert som minimumskrav. Disse minimumskravene kan potensielt utgjøre restriksjoner på bruken av innleid arbeidskraft fra vikarbyråer. For eksempel vil minimumsvilkårene som knytter seg til maksimal arbeidstid og minimum hviletid kunne utgjøre restriksjoner, fordi reglene setter begrensninger for hvor mye de innleide arbeidstakerne kan jobbe i innleiebedriften.

Etter vikarbyrådirektivets fortale punkt 22 følger det at ”[d]ette direktiv ... berører ikke direktiv 96/71/EF”. En slik presisering tilsier at vikarbyrådirektivet ikke kommer til anvendelse på rettsforhold som reguleres av utstasjoneringsdirektivet, og at begrensninger basert på minimumskravene i utstasjoneringsdirektivet ikke kan anses som uforenelig med vikarbyrådirektivet artikkel 4.

3.5.3. Hensynet til helse og sikkerhet i arbeidet

Et annet hensyn som kan legitimere restriksjoner i bruken av innleid arbeidskraft er i følge artikkel 4 krav til ”sundhed og sikkerhed” på arbeidsplassen. En naturlig språklig forståelse tilsier dette at det er adgang til å innføre eller opprettholde restriksjoner på bruken av innleide arbeidstakere, dersom det er sikkerhetsmessige forhold på arbeidsplassen som kan

⁷⁶ Sak C-164/99 ECLI:EU:C:2002:40 (avsnitt 20).

⁷⁷ Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.

rettferdiggjøre dette. Dersom den innleide arbeidstaker ikke har tilstrekkelig kompetanse kan det for eksempel oppstå farlige situasjoner enten for arbeidstaker selv eller for hans kollegaer. Som eksempel kan nevnes arbeidsplasser hvor det arbeides med farlige instrumenter, kjemikalier, verktøy eller lignende, som ofte fordrer en spesiell kompetanse hos arbeidstakerne.⁷⁸

3.5.4. Hensynet til å sikre et velfungerende arbeidsmarked

Forbud mot eller restriksjoner på innleie av arbeidskraft fra vikarbyråer kan også begrunnes ut i fra krav som stilles for å ”sikre et velfungerende arbeidsmarked”. Hva som kjennetegner et velfungerende arbeidsmarked kan variere. Arbeidsmarkedet styres i grove trekk av tilbud og etterspørsel av arbeidskraft. Tradisjonelt karakteriseres et velfungerende arbeidsmarked blant annet ved tilgang på arbeid, effektive ordninger for kommunikasjon mellom arbeidssøker og arbeidsgiver, trygge arbeids- og ansettelsesvilkår og lavt frafall i relasjon til trygdeordninger.⁷⁹

I direktivets fortale fremheves hovedregelen om at arbeidstakere skal ansettes fast uten tidsbegrensede avtaler.⁸⁰ Dette tilsier at direktivet anerkjenner faste ansettelser som en betingelse for et velfungerende arbeidsmarked, med den konsekvens at medlemslandene kan innføre eller opprettholde restriksjoner på arbeidsinnleie, dersom slike tiltak er ment å hindre uthuling av hovedregelen.

I den allerede omtalte *Shell*-saken var det blant annet spørsmål om en bestemmelse i en finsk kollektivavtale utgjorde en restriksjon etter artikkel 4, og om den i så tilfelle kunne begrunnes i hensynet til et velfungerende arbeidsmarked. Etter kollektivavtalen var bruk av innleid arbeidskraft kun tillatt ved kortvarige arbeidstopper eller for begrensede arbeidsoppgaver som ikke kunne utføres av virksomhetens egne arbeidstakere. Etter avtalen var det heller ikke tillatt å leie inn arbeidstakere for den vanlige virksomheten over lengre tid.

I generaladvokatens forslag til avgjørelse i saken ble det foretatt en nærmere presisering av hensynet til et velfungerende arbeidsmarked. Han uttaler at

”... [det] drejer sig om at forhindre, at en arbejdsopgave, som hører ind under faste arbejdsrelationer, uden rimelig grund tildeles vikaransatte, og således sikre, at anvendelsen af vikararbejde ikke fører til

⁷⁸ Andreas van den Heuvel s. 213

⁷⁹ Andreas van den Heuvel s. 214.

⁸⁰ Se direktivets fortale punkt 15.

tab af arbejdspladser i brugervirksomheden. I denne forbindelse gør jeg opmærksom på, at det fremgår af de betragtninger, der lå til grund for vedtagelsen af direktiv 2008/104, at vikararbejde ikke anses for en erstatning for stabile ansættelsesformer.”⁸¹

Dette tilsier at innleide arbeidstakere kun skal benyttes i tilfeller der det er rimelig grunn til det, og ikke som en erstatning for virksomheters faste ansette. I forlengelsen av dette er et velfungerende arbeidsmarked tradisjonelt forbudet med topartsforhold. Særlige problemer kan oppstå ved innleie, nettopp fordi innleie fra vikarbyråer innebærer at det etableres et trepartsforhold. En slik trepartskonstellasjon kan by på utfordringer i henhold til rammene for arbeidsforholdet, eksempelvis i forhold til reglene om stillingsvern.⁸² Dette betyr at medlemslandene kan innføre eller opprettholde forbud mot eller restriksjoner på bruken av innleid arbeidskraft, dersom tiltaket er begrunnet i å sikre stabile og faste ansettelsesforhold.

3.5.5. Hensynet til å forhindre misbruk

Endelig åpner artikkel 4 første ledd for at tiltak som gjennomføres for å ”forebygge misbruk” kan innføres eller opprettholdes selv om de i utgangspunktet utgjør en restriksjon på bruken av innleid arbeidskraft. En naturlig språklig forståelse tilsier at restriksjonene må være begrunnet i et ønske om å forhindre misbruk av den innleide arbeidstaker eller å forhindre omgåelse av det øvrige regelverket og de hensyn som begrunner det.

Igjen kan direktivets fortale belyse begrepets innhold. Etersom direktivet forutsetter at faste, tidsubegrensede arbeidsavtaler er hovedregelen, vil innleie av arbeidstakere fra vikarbyråer kunne representere misbruk. Årsaken er at innleie av arbeidstakere fra vikarbyråer er egnet til å undergrave arbeidsmuligheter og trygghet for arbeidstakere i faste stillinger, dersom innleie ikke er underlagt visse begrensninger. Hensynet til å sikre faste ansettelsesforhold, som skissert i punkt 3.5.4, får dermed tilsvarende anvendelse i forhold til behovet for å forebygge misbruk.

Siden direktivet uttrykker en hovedregel om tidsubegrensede arbeidsavtaler, tilsier det at bruk av innleid arbeidskraft også kan representere misbruk med hensyn til den innleide arbeidstaker. Typisk vil dette være tilfelle hvor samme arbeidstaker blir innleid i flere påfølgende perioder, uten tilbud om fast stilling. For å hindre at innleieordningen trer i stedet

⁸¹ Forslag til afgørelse i sak C-533/13 fra generaladvokat Szpunar ECLI:EU:C:2014:2392 (avsnitt 109 og 110).

⁸² Andreas van den Heuvel s. 214.

for fast ansettelse, kan derfor medlemslandene innføre eller opprettholde restriksjoner på bruken av arbeidsinnleie.

Innleide arbeidstakere har mindre forutsigbarhet enn virksomhetens faste ansatte når det kommer til arbeidsmengde, noe som også innebærer mindre forutsigbarhet knyttet til lønn. Vikarbyråene har ingen formidlingsplikt overfor sine ansatte og er heller ikke pålagt å ha noe system for fordelingen av de oppdragene de mottar. Dermed er det ingen garanti for arbeidstakerne i vikarbyråene at de blir tildelt oppdrag eller hvilke kriterier som eventuelt utgjør vurderingsgrunnlaget for hvem som får tildelt oppdragene. Slike forhold er potensielt egnet til å utgjøre misbruk.

Et annet forhold som potensielt kan utgjøre misbruk, er forholdet til den innleide arbeidstakers stillingsvern. Trepartskonstellasjonen som oppstår mellom innleier, arbeidstaker og utleier, innebærer som nevnt at arbeidstaker ikke har noe arbeidsforhold i relasjon til innleier. Da trenger heller ikke innleier å følge lovens regler om oppsigelse dersom den innleide arbeidstaker ikke innfrir innleiers forventninger. Tilsvarende kan bruk av innleid arbeidskraft utgjøre misbruk dersom en slik ansettelsesform benyttes for å omgå reglene om midlertidige ansettelser. Typisk vil dette være tilfelle når en person, som har vært midlertidig ansatt over lengre tid, blir bedt om å få seg jobb i et vikarbyrå slik at arbeidsgiver kan leie inn vedkommende og på denne måten omgå reglene som gjelder for midlertidige ansettelser. Å forebygge at slike situasjoner oppstår, er derfor også innenfor rammen av artikkel 4 første ledd.

3.5.6. Særlig om forholdet mellom hensynet til å sikre et velfungerende arbeidsmarked og hensynet til å forhindre misbruk

Som nevnt i punkt 3.5.1, har hensynet til å forhindre misbruk nær sammenheng med hensynet til å sikre et velfungerende arbeidsmarked. Hensynene knytter seg imidlertid til to ulike situasjoner; mens hensynet til å forebygge misbruk knytter seg til konsekvensene for den enkelte arbeidstaker i innleiesituasjonen, knytter behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked seg til hvordan arbeidsmarkedet som helhet fungerer.⁸³

På bakgrunn av redegjørelsen om hensynet til å forhindre misbruk i punkt 3.5.5 ovenfor, er det likevel nærliggende å se det slik at hensynet har to sider. Den ene siden knytter seg til misbruk i relasjon til den delen av arbeidstakerne som er fast ansatt, og da som følge av at

⁸³ Andreas van den Heuvel s. 217.

innleie av arbeidstakere fra vikarbyråer er egnet til å undergrave arbeidsmuligheter og trygghet for de fast ansatte. Den andre siden retter seg mot misbruk i relasjon til den enkelte utleide arbeidstaker. Førstnevnte knytter seg til betydningen av et sterkt stillingsvern, og er nærmest sammenfallende med hensynet til å sikre et velfungerende arbeidsmarked.

Spørsmålet er hvordan sammenhengen mellom disse to hensynene skal forstås i forhold til vurderingen av de norske begrensningene på bruk av innleid arbeidskraft i kapittel 4.

I departementets begrunnelse for at de norske begrensningene på bruk av innleid arbeidskraft kan rettferdiggjøres ut i fra hensynet til et velfungerende arbeidsmarked og for å forhindre misbruk, behandles de to hensynene under ett. Departementet viser til at reglene er begrunnet i behovet for å sikre at faste og direkte ansettelser forblir den alminnelige ansettelsesform, og å forhindre at innleie fra vikarbyråer skjer på bekostning av direkte midlertidige ansettelser.⁸⁴

I forslaget til avgjørelse i *Shell*-saken, tilnærmer også generaladvokaten seg de to hensynene under ett med henvisning til behovet for å sikre at innleid arbeidskraft fra vikarbyråer ikke benyttes på bekostning av faste arbeidsplasser.⁸⁵ Det er mest nærliggende å se det slik at disse forholdene først og fremst knytter seg til arbeidsmarkedet som helhet, og da særlig med hensyn til stillingsvern og topartsrelasjoner som et viktig premiss for et velfungerende arbeidsmarked. Begrunnelsen knytter seg dermed ikke direkte til å forhindre misbruk av den enkelte utleide arbeidstaker, selv om det er nærliggende å tro at dette også har vært lovgivers intensjon. På denne måten kan man si at hensynet til å forhindre misbruk i stor grad konsumeres av hensynet til et velfungerende arbeidsmarked.

For denne avhandlingen fremstår dermed hensynet til et velfungerende arbeidsmarked som mest relevant, selv om enkelte momenter mest naturlig kan knyttes opp mot hensynet til å forhindre misbruk. Ved vurderingen av de norske innleiereglene opp mot direktivet i kapittel 4, anser jeg det derfor mest hensiktsmessig å behandle begge hensyn under ett.

3.6. Proporsjonalitetskravet

At et tiltak som gjør inngrep i grunnfrihetene kan legitimeres ut fra allmenne hensyn er, som nevnt innledningsvis, en nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for at tiltaket skal være forenelig med EU- og EØS-retten. Tiltaket må også oppfylle kravet til proporsjonalitet.⁸⁶

Proporsjonalitetskravet er todelt; Den første forutsetningen er at tiltaket må være egnet til å nå

⁸⁴ Prop. 74 L (2011–2012) s. 43–45.

⁸⁵ Forslag til avgjørelse i sak C-533/13 fra generaladvokat Szpunar (avsnitt 109 og 110).

⁸⁶ Barnard, *The Substantive Law of the EU*.

formålet som tiltaket er begrunnet med, og den andre forutsetningen er at tiltaket ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for å nå målet.⁸⁷

Ved egnethetstesten må begrensningene i aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 holdes opp mot de mål norske myndigheter tar sikte på å oppnå gjennom reguleringen. Kravet har i praksis ikke blitt tolket strengt slik at det avgjørende er ikke om det finnes andre tiltak som kunne vært bedre egnet for å nå målet, men om det aktuelle tiltaket faktisk *er* egnet.⁸⁸

Ved nødvendighetstesten er det særlig to elementer som står sentralt. For det første om det finnes mindre restriktive tiltak som er egnet til å oppnå målet.⁸⁹ Dersom departementets formål om et arbeidsmarked med hovedvekt på faste ansettelser og topartsrelasjoner kan oppnås med mindre inngripende tiltak, vil begrensningene være i strid med EU- og EØS-retten. Det er ikke et krav at det alternative tiltaket er like godt egnet eller mer egnet til å nå målet. Det er tilstrekkelig at tiltaket faktisk er virkningsfullt nok til at målsetningen oppnås og at det er mulig å gjennomføre i praksis.⁹⁰

Dersom det ikke finnes mindre restriktive tiltak, må det likevel undersøkes om tiltaket må anses å stå i et helt urimelig forhold til betydningen av målet med tiltaket.⁹¹ Dette omtales gjerne som et krav til tiltakets forholdsmessighet, som inviterer til en interesseavveining, hvor den ene vektskålen rommer den aktuelle EU/EØS-statens interesse i å oppnå den konkrete målsetningen og den andre vektskålen rommer den felles EU/EØS-interessen som ligger til grunn for det indre marked.⁹²

Etter EU-domstolens praksis er utgangspunktet for nødvendighetsvurderingen de mål nasjonale myndigheter vil oppnå sett i lys av det beskyttelsesnivå som de ønsker å ivareta.⁹³ Som oftest gir EU-domstolen statene et relativt vidt handlingsrom når det gjelder hvilket beskyttelsesnivå de ønsker på ulike områder, for eksempel dersom en stat ønsker å føre en streng alkoholpolitikk.⁹⁴ Hvilket beskyttelsesnivå norske myndigheter har valgt på arbeidsrettens område er derfor et viktig moment ved vurderingen av om begrensningene på innleie etter aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 oppfyller kravet til proporsjonalitet. EU-

⁸⁷ Barnard, *The Substantive Law of the EU* s. 171.

⁸⁸ Fredriksen/Mathisen s. 93.

⁸⁹ Barnard, *The Substantive Law of the EU* s. 172.

⁹⁰ Fredriksen/Mathisen s. 95.

⁹¹ Barnard, *The Substantive Law of the EU* s. 172.

⁹² Fredriksen/Mathisen s. 100.

⁹³ Forente saker C-186/11 og 209/11 ECLI:EU:C:2013:33 (avsnitt 28).

⁹⁴ Sejersted m.fl. s. 295.

domstolen har i flere saker presisert at en regel ikke alene blir uproporsjonal fordi et annet medlemsland har mindre restriktive regler på det samme området.⁹⁵

⁹⁵ Se blant annet sak C-309/99 ECLI:EU:C:2002:98 (avsnitt 108).

4. Er arbeidsmiljøloven § 14-12, jf. § 14-9 i strid med artikkel 4?

4.1. Innledning

Med gjennomgangen i kapittel 2 og 3 som bakteppe, tar den videre fremstillingen sikte på undersøke hvorvidt aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9, utgjør en restriksjon etter artikkel 4 første ledd, og hvis ja, om restriksjonene kan begrunnes ut i fra de nærmere angitte hensyn. Dernest må det vurderes om restriksjonen oppfyller kravet til proporsjonalitet.

4.2. Utgjør aml. § 14-12, jf. § 14-9 en restriksjon etter artikkel 4?

Det første spørsmålet er om aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 utgjør ”restriksjoner” etter vikarbyrådirektivet artikkel 4 første ledd.

De norske reglene som begrenser bruken av innleid arbeidskraft innebærer ikke en begrenset adgang til det norske markedet. Begrensningene innebærer likevel at etterspørselen på utleietjenester vil få et mer beskjedent omfang enn om tjenesten ikke var underlagt begrensninger. En direkte følge av dette er at det blir mindre attraktivt å drive med utleie til Norge. EU-domstolen har lagt listen lavt og det må anses klart at begrensningene på bruken av innleie ”gør udøvelsen af disse friheder mindre interessant”.⁹⁶

I tråd med tjenestereglenes restriksjonsbegrep er det derfor klart at aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 utgjør en restriksjon etter artikkel 4 første ledd.

4.3. Kan restriksjonene i § 14-12, jf. § 14-9 begrunnes i hensynet til et velfungerende arbeidsmarked og i hensynet til å forhindre misbruk?

Innleieregelen i aml. § 14-12 første ledd har i følge forarbeidende først og fremst sin bakgrunn i ønske om å beskytte arbeidstakernes stillingsvern og i ønsket om å ivareta topartsrelasjonen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.⁹⁷ I et brev til ESA i forbindelse med prosessen de er i gang med for å undersøke om Norge har overholdt sine forpliktelser etter direktivet, skriver Arbeids- og sosialdepartementet følgende om begrunnelsen for reglene i aml. § 14-12 første ledd:

”The WEA section 14-12 is inter alia grounded in the need to ensure that the labour market functions properly and abuses are prevented. The reasoning behind the provisions is stated above; to ensure that

⁹⁶ Sak C-439/99 (avsnitt 22).

⁹⁷ Prop. 74 L (2011–2012) s. 44.

permanent and direct employment remain the general form of employment, and prevent misuse of temporary agency work at the expense of fixed-term employment, which often are alternative forms of employment.”⁹⁸

Både hensynet til et velfungerende arbeidsmarked og hensynet til å hindre misbruk omfatter beskyttelse av stillingsvernet. Et grunnleggende trekk ved organiseringen av det norske arbeidsmarkedet er at arbeidstakere som overveiende hovedregel skal ansattes fast, noe som viser at Norge har valgt et høyt beskyttelsesnivå i forhold til arbeidstakerne. Dette er også i samsvar med den forutsetningen som lå til grunn for vedtakelsen av vikarbyrådirektivet om at vikararbeid ikke er ment som en erstatning for stabile ansettelsesformer, og at tidsubegrensede kontrakter er den alminnelige form for ansettelsesforhold.⁹⁹ Siden de norske reglene i aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 er ment å forhindre at innleie av arbeidskraft undergraver hovedregelen om fast ansettelse eller at innleie skjer på bekostning av direkte midlertidig ansettelser, taler dette for at restriksjonene kan begrunnes i hensynet til et velfungerende arbeidsmarked og i hensynet til å forhindre misbruk.

Arbeidsmiljølovens prøvetidsregler kan også misbrukes dersom ikke bruken av innleid arbeidskraft er underlagt visse restriksjoner. Prøvetidsreglene innebærer at arbeidsgiver i en periode på seks måneder har mulighet til å vurdere arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet og pålitelighet, og arbeidsgiver kan si opp arbeidstaker dersom disse forholdene ikke er tilfredsstillende.¹⁰⁰ Dersom arbeidsgiver leier inn en arbeidstaker med sikte på å ansatte vedkommende i fast stilling senere, vil arbeidsgiver kunne teste arbeidstaker i innleieperioden og deretter stille vilkår om prøvetid for den faste stillingen. På denne måten kan arbeidsgiver sikre seg en utvidet prøvetid.

I forarbeidene til prøvetidsregelen er det klart forutsatt at avtale om såkalt ”try and hire” ikke er lovlig, fordi en slik avtale forutsetter at arbeidsgiver har mulighet til å ansatte den innleide i den aktuelle stilling når innleieperioden er avsluttet¹⁰¹. En slik forutsetning vil være i strid med det grunnleggende kravet for innleie, nemlig at det må dreie seg om et midlertidig arbeidskraftsbehov. Restriksjonene i aml. § 14-12 bidrar dermed til å unngå at

⁹⁸ Jf. brev av 27. mars 2015, fra Arbeids- og sosialdepartementet til EFTAs overvåkningsorgan (ESA). Tittel: ”Conformity assessment of the implementation of Directive 2008/104/EC on temporary agency work” s. 3.

⁹⁹ Jf. direktivets fortale punkt 15.

¹⁰⁰ Jf. aml. § 15-6 første og tredje ledd.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 44.

prøvetidsreglene omgås og at arbeidstakernes stillingsvern misbrukes. Dette taler for at restriksjonene er innenfor rammen av de hensyn som følger av artikkel 4.

I norsk rett spiller topartsrelasjonen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver en viktig rolle, og reglene i arbeidsmiljøloven er i stor grad utformet deretter. Innleieinstituttet kan blant annet medføre at systemet med tillitsvalgte som representanter for arbeidstakerne utvannes, ettersom tillitsvalgte kun representerer virksomhetens arbeidstakere. Tillitsvalgte i bemanningsbyråer jobber som oftest et annet sted enn sine kollegaer, og den innleide arbeidstakeren ender da opp med å bli representert av en tillitsvalgt som ikke kjenner vedkommendes arbeidssted. Også drøftelsesreglene i arbeidsmiljølovens kapittel 8 og 9 bygger på en forutsetning om et topartsforhold, hvor partene skal samarbeide ved felles drøftelser om ulike forhold i virksomheten.

Det samme kan sies om maktstrukturen i arbeidsmarkedet for øvrig, hvor maktbalansen mellom de organisasjonene som skal ivareta arbeidsgivers interesser på den ene siden og arbeidstakerorganisasjonene på den andre siden representerer en sentral forutsetning for et velfungerende arbeidsmarked. Dersom trepartsforhold blir for utbredt i arbeidsmarkedet, kan dette medføre at maktstrukturen mellom partene i arbeidslivet endres. Siden restriksjonene i aml. § 14-12 bidrar til å ivareta topartsrelasjonen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, taler dette for at restriksjonene kan begrunnes i hensynet til et velfungerende arbeidsmarked.

På den annen side kan det argumenteres for at bemanningsbransjen kan ha positiv innflytelse på arbeidsmarkedet. Historisk sett har det norske regelverket for både ut- og innleie gjennomgått flere endringer. Før 1971 var dette ikke underlagt lovregulering, men i 1971 ble det lovfestet et generelt forbud mot utleie, likevel slik at det var en dispensasjonsadgang som muliggjorde unntak.¹⁰² Bakgrunnen for et slik forbud ble i forarbeidene begrunnet med at utleiefirmaene bare i beskjeden grad bidro med ny arbeidskraft.¹⁰³ Først i 2000 ble reglene liberalisert og endret som følge av problemer knyttet til tolkning og håndhevingen av regelverket.¹⁰⁴ Liberaliseringen ble også begrunnet i at forbudet mot innleie var lite tilpasset et arbeidsmarked i sterk endring med hyppigere grad av jobbskifter, videreutdanning og fleksibilitet.¹⁰⁵ Endringene innebar at forbudet mot utleie av arbeidskraft ble opphevet, men

¹⁰² Prop. 74 L (2011–2012) s. 25.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 53 (1970–1971) s. 2.

¹⁰⁴ NOU 1998: 15 (1970–1971) s. 120.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 26.

samtidig ble det innført strenge restriksjoner på adgangen til å benytte innleid arbeidskraft i § 55 K i arbeidsmiljøloven av 1977. Denne bestemmelsen tilsvarer nåværende bestemmelse i aml. § 14-12.

Utviklingen siden liberaliseringen av reglene i 2000 viser at antall sysselsatte i bemanningsbransjen har økt, uten at det kan påvises at dette har hatt noen nevneverdig påvirkning på hvordan arbeidsmarkedet fungerer.¹⁰⁶ Som nevnt i punkt 3.5.4 kjennetegnes et velfungerende arbeidsmarked blant annet av tilstedeværelse av effektive kommunikasjonskanaler mellom arbeidssøkende og arbeidsgivere. På dette punktet kan vikarbyråene være sterke bidragsyttere, og for mange vil terskelen for å komme inn på arbeidsmarkedet bli lavere, fordi arbeidsgivers opplevde risiko ved nyansettelser reduseres. Bemanningsbransjen kan på denne måten også bidra til at færre arbeidstakere går arbeidsledig over lengre tid. Dette taler mot at restriksjonene i aml. § 14-12, jf. § 14-9 kan rettferdiggjøres ut i fra hensynet til et velfungerende arbeidsmarked.

Likevel er det slik at de fleste ønsker fast ansettelse direkte i virksomheten fremfor å arbeide for et vikarbyrå. Hvordan arbeidsmarkedet hadde sett ut uten restriksjoner på bruk av innleid arbeidskraft, er umulig å svare på. Gitt at en slik ansettelsesform ble mer utbredt, ville det imidlertid innebære at stillingsvernet ville stått svakere og arbeidstakere ville hatt mindre trygghet og forutberegnelighet i sin arbeidssituasjon og med hensyn til inntekt. Bruk av innleid arbeidskraft utgjør en trussel mot stillingsvernet ved at utleide arbeidstakere ofte ikke har fast ansettelse i vikarbyråene, og fordi en virksomhet ved å anvende innleid arbeidskraft kan unngå å ansette arbeidstakere i faste stillinger. Ettersom artikkel 4 gir rom for å legge vekt på arbeidsmarkedshensyn, og et sterkt stillingsvern med topartsrelasjoner mellom arbeidstaker og arbeidsgiver er et viktig premiss for et velfungerende arbeidsmarked, er konklusjonen at restriksjonene på bruk av innleid arbeidskraft i aml. § 14-12, jf. § 14-9, forfølger et lovlig formål.

Det avgjørende blir derfor om restriksjonene oppfyller kravet til proporsjonalitet.

¹⁰⁶ Andreas van den Heuvel s. 259.

4.4. Oppfyller restriksjonene kravet til proporsjonalitet?

4.4.1. Egnethetsvurderingen

Ved egnethetstesten er det avgjørende hvorvidt tiltaket er tjenlig som middel for å nå målet.¹⁰⁷ Det må derfor undersøkes om restriksjonene i aml. § 14-12, jf. § 14-9 er egnet til å oppnå lovgivers mål om et velfungerende arbeidsmarked med hovedvekt på et sterkt stillingsvern og topartsrelasjoner mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.

Siden innleiereglene er begrunnet i hensynet til et sterkt stillingsvern, hvor hovedregelen er at arbeidsavtaler skal inngås uten tidsbegrensninger og direkte mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, er restriksjonene i aml. § 14-12, jf. § 14-9 egnet til å oppnå dette formålet.

4.4.2. Nødvendighetsvurderingen

Med utgangspunkt i redegjørelsen i punkt 3.6 er det springende punkt i nødvendighetsvurderingen om reglene griper mer inn i den frie bevegelsen enn nødvendig og om de er forholdsmessig. Herunder er det særlig sentralt å undersøke om det finnes mindre restriktive tiltak som kan benyttes for å nå det aktuelle målet.¹⁰⁸ Etter EU-domstolens praksis er utgangspunktet for nødvendighetsvurderingen de mål nasjonale myndigheter vil oppnå sett i lys av det beskyttelsesnivå de ønsker å ivareta.¹⁰⁹

I departementets vurdering av om reglene i aml. § 14-12 er proporsjonale uttales det at selv om reglene griper inn i adgangen til å benytte innleid arbeidskraft, griper de ikke mer inn ”enn det som er nødvendig for å oppnå formålet om *hovedvekt* på faste ansettelsesforhold og topartsrelasjoner”.¹¹⁰ Likevel foretar ikke departementet en vurdering av om andre, mindre inngripende tiltak, kunne vært tatt i bruk for å oppnå dette formålet.

Det kan argumenteres for at i tilfeller hvor den innleide arbeidstakeren er fast ansatt i vikarbyrået, vil departementets stillingsvernargumentasjon stå svakt. Grunnen er at da vil den innleide arbeidstakeren ha den tryggheten som en fast stilling representerer. Også topartsrelasjonen, som departementet fremhever i sin begrunnelse, vil på denne måten bli ivaretatt. Nettopp et slikt synspunkt ble lagt til grunn av både NHO og Den norske

¹⁰⁷ Barnard, *The Substantive Law of the EU* s. 171.

¹⁰⁸ Barnard, *The Substantive Law of the EU* s. 172.

¹⁰⁹ Se forente saker C-186/11 og 209/11 (avsnitt 28).

¹¹⁰ Prop. 74 L (2011–2012) s. 45.

advokatforening i deres høringssvar til departementet. NHO viser til at ”[v]ernehensynet er ivaretatt langt på vei ved at vikaransatte normalt er fast ansatt i bemanningsbyråene, og følgelig nyter godt av stillingsvernet. Inntekten for den enkelte vil riktignok variere avhengig av om det finnes oppdrag for arbeidstakerne eller ikke, men stillingsvernet har de uansett”.¹¹¹

Mot dette kan det anføres at et sterkt stillingsvern vil miste mye av sin verdi dersom forutberegnelighet med hensyn til lønn tas ut av ligningen. Selve kjernen i stillingsvernreglene er å gi arbeidstaker trygghet i arbeidssituasjonen og forutberegnelighet i forhold til inntekt. Dette tilsier at fast ansettelse i vikarbyrå ikke gir arbeidstakerne et tilstrekkelig stillingsvern og at reglene i aml. § 14-12 er proporsjonale. Situasjonen blir derimot en annen dersom arbeidstaker er fast ansatt med garantilønn mellom oppdragene. Da vil arbeidstaker nyte samme stillingsvern som fast ansatte i ”ordinære virksomheter”. Dette taler for at restriksjonene i aml. § 14-12 ikke er proporsjonale i slike tilfeller.

Som nevnt i punkt 1.2, hadde restriksjonene på bruken av innleid arbeidskraft som skulle vurderes i *Shell*-saken, flere likhetstrekk med de begrensningene som gjelder på bruk av innleid arbeidskraft etter aml. § 14-12. Dette skulle kun være tillatt ved kortvarige arbeidstopper eller for begrensede arbeidsoppgaver som ikke kunne utføres av virksomhetens egne arbeidstakere. Etter avtalen var det heller ikke tillatt å leie inn arbeidstakere for den vanlige virksomheten over lengre tid. I generaladvokatens forslag til avgjørelse i saken legger han i proporsjonalitetsvurderingen særlig vekt på at

”[d]e nævnte restriktioner [er] snævert forbundet med de lovlige mål, der forfølges, idet de alene tager sigte på konkret at udtrykke vikarbejdets midlertidige karakter og således undgå, at denne form for ansættelse erstatter direkte ansættelse.”¹¹²

Vikarbyrådirektivet definerer ikke begrepet vikararbeid, men i artikkel 3 fremgår det at denne type ansettelsesform knytter seg til forhold som er inngått ”midlertidigt”.¹¹³ Ordlyden tilsier at bruk av vikararbeid ikke kan benyttes for å dekke et permanent behov for arbeidskraft.

Direktivet inneholder imidlertid ikke en oppregning av tilfeller som kan begrunne bruk av denne ansettelsesform, men artikkel 12 forutsetter at direktivet har til hensikt å respektere at medlemsstatene har forskjellige arbeidsmarkeder med ulike behov.

¹¹¹ Næringslivets Hovedorganisasjon, Høring – bemanningsbyrådirektivet, 20. desember 2010 s. 7. Se også Den norske Advokatforening, Høringsuttalelse – vikarbyrådirektivet, 22. desember 2010 s. 4.

¹¹² Forslag til avgjørelse i sak C-533/13 fra generaladvokat Szpunar (avsnitt 128).

¹¹³ Jf. definisjonen av begrepene ”vikarbureau”, ”vikaransat” og ”brugervirksomhed” i artikkel 3 første ledd bokstav b til d.

Det at EU-lovgiver har valgt å ikke definere de tilfeller hvor bruk av innleid arbeidskraft er berettiget, tilsier at medlemslandene er gitt en vid skjønnsmargin på dette området. En slik forståelse har også støtte i direktivets artikkel 9 annet ledd, som forutsetter at medlemslandene skal ha stor handlefrihet i forhold til å sike at eventuelle restriksjoner som fjernes, ikke fører til forringelse av det generelle beskyttelsesnivå som medlemslandene har valgt på området.

I tråd med EU-domstolens praksis må det tas utgangspunkt i de mål norske myndigheter vil oppnå sett i lys av det beskyttelsesnivå som de ønsker å ivareta. Som departementet påpeker har Norge valgt et høyt beskyttelsesnivå i forhold til arbeidstakere og den tryggheten og forutsigbarheten en fast stilling representerer utgjør kjernen i formålet med arbeidsmiljøloven.¹¹⁴ I samsvar med de forutsetninger som ligger bak direktivet, må bruken av innleid arbeidskraft ikke skje til skade for direkte ansettelser, men snarere tvert i mot bidra til tryggere ansettelsesformer. Restriksjonene i aml. § 14-12, jf. § 14-9 er dermed, i likhet med generaladvokatens vurdering i *Shell*-saken, snevert forbundet med de lovlige formål reglene forfølger, ”idet de alene tager sigte på konkret at udtrykke vikararbejdets midlertidige karakter og således undgå, at denne form for ansættelse erstatter direkte ansættelse”. Dersom koblingen mellom aml. § 14-12 og § 14-9 fjernes, vil hovedregelen om fast ansettelse og reglene om direkte midlertidig ansettelse lett kunne omgås. Det er heller ikke lett å se hvordan departementets målsetning skal kunne oppnås gjennom mindre restriktive tiltak. Dette taler for at restriksjonene i aml. § 14-12, jf. § 14-9 ikke går lenger enn nødvendig for å oppnå ønsket beskyttelse.

Siden de norske innleiereglene tar sikte på å oppnå et mål som er i tråd med EU-lovgivers forutsetning, herunder at innleid arbeidskraft ikke skal erstatte hovedregelen om fast ansettelse, representerer reglene heller ikke et uforholdsmessig inngrep i den interessen som ligger til grunn for det indre marked.

4.4.3. Særlig om betydningen av at aml. § 14-9 første ledd bokstav f) ikke er gitt tilsvarende anvendelse for innleie etter § 14-12

Som nevnt innledningsvis i punkt 2.2 ble reglene om bruk av midlertidige ansettelser nylig endret. Med hjemmel i aml. § 14-9 første ledd bokstav f) kan arbeidsgiver nå ansette arbeidstakere midlertidig inntil 12 måneder uten nærmere begrunnelse eller krav

¹¹⁴ Jf. brev av 27. mars 2015, fra Arbeids- og sosialdepartementet til EFTAs overvåkningsorgan (ESA) s. 3.

om at det må dreie seg om dekning av et midlertidig behov. Bakgrunnen for den nye regelen er i følge departementet et ønske om et mer fleksibelt arbeidsmarked, hvor arbeidsgivers opplevde risiko ved nyansettelser skal reduseres og terskelen for å komme inn på arbeidsmarkedet skal bli lavere.¹¹⁵ Denne regelen gjelder imidlertid ikke for innleie etter aml. § 14-12 og i forarbeidene begrunnes dette med at

”[p]arallele regler for midlertidig ansettelse og innleie har ikke vært et mål i seg selv. Målet var knyttet til det å ha høyt beskyttelsesnivå for faste ansettelser og topartsrelasjoner. Det er vanskelig å se at en begrenset liberalisering av reglene om midlertidig ansettelse vil svekke begrunnelsen for de restriksjonene vi har på innleie. Innleie skal kunne skje i samme utstrekning som i dag.”¹¹⁶

En av departementets hovedbegrunnelser bak restriksjonene på bruk av innleie er å forhindre omgåelse av reglene om midlertidig ansettelse. Dersom den nye generelle adgangen til midlertidig ansettelse gis tilsvarende anvendelse for innleie, er det ingen risiko for at slik omgåelse vil skje, ettersom de to alternative ansettelsesformene vil være undergitt en parallell regulering. Hvis aml. § 14-9 første ledd bokstav f anses som tilstrekkelig beskyttelse av stillingsvernet, tilsier det at regelverket går lenger enn nødvendig for å oppnå ønsket beskyttelse.

Departementet viser til at den reelle forskjellen i adgangen til å bruke innleid arbeidskraft og midlertidig ansettelser ikke vil bli nevneverdig stor, ettersom aml. § 14-12 annet ledd gir innleievirksomheter som er bundet av tariffavtale adgang til å inngå avtale om tidsbegrenset innleie fra bemanningsbyråer, uten hinder av vilkårene i § 14-9. Denne adgangen forutsetter imidlertid at arbeidsgiver faktisk klarer å få i stand en avtale med tillitsvalgte om innleie. Samtidig er ikke alle virksomheter bundet av tariffavtaler.

Det at arbeidsmiljølovens regler i stor grad er utformet med en topartsrelasjon mellom arbeidstaker og arbeidsgiver for øye, blant annet i forhold til ordninger med tillitsvalgte, rett til drøfting, informasjon, verneombud og arbeidsmiljøvalg, tilsier at restriksjonene er proporsjonale. På den annen side kan formålet bak disse bestemmelsene oppnås gjennom mindre restriktive tiltak, for eksempel ved å utforme regler som i større grad integrerer innleide arbeidstakere i slike prosesser.¹¹⁷ Dette taler for at restriksjonene i aml. § 14-12, jf. § 14-9 går lenger enn nødvendig for å oppnå ønsket beskyttelse.

¹¹⁵ Prop. 39 L (2014–2015) s. 95.

¹¹⁶ Prop. 39 L (2014–2015) s. 117.

¹¹⁷ Andreas van den Heuvel s. 260.

Det norske arbeidsmarkedet har en lang tradisjon med arbeidstakerorganisasjoner og arbeidsgiverorganisasjoner, hvor tanken er at arbeidstakerne skal kunne stå samlet med sine krav mot den antatt sterkeste part, arbeidsgiveren. En slik maktstruktur baseres i hovedsak på en topartsrelasjon mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Hvor strengt EU-domstolen bedømmer nasjonale restriksjoner, har imidlertid sammenheng med hvor sensitivt temaet er.¹¹⁸ Særlig i politisk følsomme spørsmål vil domstolen være mer forsiktig, og ofte se hen til medlemslandenes praksis og tradisjon.¹¹⁹ Det kan derfor tenkes at domstolen vil være forsiktig med å overprøve slike politiske reguleringer på arbeidsmarkedets område. På den annen side har EU-domstolen, blant annet i sak C-341/05 *Laval* og sak C-438/05 *Viking Line*, vært mer tilbøyelig til å beskytte de fire friheter enn arbeidsmarkedet som helhet.¹²⁰

4.5. Konklusjon og veien videre

Som drøftelsen over viser har jeg i hovedsak kommet til at restriksjonene i aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9, er innenfor rammen av artikkel 4. Unntaket er hvor arbeidstaker er fast ansatt i vikarbyrået, med garantilønn mellom oppdragene. Da vil restriksjonene etter mitt syn ikke oppfylle kravet til proporsjonalitet. Det er også god grunn til å stille spørsmål ved departementets begrunnelse for at aml. § 14-9 første ledd bokstav f ikke er gitt anvendelse for innleie etter § 14-12. Etter min mening er det mye som taler for at departementet her går lenger enn nødvendig for å oppnå ønsket beskyttelse.

I lys av dette kan det være interessant å undersøke nærmere hvilke muligheter arbeidslivets parter har for å bringe på det rene om restriksjonene som følger av aml. § 14-12, jf. § 14-9 faktisk er i overensstemmelse med direktivet. Det kan for eksempel oppstå en tvist mellom private parter om lovligheten av restriksjonene, enten i relasjon til arbeidsmiljølovens bestemmelser eller i relasjon til tariffbaserte restriksjoner knyttet til innleie. Det er dette som er temaet i neste kapittel.

¹¹⁸ Barnard, *The Substantive Law of the EU* s. 382.

¹¹⁹ Sejersted m.fl. s. 451 og 452.

¹²⁰ Se sak C-438/05 ECLI:EU:C:2007:772 og sak C-341/05 ECLI:EU:C:2007:809. En nyere dom, sak 396/13 ECLI:EU:C:2015:86, har imidlertid av mange blitt oppfattet som en kursendring på dette området, hvoretter domstolen i større grad er tilbøyelig til å vektlegge hensynet til arbeidstakere og arbeidsmarkedet som helhet fremfor de fire friheter. Om dommen kan tolkes som en kursendring fra EU-domstolens, gjenstår å se.

5. Konsekvenser

5.1. Innledning

Problemstillingen i det følgende er hva som blir konsekvensene av en eventuell motstrid mellom aml. § 14-12 første ledd og vikarbyrådirektivet artikkel 4. Herunder er spørsmålet hvilke virkemidler privatpersoner eller næringsdrivende har til disposisjon dersom de ønsker å få prøvd om restriksjonene på bruk av innleid arbeidskraft i norsk rett, er i strid med vikarbyrådirektivet.

5.2. Direktivkonform fortolkning og presumsjonsprinsippet

Dersom den nasjonale gjennomføringen av EØS-retten skulle vise seg å ha mangler, vil nasjonale domstoler i mange tilfeller kunne avhjelpe dette. EU-domstolen har, med grunnlag i lojalitetsplikten i TEU artikkel 4 tredje ledd, pålagt nasjonale domstoler å gjøre bruk av et hvert tolkningsrom for å sørge for at nasjonal rett fortolkes og anvendes i overensstemmelse med EU-retten. At en slik plikt til direktivkonformtolkning også gjelder i EØS-retten, ble lagt til grunn av EFTA-domstolen i sak E-4/01, *Karlsson*.¹²¹ Det rettslige grunnlaget for plikten følger av EØS-rettens lojalitets- og konformitetskrav i EØS-avtalen artikkel 3, og domstolen har lagt til grunn at nasjonale domstoler må strekke seg ”as far as possible” for å sørge for at nasjonal rett tolkes i overensstemmelse med EØS-retten.¹²²

Regelen om direktivkonform fortolkning har likevel liten selvstendig betydning i norsk rett. Dette skyldes at norsk rett opererer med et presumsjonsprinsipp, som allerede oppstiller lignende plikter for nasjonale domstoler. Presumsjonsprinsippet er utviklet i rettspraksis, og innebærer at norsk rett forutsettes å være i overensstemmelse med de folkerettslige forpliktelser Norge har påtatt seg. Nasjonale domstoler plikter derfor å fortolke og anvende norske rettsregler i overensstemmelse med folkeretten, og dette kan i mange tilfeller avhjelpe at EØS-retten er manglende eller uriktig gjennomført i norsk rett.¹²³ I Rt. 2000 s. 1811, *Finanger I*, kommenterte Høyesterett forholdet mellom de to tolkningsprinsippene og uttalte at ”... det ikke er holdepunkter for at prinsippet om direktivkonform fortolkning slik det er utviklet i EU-retten, går lenger enn presumsjonsprinsippet i norsk rett”.

¹²¹ Sak E-4/01 EFTA Ct. Rep. 2002 s. 240

¹²² Sak E-1/07 EFTA Ct. Rep. 2007 s. 246 (avsnitt 39).

¹²³ Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) punkt 4.1.

Ved å anvende disse prinsippene kan domstolen, dersom det skulle konstateres at gjennomføringen av direktivet er mangelfull eller feil, reparere dette ved å tolke aml. § 14-12 første ledd i overensstemmelse med forpliktelsene etter direktivet.

Som vi skal se nærmere på i neste avsnitt, følger det imidlertid av EU-domstolens konklusjon i *Shell*, at nasjonale domstoler har begrenset kompetanse ved tolkningen av artikkel 4. I det følgende vil det gjøres nærmere rede for saken og konsekvensene av domstolens konklusjon.

5.3. Sak 533/13 *Shell*

Mellom sentralorganisasjonene TT (arbeidsgivernes sentralorganisasjon) og SAK (fagforeningenes sentralorganisasjon) var det inngått en rammeavtale som begrenset arbeidsgivers mulighet for å benytte innleid arbeidskraft fra vikarbyråer. Dette skulle kun være tillatt ved kortvarige arbeidstopper eller for begrensede arbeidsoppgaver som ikke kunne utføres av virksomhetens egne arbeidstakere. Etter avtalen var det heller ikke tillat å leie inn arbeidstakere for den vanlige virksomheten over lengre tid.

Disse reglene ble inntatt i en rekke kollektivavtaler i ulike bransjer, blant annet i avtalen mellom AKT (Bil- og transportbransjens arbeidstakerforbund) og arbeidsgiverorganisasjonen Öljytuote. Shell Aviation er medlem av sistnevnte, men hadde til tross for denne regelen i flere år brukt innleide arbeidstakere til utførelsen av arbeidsoppgaver som er en del av den ordinære virksomheten og som kunne vært utført av virksomhetens egne arbeidstakere. AKT gikk derfor til sak med påstand om brudd på kollektivavtalen. Shell Aviation på sin side hevdet at vilkårene for innleie etter tariffavtalen var oppfylt. Subsidiært anførte de at bestemmelsen i avtalen under enhver omstendighet måtte anses som en ulovlig restriksjon etter vikarbyrådirektivet artikkel 4 første ledd. Den finske domstolen var i tvil om hvordan vikarbyrådirektivet artikkel 4 skulle tolkes, og fremla derfor tre prejudisielle spørsmål som EU-domstolen skulle ta stilling til.

Det første spørsmålet knyttet seg til rekkevidden av de forpliktelser artikkel 4 pålegger medlemsstatene. Nærmere bestemt om artikkel 4 innebærer en forpliktelse for medlemslandene å oppheve forbud mot eller restriksjoner på bruken av innleid arbeidskraft, dersom disse ikke kan begrunnes i allmenne hensyn. Et sentralt spørsmål herunder var om nasjonale domstoler hadde kompetanse til å anvende artikkel 4 direkte til å sette til side ulovlige restriksjoner, eller om vurderingen av restriksjonenes lovlighet utelukkende tilkom lovgiver.

Det andre spørsmålet var om bestemmelsen i den fiske kollektivavtalen var å anse som en restriksjon etter artikkel 4, og hvis ja, om den kunne begrunnes ut i fra de nærmere angitte hensyn. Endelig skulle EU-domstolen ta stilling til om artikkel 4 kunne påberopes i en tvist mellom private personer.

5.3.1. Generaladvokatens forslag til avgjørelse i saken

Generaladvokaten foretok en grundig gjennomgang av rettskildene, med utgangspunkt i ordlyden i artikkel 4 første ledd. Han tolket ordlyden isolert sett som et ”tydeligt udtryk for en materiel regel”¹²⁴, som forbyr innføring eller opprettholdelse av ubegrunnede restriksjoner. En slik forståelse fant han støtte for også i de øvrige rettskildene.

Generaladvokaten tok deretter stilling til spørsmålet om nasjonale domstolars kompetanse med hensyn til å etterprøve om den nasjonale rett er forenelig med EU-retten. Under henvisning til TEUF artikkel 267, som fremhever nasjonale domstolars sentrale rolle ved gjennomføringen av EU-retten, uttalte han at

”[j]eg mener ... at det ville være i strid med grundlaget for det EU-retlige system at tillægge de administrative myndigheder enekompetence til at efterprøve den nationale rets forenelighed med et EU-direktiv og herved fratage de nationale domstole denne kompetence.”¹²⁵

Mot dette ble det anført at det kan være risikabelt å overlate til nasjonale domstoler å vurdere hvorvidt restriksjonene er begrunnet i allmenne hensyn og om de oppfyller kravet til proporsjonalitet. Dette kan gi høyst uforutsigbare tolkningsresultater og undergrave den grunnleggende målsetningen om rettsenhet. Til tross for slike innvendinger mente generaladvokaten at konsekvensen av en annen konklusjon enn den han kom til, ”... vil ændre karakteren af de kompetencer, som traktaterne tillægger Unionens institutioner og medlemsstaterne, og som er nødvendige til bevarelsen af selve EU-rettens beskaffenhed”.¹²⁶

Generaladvokaten konkluderte dermed med at artikkel 4 første ledd forbyr innføring og opprettholdelse av forbud mot og restriksjoner på bruk av innleid arbeidskraft fra vikarbyråer, dersom disse ikke kan begrunnes i allmenne hensyn. Dette innebærer i følge generaladvokaten en plikt for medlemslandene til å fjerne ulovlige restriksjoner. Videre kan

¹²⁴ Avsnitt 28.

¹²⁵ Avsnitt 84.

¹²⁶ Avsnitt 78.

artikkel 4 ikke tolkes slik at kompetansen til å vurdere restriksjonenes lovlighet kun er forbeholdt nasjonale myndigheter, herunder lovgiver. Nasjonale domstoler må også ha kompetanse til å vurdere om restriksjoner på bruk av innleid arbeidskraft kan begrunnes i allmenne hensyn og om kravet til proporsjonalitet er innfridd.

5.3.2. EU-domstolens avgjørelse

EU-domstolen fant at det kun var nødvendig å besvare det første spørsmålet, og kom til motsatt konklusjon enn generaladvokaten. Domstolen viser til at artikkel 4 første ledd må forstås slik at

”den kun er rettet mod medlemsstaternes kompetente myndigheder, og at der deri forskrives en pligt for medlemsstaterne til at foretage en revision for at sikre, at eventuelle forbud mod eller restriktioner i anvendelsen af vikararbejde er begrundet, og således at nationale domstole ikke er forpligtet til at undlade at anvende enhver bestemmelse i national ret, der indeholder forbud mod eller restriktioner i anvendelsen af vikararbejde, som ikke er begrundet i de almene hensyn, der er nævnt i artikel 4, stk. 1.”¹²⁷

Domstolen konkluderte med at artikkel 4 første ledd kun retter seg mot nasjonale myndigheter, slik at bestemmelsen ikke gir nasjonale domstoler noen materiell regel som kan anvendes direkte for å tilsidesette ulovlige restriksjoner. Det er de nasjonale myndighetenes ansvar å gjennomgå og revidere nasjonale regler slik at de harmonerer med bestemmelsene i direktivet.

I vurderingen la domstolen avgjørende vekt på en kontekstuell fortolkning, hvor den viste til at artikkel 4 er plassert i kapittelet om de generelle bestemmelsene i direktivet. Videre fremheves sammenhengen mellom artikkel 4 første ledd og de øvrige leddene i bestemmelsen, som er av ren prosessuell karakter. Domstolen mente derfor at første ledd må anses å fastsette rammene for medlemsstatenes lovgivende virksomhet på området for forbud mot eller restriksjoner på bruken av innleid arbeidskraft fra vikarbyråer, og at bestemmelsen ikke kan tolkes slik at den krever innføring av en bestemt lovgivning på området. Bestemmelsen må forstås som en avgrensning av revisjonsplikten etter annet og femte ledd, ikke som en materiell regel domstolen kan anvende for å sette til side restriksjoner de mener er i strid med direktivet.

¹²⁷ Avsnitt 32.

5.3.3. Noen bemerkninger

EU-domstolen tolket artikkel 4 første ledd i ”lyset af den sammenhæng, hvori artikel 4, stk. 1, i direktiv 2008/104 indgår”.¹²⁸ Denne ”sammenhæng” ble imidlertid begrenset til de øvrige leddene i bestemmelsen og til det kapitelet artikkel 4 hører under. Ved å studere artikkel 4 i denne konteksten er det naturlig å se det slik at kun medlemsstatenes kompetente myndigheter har kompetanse til å vurdere lovligheten av restriksjonene på bruk av innleie fra vikarbyråer, og handle deretter.

På den annen side nevner ikke EU-domstolen noe om formålet med direktivet. I artikkel 2 er det fastslått at direktivet blant annet har som formål å anerkjenne vikarbyråer som seriøse arbeidsgivere. Samtidig skal det legges til rette for å etablere passende rammer for bruk av vikararbeid med tanke på å bidra effektivt til å skape arbeidsplasser og legge til rette for fleksible arbeidsordninger. Fra et slikt synspunkt, og i lys av effektiv gjennomføring av direktivets formål, tilsier sammenhengen mellom artikkel 2 og artikkel 4 første ledd at nasjonale domstoler burde ha kompetanse til å sette til side restriksjoner som de mener går lenger enn nødvendig, og som dermed er i strid med EU-retten.

I denne sammenhengen kan det være interessant å sammenligne vikarbyrådirektivet artikkel 4 med EU-direktivet om deltidsarbeid¹²⁹ § 5 første ledd bokstav a. Direktivet er, på samme måte som vikarbyrådirektivet, implementert i norsk rett¹³⁰, og har også sin bakgrunn i EUs målsetning om likevekt mellom fleksibilitet og sikkerhet på arbeidsmarkedet. Direktivets § 5 første ledd bokstav a minner mye om bestemmelsen i artikkel 4 første ledd i vikarbyrådirektivet. Bestemmelsen fastsetter en plikt for medlemsstatene til å ”identifisere og tage op til overvejelse hindringer af juridisk eller administrativ art, der kan begrænse mulighederne for deltidsarbejde, og hvor det er hensigtsmæssigt, fjerne disse hindringer”.

Likheten mellom bestemmelsenes oppbygning er påfallende, og etter EU-domstolens praksis er det sikker rett at nasjonale domstoler har kompetanse til å tilsidesette restriksjoner de mener er i strid med direktivets § 5 første ledd bokstav a, og således bidra til å fremme direktivets formål.¹³¹ Det kan hevdes at en tilsvarende fortolkning av vikarbyrådirektivet artikkel 4, ville vært mer i tråd med den kompetansefordelingen EU-retten bygger på, hvor

¹²⁸ Avsnitt 31.

¹²⁹ Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work.

¹³⁰ EØS-komiteens beslutning nr. 104/1998 av 30. oktober 1998 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVIII.

¹³¹ Se forente saker C-395/08 og 396/08 ECLI:EU:C:2010:329 (avsnitt 80 og 81).

nasjonale domstoler spiller en viktig rolle og ikke minst bidrar til en effektiv gjennomføring av EU-retten.

Når domstolen har konkludert med at artikkel 4 ikke er ment som en materiell regel som private kan påberope seg overfor nasjonale domstoler, betyr ikke det at direktivets målsetning blir umulig å oppnå. Det betyr bare at veien mot en avklaring og eventuell harmonisering av reglene blir lengre og vanskeligere, fordi det i stor grad avhenger av EFTAs overvåkningsorgans (ESA) vilje til å forfølge spørsmålet. Lovgiver er underlagt tett overvåkning fra ESA. Dersom ESA mener at de norske restriksjonene på bruk av innleid arbeidskraft er i strid med artikkel 4, har overvåkningsorganet flere muligheter til å legge press på lovgiver, blant annet gjennom sin kompetanse til å anlegge traktatbruddsøksmål mot EFTA-statene på grunnlag av manglende oppfyllelse av sine forpliktelser etter EØS-avtalen.¹³²

Hvor praktisk et slikt virkemiddel er, er en annen sak. Verken privatpersoner eller næringsdrivende kan anlegge søksmål ved EFTA-domstolen dersom de mener at nasjonale myndigheter ikke gir dem de rettighetene som følger av EØS-avtalen. Denne kompetansen er forbeholdt ESA og EFTA-landene.¹³³ Private som mener at nasjonale myndigheter ikke overholder sine forpliktelser etter EØS-avtalen, kan imidlertid inngi klage til ESA med anmodning om å igangsette en prosedyre med sikte på å få EFTA-domstolens endelige og bindende dom for at staten ikke har overholdt sine EØS-rettslige forpliktelser.¹³⁴ Om en slik anmodning skal følges opp eller ikke, er likevel helt og holdent opp til ESA å avgjøre. For private som tar veien gjennom ESA for å bringe klarhet i om de norske innleiereglene er i strid med direktivet, vil resultatet av anmodningen derfor være høyst usikker.

I lys av at EU-domstolen har konkludert med at artikkel 4 ikke har direkte virkning, vil heller ikke prinsippet om statlig erstatningsansvar¹³⁵ få anvendelse, siden erstatning blant annet er betinget av at den overtrådte EØS-regelen må ha til formål å tillegge private rettigheter.¹³⁶

Et langt mer praktisk spørsmål er etter mitt syn hvordan artikkel 4 forholder seg til

¹³² Jf. ODA artikkel 31.

¹³³ Jf. ODA artikkel 31 og 32.

¹³⁴ Mads Magnussen, "Traktatbruddsøksmål ved EFTA-domstolen", *Lov og rett* 2002 s.131-163, volum 41, (s. 135).

¹³⁵ For EUs vedkommende ble eksistensen av et slikt prinsipp fastslått i den såkalte *Francovich*-saken, forente saker C-6/90 og 9/90 ECLI:EU:C:1991:428. At EØS-avtalen rommer et tilsvarende prinsipp ble lag til grunn av EFTA-domstolen i *Sveinbjörnsdóttir*-saken, sak E-9/97 EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95.

¹³⁶ Jf. sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir* (avsnitt 66).

primærretten. EU-domstolen kommenterer ikke dette. Selv om domstolen konkluderer med at artikkel 4 ikke har direkte virkning, vil jo reglene om fri flyt av tjenester i TEUF og EØS-avtalen ha det. Vil ikke neste vikarbyrå da kunne ”omgå” EU-domstolens avgjørelse i *Shell*-saken ved å basere sine innsigelser direkte på primærretten? Det er dette spørsmålet jeg vil undersøke nærmere nå.

5.4. Artikkel 4 og forholdet til primærretten

Som allerede nevnt i punkt 3.5.1 må vilkåret i vikarbyrådirektivet artikkel 4 om ”almene hensyn” forstås som en henvisning nettopp til den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn som er utviklet av EU-domstolen, blant annet i forhold til reglene om fri bevegelse av tjenester. De eksempler på relevante hensyn som direktivet lister opp skal tolkes i samsvar med denne læren, og innleie av arbeidskraft som omfattes av TEUF artikkel 56 eller EØS-avtalens artikkel 36 (grenseoverskridende aktivitet, jf. punkt 3.3), er dermed allerede omfattet av restriksjonsbegrensninger. Dette innebærer at det er adgang til å reise tilsvarende restriksjonsspørsmål ved nasjonale domstoler vedrørende regelverket som er reist i forhold til vikarbyrådirektivet, med henvisning til reglene om fri bevegelse av tjenester i TEUF artikkel 56 og EØS-avtalen artikkel 36.

I sitt forslag til avgjørelse i saken fremhever generaladvokaten forholdet mellom vikarbyrådirektivet artikkel 4 og TEUF artikkel 56 hvor han uttaler at

“[f]or det tilfælde, at Domstolen skulle beslutte ikke at følge mit forslag og fortolker den nævnte artikel 4, stk. 1, således, at den er ugyldig eller uden normativ værdi, anser jeg det for hensigtsmæssigt, at Domstolen i sin dom udtrykkeligt gør opmærksom på, at artikel 56 TEUF fortsat gælder fuldt ud vedrørende restriktioner som dem, der er omhandlet i denne sag.”¹³⁷

Generaladvokaten gir dermed klart uttrykk for at dersom domstolen skulle komme til den konklusjon at artikkel 4 ikke har direkte virkning, bør domstolen eksplisitt gi uttrykk for at vurderingen av restriksjonenes lovlighet uansett kan prøves på grunnlag av TEUF artikkel 56. Likevel unnlot EU-domstolen å kommentere forholdet mellom direktivet og traktaten.

Når nasjonale domstoler fremlegger et tolkningsspørsmål for EU-domstolen, er det den nasjonale domstolen som setter rammene for EU-domstolens behandling gjennom sin

¹³⁷ Avsnitt 94.

spørsmålsformulering.¹³⁸ At EU-domstolen ikke trekker inn artikkel 56 som alternativt rettsgrunnlag, kan tenkes å være utslag av de rammene den finske domstolen trakk opp gjennom de forelagte spørsmål. Likevel er det nærliggende å tro at den finske domstolen ville stilt et subsidiært spørsmål om restriksjonene i den finske kollektivavtalen var i strid med tjenestereglene i traktaten, dersom innsigelsene ikke kunne baseres på vikarbyrådirektivet artikkel 4. Selv om det ikke forelå et grenseoverskridende element i saken, har EU-domstolen kompetanse til å uttale seg om foreneligheten mellom nasjonale regler og TEUF art. 56.¹³⁹

Særreguleringen av restriksjonsforbudet i vikarbyrådirektivet artikkel 4 bygger på de ranghøyere reglene i traktatene.¹⁴⁰ At domstolen velger å forholde seg taus om forholdet mellom sekundær- og primærretten, kan ikke tolkes slik at hovedreglene om fri flyt av tjenester i traktaten ikke kommer til anvendelse – et direktiv kan ikke begrense de rettighetene som følger direkte av traktaten.¹⁴¹ Bare i tilfeller hvor direktiver, hvis materielle innhold er totalharmonisert, vil primærretten ikke få selvstendig anvendelse ved siden av direktivet.¹⁴² Man kan se det slik at direktivet i slike tilfeller gir uttrykk for ”siste ord” om hva traktaten sier om saken. Det vil da ikke være behov for eller anledning til direkte prøving i lys av traktatbestemmelsene. Dette er klart nok ikke tilfelle for vikarbyrådirektivet. Direktivet er et minimumsdirektiv, og EU-domstolen har selv tolket artikkel 4 utelukkende som en regel av prosessuell karakter som pålegger lovgiver en revisjonsplikt av gjeldende regler. I lys av hierarkiet mellom rettskildene i EU- og EØS-retten er det utenkelig at en prosessuell regel i et direktiv skal kunne eliminere grunnleggende materielle rettigheter som følger direkte av traktaten.

Når EU-domstolen, i storkammer, ikke nevner muligheten for å falle tilbake på hovedreglene om fri flyt av tjenester i traktaten, er dette uheldig. Ikke bare fratok domstolen seg selv muligheten til å bidra til avklaring av tjenestereglens rekkevidde på området for arbeidsinnleie, men avgjørelsen har også gitt opphav til misoppfatninger av rettstilstanden. Blant annet var det flere fagforeninger som pustet lettet ut da domstolen konkluderte som de gjorde, fordi de oppfattet det slik at innleierestriksjonene dermed ikke kunne angripes – det være seg både innleieregler fastsatt ved lov og gjennom tariffavtaler. En slik oppfatning synes

¹³⁸ Fredriksen/Mathisen s. 193.

¹³⁹ Se C-115/14 ECLI:EU:C:2015:760 (avsnitt 46-50).

¹⁴⁰ Fredriksen/Mathisen s. 66.

¹⁴¹ Stephen Weatherill, *Cases & Materials in EU-law*, 11. utgave, Oxford 2014 s. 439.

¹⁴² Catherine Barnard, “Posting matters”, *Arbeidsrett* 2014 s. 1-28 (s. 11).

ganske misforstått all den tid tilsvarende restriksjonsspørsmål vedrørende regelverket som er reist i forhold til vikarbyrådirektivet, kan reises ved nasjonale domstoler med henvisning til reglene om fri bevegelse av tjenester i TEUF artikkel 56 og EØS-avtalen artikkel 36. Her burde EU-domstolen vært tydeligere.

Shell-saken gir etter mitt syn kun en avklaring av rekkevidden til artikkel 4, men bidrar ikke til rettsavklaring når det gjelder tjenestereglens rekkevidde på området for arbeidsinnleie. Det er langt fra utenkelig at et slikt søksmål kan realisere seg for nasjonale domstoler, og utfallet er umulig å forutse. EU-domstolen har flere ganger uttalt at utleie av arbeidskraft skiller seg fra det tradisjonelle tjenestebegrepet.¹⁴³ Årsaken er at ved utleie av arbeidskraft er det *mennesker* som utgjør selve tjenesten. Tradisjonelt er det selve *tjenesten* som er sentral, ikke hvem som utfører den. Ved utleie av arbeidskraft vil således grunnleggende hensyn om arbeidstakerbeskyttelse gjøre seg gjeldende. Det kan derfor tenkes at EU-domstolen vil utvise større forsiktighet ved overprøving av restriksjoner på området for arbeidsutleie enn ved tradisjonelle tjenester. Om domstolens passive tilnærming i *Shell*-saken er et resultat av slike betraktninger, er uvisst. Spørsmålet om tjenestereglens rekkevidde på området for arbeidsinnleie står fremdeles åpent og til syvende og sist er det opp til EU- og EFTA-domstolen å besvare det.

¹⁴³ Sak C-113/89 ECLI:EU:C:1990:142 (avsnitt 16), sak C-279/80 (avsnitt 18) og forente saker C-307/09, C-308/09 og C-309/09 ECLI:EU:C:2011:64 (avsnitt 29).

RETTSKILDER

Lovregister:

Arbeidsmarkedsloven	Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven)
Arbeidsmiljøloven 1977	Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (Opphevet)
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
Sysselsettingsloven	Lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven). (Opphevet)
Tjenestemannsloven	Lov 4. Mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven)

Forarbeider:

NOU 1998: 15	Arbeidsformidling og arbeidsleie
Ot.prp. nr. 53 (1970–1971)	Om lov om endringer i lov av 27. juni 1947 om tiltak til å fremme sysselsetting
Ot.prp. nr. 41 (1975–1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

- Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS), m.v.
- Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
- Ot. prp. nr. 70 (1998–1999) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., i lov 4. Mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. og i lov 27. Juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting
- Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven)
- Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven)
- Prop. 74 L (2011–2012) Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven m.v. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv.)
- Prop. 69 S (2011–2012) Samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2008/104/EF om vikararbeid (vikarbyrådirektivet)
- Prop. 39 L (2014–2015) Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse m.v. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold)

Høyesterettspraksis:

- Ergoterapeut Rt. 1985 s. 1141
- Statfjord Rt. 1989 s. 1116
- Finanger I Rt. 2000 s. 1811

Norsk Folkehjelp Rt. 2001 s. 1413

Ambulanse Rt. 2006 s. 1158

Sykehuset Innland Rt. 2009 s. 578

EU-direktiver:

Deltidsdirektivet Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC - Annex : Framework agreement on part-time work

Utstasjoningsdirektivet Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services

Vikarbyrådirektivet Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work

Traktater/konvensjoner:

EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) av 2. mai 1992 (EØS-avtalen)

ODA Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA) av 2. mai 1992

TEUF Konsolideret udgave af traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), vedtatt 13. desember 2007, ikrafttreden 1. desember 2009, 2010 OJ V83/47

Praksis fra EU-domstolen:

- Sak C-533/13 *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry (AKT) mot Öljytuote ry and Shell Aviation Finland Oy (SAF)*,
ECLI:EU:C:2015:173
- Sak C-279/80 *Criminal proceedings against Alfred John Webb*,
ECLI:EU:C:1981:314
- Sak C-439/99 *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod den Italienske Republik*, ECLI:EU:C:2002:14
- Sak C-164/99 *Portugaia Construções Ld^a*, ECLI:EU:C:2002:40
- Forente saker C-186/11 og 209/11 *Stanleybet International Ltd m.fl. og Sportingbet plc mod Ypourgos Oikonomias kai Oikonomikon og Ypourgos Politismou*, ECLI:EU:C:2013:33
- Sak C-309/99 *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, ECLI:EU:C:2002:98
- Sak C-438/05 *International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union mod Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti*,
ECLI:EU:C:2007:772
- Sak C-341/05 *Laval un Partneri Ltd mod Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan og Svenska Elektrikerförbundet*, ECLI:EU:C:2007:809
- Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto ry mod Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, ECLI:EU:C:2015:86
- Forente saker C-395/08 og 396/08 *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) mod Tiziana Bruno m.fl.*, ECLI:EU:C:2010:329

- Forente saker C-6/90 og 9/90 *Andrea Francovich m.fl. mod den Italienske Republik*,
ECLI:EU:C:1991:428
- Sak C-115/14 *RegioPost GmbH & Co. KG mod Stadt Landau in der Pfalz.*,
ECLI:EU:C:2015:760
- Sak C-113/89 *Rush Portuguesa Lda mod Office national d'immigration*,
ECLI:EU:C:1990:142
- Forente saker C-307/09, 308/09 og 309/09 *Vicoplus SC PUH, BAM Vermeer Contracting sp. zoo og Olbek Industrial Services sp. zoo mod Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*, ECLI:EU:C:2011:64

Praksis fra EFTA-domstolen:

- Sak E-4/01 *Karl K. Karlsson hf. mod Island*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 240
- Sak E-1/07 *Straffesag mod A*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 246
- Sak E-9/97 *Eria María Sveinbjörnsdóttir mot Island*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95

Generaladvokatens forslag til avgjørelse:

- Sak C-533/13 Forslag til avgjørelse i sak C-533/13 fra generaladvokat Szpunar fremsat den 20. november 2014, *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry mod Öljytuote ry og Shell Aviation Finland Oy*, ECLI:EU:C:2014:2392

LITTERATURLISTE

Bøker/artikler:

- Ahlberg m.fl. Ahlberg, Kerstin m.fl., *Transnational Labour Regulations: A Case Study of Temporary Work*, (SAL TSA Research Publication) Brussels: P.I.E. Peter Lang S.A. (2008)
- Alsos Alsos, Kristin, *Bemanningsdirektivet – Mulige konsekvenser for norsk rett* (Oslo 2010).
http://www.fafo.no/media/com_netsukii/10104.pdf.
- Barnard Barnard, Catherine, *EU Employment Law*, 4. utgave, Oxford: Oxford University Press (2012)
- Barnard Barnard, Catherine, ”Posting Matters”, *Arbeidsrett*, s. 1-28 (2014)
- Barnard Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 3. utgave, Oxford: Oxford University Press (2010)
- Craig/de Búrca Craig, Paul og Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, cases and materials*, 6. utgave, Oxford: Oxford University press (2015)
- Fougner m.fl. Fougner, Jan m.fl., *Arbeidsmiljøloven*, 2. utgave (Oslo 2013).
- Fredriksen/Mathisen Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utgave (Bergen 2014)
- Heuvel Heuvel, Andreas van den, «Bemanningsdirektivet - EF-direktivet om arbeidsleie, fremvekst, regler og konsekvenser for nasjonal rett», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 5, s. 155-286 (2011)

Magnussen	Magnussen, Mads, ”Traktatbruddsøksmål ved EFTA-domstolen”, <i>Lov og rett</i> , volum 41, s. 131-163 (2002)
Sejersted m.fl.	Sejersted, Fredrik m.fl., <i>EØS-rett</i> , 3. utgave (Oslo 2011)
Skjønberg/Hognestad	Skjønberg, Alexander Næss og Eirik Hognestad, <i>Individuell arbeidsrett</i> (Oslo 2014)
Weatherill	Weatherill, Stephen, <i>Cases & Materials in EU-law</i> , 11. utgave, Oxford: Oxford University Press (2014)

Høringsnotater:

Arbeidsdepartementet	Arbeidsdepartementets høringsnotat, Høring om konsekvenser av vikarbyrådirektivet (10. september 2010)
Arbeidsdepartementet	Arbeidsdepartementets høringsnotat, Høring – forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterlevs (12. desember 2011)

Høringssvar:

NHO	Næringslivets Hovedorganisasjon, Høring – bemanningsbyrådirektivet (20. Desember 2010)
Advokatforeningen	Den norske Advokatforening, Høringsuttalelse – vikarbyrådirektivet (22. desember 2010)

Annet:

ESA	Brev av 27. mars 2015, fra Arbeids- og sosialdepartementet til EFTAs overvåkningsorgan (ESA). Tittel: ”Conformity assessment of the implementation of Directive 2008/104/EC on temporary agency work”. http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/752762.pdf
-----	--