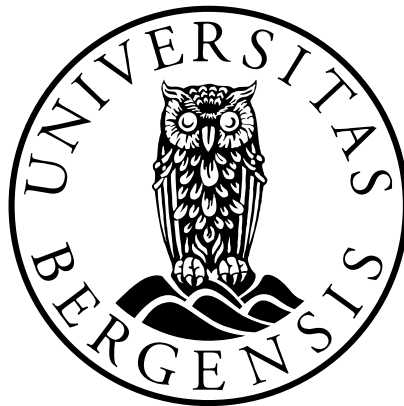


Grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie

Kandidatnummer: 69

Antall ord: 12 084



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.5.2023

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	2
1.1	PROBLEMSTILLING OG AKTUALITET	2
1.2	RETTSKILDEBILDET OG METODISKE UTGANGSPUNKTER	3
1.2.1	<i>Utvikling i rettskildebildet.....</i>	3
1.2.2	<i>Juridisk metode.....</i>	5
1.3	KLASSIFISERING	5
1.4	HISTORISKE BETRAKTNINGER.....	7
1.5	AVGRENSNINGER OG VIDERE FREMSTILLING	9
1.5.1	<i>Avgrensninger.....</i>	9
1.5.2	<i>Videre fremstilling</i>	10
2	BRUK AV EKSTERN ARBEIDSKRAFT FOR Å DEKKE ET BEHOV	11
2.1	INNLEDNING OG FREMSTILLING	11
2.2	INNLEIE.....	11
2.2.1	<i>Nærmere om innleiebestemmelsene.....</i>	11
2.2.2	<i>Produksjonsbedrifter</i>	12
2.2.3	<i>Bemanningsforetak</i>	13
2.2.4	<i>Innskrenkning av innleie i tråd med midlertidige ansettelse</i>	14
2.2.5	<i>Øvrige endringer i reglene om innleie</i>	15
2.3	BEMANNINGSENTREPRISER.....	17
3	GRENSEDRAKNINGEN MELLOM BEMANNINGSENTREPRISE OG INNLEIE.....	18
3.1	INNLEDENDE DEL: BEHOVET FOR Å SKILLE MELLOM BEMANNINGSENTREPRISE OG INNLEIE	18
3.2	UTGANGSPUNKTET FOR VURDERINGEN	19
3.2.1	<i>Rettslig grunnlag og momentene frem til i dag</i>	19
3.2.2	<i>Hvilke momenter har vært avgjørende?.....</i>	21
3.3	INNEBÆRER LOVFESTINGEN EN ENDRING I RETTSTILSTANDEN?	22
3.3.1	<i>Tilsvarende utgangspunkt etter lovfestingen.....</i>	23
3.3.2	<i>Levering av arbeidskraft.....</i>	25
3.3.3	<i>Tilknytning til oppdragsgivers virksomhet.....</i>	26
3.3.4	<i>Vedvarende arbeidskraftsbehov.....</i>	26
3.3.5	<i>Oppdragsgivers kjernevirksomhet.....</i>	27
3.3.6	<i>En endring i rettstilstanden</i>	27
3.4	TIDLIGERE RETTSAVGJØRELSE I LYS AV DAGENS LOVGIVNING	29
3.4.1	<i>Hadde utfallet i de sentrale dommene vært annerledes etter lovfestingen?.....</i>	29
3.4.2	<i>Quality People-dommen.....</i>	29
3.4.3	<i>Norwegian-dommen.....</i>	31
3.5	GRENSEDRAKNINGEN MELLOM ARBEIDSTAKER OG SELVSTENDIG OPPDRAGSTAKER	33
3.5.1	<i>Hvorfor er problematikken relevant?.....</i>	33
3.5.2	<i>Likheter i vurderingsmomentene.....</i>	34
3.5.3	<i>En utvidelse av arbeidstakerbegrepet</i>	35
3.6	SAMMENFATNING: ET ØNSKE OM TRYGGE ANSETTELSESFORHOLD.....	37
	KILDEREGISTER.....	40

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Avhandlingens problemstilling er hvor grensen mellom bemanningsentreprise og innleie skal trekkes. Problemstillingen er aktuell for om lovfestingen av grensedragningen 1. april 2023 innebærer en endring i rettstilstanden, eller om det kun er en kodifisering av ulovfestet rett. Hensynet til trygge ansettelsesforhold står sentralt i avhandlingen.

En virksomhet kan tilegne seg arbeidskraft på ulike måter. Hovedregelen i arbeidsmiljøloven (aml.) § 14-9 første ledd er at arbeidstakere skal ansettes fast. Som alle andre hovedregler finnes det unntak, for eksempel ved midlertid ansettelse etter aml. § 14-9 andre ledd bokstav a til e, innleie etter reglene i aml. §§ 14-12 og 14-13, bemanningsentrepriser etter avtale med virksomhet som oppdragstaker eller avtaler med selvstendige oppdragstakere.

Ved innleie eller bemanningsentreprise vil imidlertid arbeidstakeren uansett ha et fast ansettelsesforhold. Innleid arbeidstaker er fast ansatt hos utleier, og en arbeidstaker i en bemanningsentreprise er fast ansatt hos entreprenøren. Arbeidstakeren er dermed til dels beskyttet av reglene i arbeidsmiljøloven. Ved midlertid ansettelse etter aml. § 14-9 eller avtale med selvstendig oppdragstaker vil ikke arbeidstakeren ha et fast ansettelsesforhold. Utfallet av grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie har ikke selvstendig betydning for hvem som er arbeidsgiver. Den er likevel viktig for å avgjøre hvilke rettigheter som gjelder mellom partene.

Aml. § 1-1 bokstav b sier at det skal legges til rette for «å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet». Trygge ansettelsesforhold er altså ett av lovens hovedformål, og stillingsvernet er en viktig del av arbeidsmiljøet. Grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie reiser spørsmål ved om det å godta innleie eller bemanningsentrepriser strider med formålet om trygge ansettelsesforhold.

Arbeidsgivers styringsrett står sentralt i et ansettelsesforhold. Dette er arbeidsgivers mulighet til å bestemme ikke-kontraktsfestede rettigheter i ansettelsesforholdet. Et ansettelsesforhold er et kontraktsforhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, som har sammenheng med

rettsnormene om arbeidsgivers styringsrett.¹ Styringsretten er ulovfestet og dannes ikke som følge av arbeidsavtalen, men er anerkjent som en selvstendig rettsnorm.² Høyesterett beskriver styringsretten i Rt. 2002 s. 1602 (*Nøkk-dommen*) som arbeidsgivers «rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet». Ved innleie av arbeidskraft er det i utgangspunktet innleier (oppdragsgiver) som har styringsretten. Innleid arbeidstaker har vern og rettigheter etter arbeidsmiljøloven, for eksempel likebehandling av hensyn til lønns- og arbeidsvilkår etter aml. § 14-12 a. Ved bemanningsentrepriser er det i utgangspunktet ikke oppdragsgiver som har styringsretten, og det er derfor heller ingen rettigheter etter arbeidsmiljøloven. Som avhandlingen vil vise står nemlig momentet om hvem som har ledelsen sentralt i grensedragningen.

Problemstillingen er viktig for flere parter i arbeidslivet. Lovfestingen av grensedragningen påvirker rettskildebildet og aktualiserer problemstillingen om hvor grensen skal trekkes.

1.2 Rettskildebildet og metodiske utgangspunkter

1.2.1 Utvikling i rettskildebildet

Innleie er regulert i aml. §§ 14-12 og 14-13, henholdsvis for virksomheter «som har til å formål å drive utleie» (bemanningsforetak) og virksomheter «som ikke har til formål å drive med utleie» (produksjonsbedrifter). Innleiebegrepet er imidlertid ikke legaldefinert i lovgivningen, men følger implisitt av utleiedefinisjonen i arbeidsmarkedsloven § 25. Begrepene brukes om hverandre og er en speilvending.³

Med utleie av arbeidstakere menes leie av arbeidstakere fra en arbeidsgiver (utleier) til en oppdragsgiver (innleier) der de innleide er underlagt oppdragsgivers ledelse. Ved vurderingen av om det foreligger utleie, gjelder arbeidsmiljøloven § 14-12 femte ledd tilsvarende.

Bestemmelsens andre punktum ble innført ved lovendringen 1. april 2023. Lovendringen er derfor av betydning også for spørsmålet om utleie etter arbeidsmarkedsloven. Det er samsvar i grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie, og inn- og utleie, slik at man ikke

¹ Skjønberg m.fl. (2020) *Individuell arbeidsrett* s. 96

² Storeng m.fl. (2020) *Arbeidslivets spilleregler* s. 40

³ Ot.prp. nr. 62 (2003-2004) s. 35

havner i et tilfelle der en oppdragsavtale regnes som innleie etter arbeidsmiljøloven og bemanningsentreprise etter arbeidsmarkedsloven.⁴ Legaldefinisjonen av utleie etter arbeidsmarkedsloven er derfor aktuell både for vurderingen hva som ligger i innleiebegrepet og for grensdragningen mellom bemanningsentreprise og innleie.

Bemanningsentrepriser har på sin side ikke en legaldefinisjon i lovgivningen. Tjenestemannsutvalget definerte imidlertid en entreprise som «en avtale om at den ene part i et kontraktsforhold (entreprenøren) mot vederlag skal utføre et bestemt oppdrag for en annen part, oppdragsgiveren».⁵ I forlengelsen av definisjonen ble det presentert en liste av momenter som skulle vektlegges i grensdragningen mellom bemanningsentreprise og innleie.⁶

Blaalid-utvalget oppdaterte momentlisten, men omtalte fremdeles begrepet som «entreprise».⁷ Senere har entreprisebegrepet utviklet seg til også å omfatte bemanningsentrepriser. I forbindelse med utredningen av dagens lovendring fremgår det at «bemanningsentreprise» med dagens meningsinnhold, for første gang ble benyttet i forarbeidene i forbindelse med implementeringen av likebehandlingsprinsippet.⁸ Begrepet ble også brukt i Rt. 2002 s. 1469 (*Eksakt regnskaps-dommen*) da Høyesterett skulle forklare hva bemanningsbransjen tilbyr av tjenester, da uten samme meningsinnhold som i dag. Begrepet «bemanningsentreprise» slik det forstås i dag, ble benyttet både i Rt. 2013 s. 998 (*Quality People-dommen*) og HR-2018-2371-A (*Norwegian-dommen*).

Særlig den nyeste rettsavgjørelsen om temaet, *Norwegian-dommen*, står sentralt for forståelsen av grensdragningen før lovfestingen.⁹ Dommen gjaldt en omorganisering av flyselskapet Norwegian, der pilot- og kabinpersonalet ble overført til egne driftsselskaper under morselskapet. Høyesterett tok utgangspunkt i momentlisten fra forarbeidene for å vurdere hvorvidt arbeidstakerne var del av en bemanningsentreprise eller et innleieforhold.

Tidligere har vurderingen altså knyttet seg til momentlister som fremgår av forarbeidene til arbeidsmiljøloven.¹⁰ Momentene var avgjørende for grensdragningen i *Quality People-dommen* og *Norwegian-dommen*. Problemstillingen har på ny blitt høyaktuell med

⁴ Prop. 131 L (2021-2022) s. 48, se kapittel 3.3 for endringer i rettsstilstanden

⁵ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 3

⁶ Ibid. Se kapittel 3.2 om utgangspunkt for vurderingen og tidligere rettsstilstand

⁷ NOU 1998:15 s. 61-62. Se mer om Blaalid-utvalget sin momentliste i kapittel 3.2

⁸ Prop. 74 L (2011-2012) s. 52, jf. NOU 2021:9 s. 298

⁹ Se nærmere om rettspraksis og utgangspunktet i tidligere rett i kapittel 3.2

¹⁰ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) og NOU 1998:15

lovendringen av 1. april 2023 som lovfester grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie, samt innskrenker adgangen til innleie. Lovendringen er begrunnet i vernehensynet om trygge ansettelsesforhold. Det er dermed nå lovteksten som er det rettskildemessige utgangspunktet for vurderingen av grensedragningen.

1.2.2 Juridisk metode

Det er en rettsdogmatisk metode, slik denne er utviklet i norsk rett, som legges til grunn i avhandlingen. Identifisering av relevante rettskilder, tolkning av disse og vektingen, er avgjørende for peke på gjeldende rett.¹¹

På det arbeidsrettslige feltet er, som gjennomgangen av rettskildebildet viser, både autorative og ikke-autorative kilder relevante. I tråd med norsk rettskildelære er det de autorative kildene, herunder lov og forarbeider, som har mest vekt. Et metodisk interessant poeng er at grensedragningen frem til nå har vært ulovfestet der forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn har hatt en avgjørende rolle i rettsanvendelsen. Ettersom grensen nå er lovfestet, er utgangspunktet lovteksten. Lovtekstens ordlyd er forholdsvis klar når det gjelder hvilke momenter som skal vektlegges.¹² Forarbeidene må likevel tolkes for å forstå hva som er lovgiverviljen og innholdet i momentene. Forarbeidene er avgjørende for å vurdere om lovfestingen innebærer en endring i rettsstilstanden. Avhandlingen viser at vernehensyn i form av å sikre trygge ansettelsesforhold, spiller en avgjørende rolle både for grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie, men også andre spørsmål i arbeidsretten.

Et annet metodisk poeng er at omfanget av juridisk teori generelt er omfattende på arbeidsrettens område. Ettersom grensedragningen helt nylig er lovfestet er imidlertid ikke teorien per dags dato oppdatert. Dette forklarer hvorfor avhandlingen i liten grad viser til juridisk teori. Videre medfører dette at vurderingene som gjøres i forarbeidene får en enda mer fremtredende rolle.

1.3 Klassifisering

Entreprise som kontraktsform er hyppig brukt i næringslivet. Kontraktspartene kan være store entreprenørfirmaer med innarbeidet selskapsstruktur og mange ansatte, eller selvstendige

¹¹ Se f.eks. Eckhoff m.fl. (2001) *Rettskildelære* s. 19-22 om rettskildeprinsipper.

¹² Se kapittel 3.3.1 om tolkning av lovtekst og forarbeidsuttalelser

næringsdrivende som jobber som selvstendige oppdragstakere. Et eksempel på en entreprise er at kommune eller stat har en anbudskonkurranse der det innhentes ulike tilbud til utbygging av en ny tunnel. Et entreprenørfirma vinner anbudsrunden og vil etter dette være ansvarlig for resultatet av prosjektet, samt lede prosjektet frem til ferdigstillelse.

En bemanningsentreprise er i utgangspunktet en type entreprise på lik linje med eksempelet over, men skiller seg likevel noe fra de helt tradisjonelle entreprisetilfellene. Bemanningsentreprise skjer for eksempel ved at en virksomhet hyrer inn en annen til å kjøpe støttefunksjoner som kantine, vaktjenester eller renhold, eller tilfeller der man kjøper spesialiserte oppdrag. Et annet eksempel kan hentes fra IT-bransjen. Hvis en virksomhet skal utvikle ny programvare eller oppdatere eksisterende programvare, kan virksomheten gjøre avtaler med IT-firmaer. I disse tilfellene stiller gjerne IT-firmaet med egne utviklere som fysisk sitter i oppdragsgivers lokaler. For en utenforstående vil det kunne se ut som om IT-utviklerne er innleide konsulenter, noe som kan skape uklarheter ved om det faktisk foreligger en entreprise eller innleie.

Når en arbeidsgiver gjør bruk av innleie eller kjøper entrepriser, er det ofte begrunnet i et midlertidig behov for økt arbeidskraft i tillegg til den faste arbeidsstokken. Dette kan være som følge av vikarer i ferier, sykefravær, permisjoner eller ved midlertidig ledighet i stillinger.¹³ Det kan også være aktuelt som følge av økt arbeidsmengde eller ekstraordinære oppgaver. For arbeidstakere kan det av ulike grunner være ønskelig med korttidsarbeid, for eksempel personer med sesongbetont sysselsetting, studenter eller pensjonister.¹⁴ Det er i tilfelle av innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie at grensen til bemanningsentreprise er mest aktuell.

Den innleide arbeidstaker er underlagt likebehandlingsprinsippet i vikarbyrådirektivet. Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom aml. §§ 14-12 a, 14-12 b og 14-12 c. Likebehandlingsprinsippet innebærer etter aml. § 14-12 a første ledd at den innleide arbeidstaker skal «minst sikres de vilkår som ville kommet til anvendelse dersom arbeidstaker hadde vært ansatt», da blant annet ved lik lønn. Slik likebehandling gjelder ikke for arbeidstaker i en bemanningsentreprise.

¹³ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 2

¹⁴ Ibid.

En innleid arbeidstaker kan for eksempel påberope seg likebehandlingsreglene, eller kan havne i en posisjon der vedkommende krever fast ansettelse etter innleie i mer enn tre år.¹⁵ En oppdragsgiver som påstår at det er en bemanningsentreprise står i fare for å få et overordnet ansvar som arbeidsgiver. Klassifiseringen knytter seg altså til hvilke rettigheter som foreligger mellom partene. En sammenlignbar problemstilling er grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker.¹⁶ For klassifiseringen vil det være tale om å sikre trygge ansettelsesforhold, et hensyn som er i konstant utvikling.

1.4 Historiske betraktninger

Som nevnt i kapittel 1.3.1 er avhandlingen rettsdogmatisk. Betraktningene om den historiske utviklingen er ikke en rettshistorisk analyse utført med rettshistorisk metode.¹⁷ Avhandlingen viser hvordan hensynet til trygge ansettelsesforhold har fått en enda mer fremtredende rolle med dagens lovfesting. Historiske betraktninger kan bidra til forståelsen av hvordan vernehensynet er i konstant utvikling.

Regelverket om arbeidsformidling ble utformet i etterkrigstiden med utgangspunkt i daværende samfunnsforhold. Samfunnet var preget av stor arbeidsløshet, noe som medførte en sterk offentlig arbeidsformidling og et ønske om beskyttelse av arbeidstakere.¹⁸ I 1970 nedsatte Kommunal- og arbeidsdepartementet et internt tjenestemannsutvalg for å avgjøre om forbudet mot privat arbeidsformidling også omfattet utleie av arbeidskraft.¹⁹ Konklusjonen var at utleie ikke var omfattet av forbudet mot privat arbeidsformidling dersom utleier utøvde de normale arbeidsgiverfunksjonene som utbetaling av lønn, feriepenger og skattetrekk.²⁰ Entrepriser ble på sin side ikke regulert.²¹

Den økte mengden utleiefirmaer fikk skadevirkninger i form av utrygge ansettelsesforhold og ulike arbeidsvilkår for fast ansatte og innleide.²² Utfordringene medførte i 1971 et betinget

¹⁵ Ibid. se også aml. § 14-12, jf. § 14-9 syvende ledd. Se nærmere i kapittel 3.1.1 om behovet for grensedragningen

¹⁶ Se nærmere om sammenhengen i grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker i kapittel 3.5

¹⁷ Se bl.a. Sunde (2019), *Fordom og forventning – ei hanbok i rettshistorisk metode*, om hva som ligger i rettshistorisk metode

¹⁸ NOU 1998:15 s. 9.

¹⁹ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971)

²⁰ Ibid. s. 3

²¹ Ibid. s. 23

²² Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 19-20

forbud mot utleie av arbeidskraft etter sysselsettingsloven § 27 for «virksomhet som går ut på å stille egne tilsatte til disposisjon for en oppdragsgiver når disse er underlagt oppdragsgivers ledelse». Riktignok var det dispensasjon for tilfeller av formidlingssamarbeid uten fortjeneste, og formidling med fortjeneste overfor en avgrenset gruppe arbeidssøkere etter sysselsettingsloven § 26. Forbudet gjorde at grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie var av større betydning, ettersom det ikke var gjort unntak for tilfeller av entreprise. Grensedragningen var derfor avgjørende for om organisering av arbeidstakere uten fast ansettelse var lovlig.

Blaalid-utvalget kom i 1998 til at en generell begrensning for utleie ikke lenger var nødvendig. Det ble etablert et skille mellom innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie og innleie fra virksomhet som ikke har til å formål å bedrive utleie.²³ Innleie fra førstnevnte (bemanningsbyrå) ble tillatt i samme utstrekning som midlertidige ansettelser etter aml. § 14-9. Bemanningsentrepriser var et godt alternativ til innleie fra vikarbyrå fordi entreprise ikke var underlagt de samme strenge reglene.

Skillet mellom innleiereglene er fremdeles av betydning for grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie. Reglene om arbeidsinnleie i arbeidsmiljøloven er på mange måter en gjennomføring av EUs vikarbyrådirektiv. Direktivet ble gjennomført og fikk virkning i norsk rett fra 1. januar 2013,²⁴ og har direktivets artikkel 2 statuerer at formålet er «å sikre vern av vikarer» og å «forbedre kvaliteten på vikararbeid ved å sikre at prinsippet om likebehandling» ivaretas. I forbindelse med direktivets inntreden ble regelverket rundt arbeidsutleie liberalisert, noe som åpnet for innleie av arbeidskraft i alle yrker. Vikarbyrådirektivet gjorde at fokuset på likebehandling av hensyn til lønns- og arbeidsvilkår stod mer sentralt.

Lovgiver har nylig innført en rekke innskrenkninger i adgangen til innleie av arbeidskraft, lovfeste grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie, samt også foreta en utvidelse av arbeidstakerbegrepet. Som avhandlingen viser, representerer utviklingen et ønske om å ivareta arbeidstakere gjennom trygge ansettelsesforhold. Utviklingstrekk i vernehensyn kan begrunnes både i samfunnets utvikling og den politiske viljen. Arbeidsretten er viktig for

²³ Se kapittel 2.2 for skillet mellom de to formene for innleie

²⁴ Prop. 74 L (2011-2012)

en rekke politiske partier, noe som gjør arbeidsretten dynamisk. Det rettspolitiske behandles imidlertid ikke i avhandlingen.

1.5 Avgrensninger og videre fremstilling

1.5.1 Avgrensninger

Avhandlingens problemstilling er grensedragningen mellom bemanningsentreprise i forhold som reguleres av arbeidsmiljøloven. Tilfeller som omfattes av andre lover behandles ikke.²⁵ Grensedragningen i relasjon til skatterettslige spørsmål vurderes heller ikke.²⁶

Avhandlingens rettsdogmatiske metode gjør at det rettspolitiske begrenses til et minimum. Politiske innspill gjennom høringer, både fra partier og ulike arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner benyttes derfor ikke. Som avhandlingen viser, står hensynet til trygge ansettelsesforhold sentralt. Lovendringen gjør at hensynet ivaretas, men vil kunne utløse ulike problemstillinger tilknyttet eventuelle omgåelser.²⁷ Dette blant annet fordi næringslivet får nye grenser å forholde seg til. Hvorvidt omgåelsene kommer til å bli en utfordring, eller hvilke omgåelsestilfeller som kan bli aktuelle, faller imidlertid på siden av avhandlingens tema og vil ikke behandles. Likevel vil det i forbindelse med enkelte siteringer fremgå at omgåelseshensyn er relevant. Det vil gjennomgående knyttes bemerkninger til hensyn bak de lovendringer som omtales og hvorfor disse endringene ikke omfatter alle områder.

Det er også gjort endringer i forskrift som åpner for innleie til tross for at arbeidet er av midlertidig karakter,²⁸ samt forbyr innleie innen et geografisk avgrenset område i byggenæringen.²⁹ Ettersom avhandlingen tar for seg grensedragningen etter arbeidsmiljøloven, vil det ikke tas inngående stilling til forskriften. Forskriftsendringene nevnes imidlertid i kapittel 2.2.4 og 2.2.5 ettersom det er av betydning for forståelsen av rekkevidden, samt at forbudet kan begrunnes i hensynet til trygge ansettelsesforhold.

Avhandlingen vurderer ikke restriksjonslæren og om innskrenkninger i innleiereglene er i tråd med de rammer av restriksjoner nasjonale myndigheter kan fastsette etter vikarbyrådirektivet

²⁵ Se bl.a. statsansatteloven, tjenesteloven, skipsarbeiderloven og universitets- og høyskoleloven

²⁶ Se bl.a. HR-2022-2253-A

²⁷ Se NOU 2021:9 punkt 15 og Prop. 131 L (2021-2022) punk 6.3 for uttalelser i høringsrunden

²⁸ Forskrift 20. desember 2022 nr. 2355 § 3

²⁹ Ibid. § 4

artikkel 4 første ledd. Følgelig vil det ikke tas stilling til om innskrenkningen i adgangen til innleie som ble innført 1. april 2023 er i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser, eller ESA (Efta Surveillance Authority) sin forespørsel om redegjørelse for reglene og åpning av sak på eget initiativ 25. januar 2023.³⁰ I forlengelsen av dette vil heller ikke spørsmål knyttet til utsendingsdirektivet eller forholdet til aml. § 1-7 berøres. Det er kun de lovendringene som er av betydning for innleiebestemmelsene, grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie, og utvidelsen av arbeidstakerbegrepet som behandles.

1.5.2 Videre fremstilling

Avhandlingen er delt inn i tre hovedkapitler, der det påfølgende kapittel 2 forklarer hva som menes med innleie og bemanningsentreprise. Det er nødvendig med en deskriptiv tilnærming først, ettersom det danner bakteppe for den senere analysen. Den deskriptive delen viser ulike konsekvenser for partene i bemanningsentrepriser og innleie. I den forbindelse er det et skille mellom innleie fra bemanningsforetak etter aml. § 14-12 og innleie fra produksjonsbedrifter etter aml. § 14-13. I forlengelsen av dette vises det til innskrenkningene i innleiereglene i form av endring i harmonisering mellom innleieinstituttet og reglene om midlertidige ansettelse etter aml. § 14-9, samt øvrige endringer. Grunnen til at dette tas opp er for å belyse hvordan vernehensynet gjennomsyrrer arbeidsretten, der lovgiverviljen om trygge ansettelsesforhold kan kaste lys over hvorfor grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie nå lovfestes.

Avhandlingens kapittel 3 tar for seg selve grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie. I den forbindelse vurderes rettstilstanden frem til lovfestingen, før det reises spørsmål ved om lovfestingen innebærer en endring i rettstilstanden. I forlengelsen av dette gjøres det noen refleksjoner om tidligere rettspraksis om grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie ville fått samme resultat med dagens lovgivning.

Avslutningsvis sammenlignes grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie med grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker. Sammenligningen av grensedragningenes momenter, samt en egen lovendring om utvidelse av arbeidstakerbegrepet gjennom lovendringen 17. mars 2023, kan kaste lys over lovgivers ønske om trygge ansettelsesforhold.

³⁰ ESA: www.eftasurv.int. Brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet, *Request for information concerning restrictions on the use of temporary agency workers in Norway*

2 Bruk av ekstern arbeidskraft for å dekke et behov

2.1 Innledning og fremstilling

Kapittelet tar for hva som ligger i de ulike formene for innleie og bemanningsentreprise, samt hvilke innskrenkninger som gjøres i innleiereglene generelt. Kapittelet redegjør for hva som faktisk vurderes når grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie tas stilling til i avhandlingens kapittel 3. Ettersom det er flere forskjellige typer innleie og at innleiereglene er de som innskrenkes ved lovendringen, er behandlingen av innleiereglene tilsvarende mer omfattende enn bemanningsentreprise.

2.2 Innleie

2.2.1 Nærmere om innleiebestemmelsene

Hva som ligger i innleiebegrepet følger som nevnt implisitt av utleiedefinisjonen i arbeidsmarkedsloven § 25 andre ledd. Arbeidsgiver kan benytte seg av innleie i de tilfeller det er behov for flere ansatte i en midlertidig periode. I et innleieforhold hyrer en virksomhet (innleier) inn én eller flere arbeidstakere fra en virksomhet for å dekke et arbeidskraftsbehov, uten at arbeidstakeren har et stillingsvern hos innleier.³¹ Innleier har ikke direkte ansvar for den ansatte, men er ansvarlige for å sørge for at den innleide arbeidstaker utfører oppgaven(e) på en forsvarlig måte.

Forholdet beror på en avtale mellom arbeidstakerens arbeidsgiver (utleier) og oppdragsgiveren (innleier) fordi arbeidstakeren utfører arbeidsoppgaver for en annen enn den vedkommende er ansatt hos. Avtalen bygger på alminnelige avtalerettslige regler, men begrenses av de preseptoriske reglene i arbeidsmiljøloven. Det er utleieren som innehar de tradisjonelle arbeidsgiverfunksjonene som ansettelsesprosesser, oppsigelser og ansvar for lønn.³² Innleier har på sin side et ansvar når det kommer til HMS og regulering av arbeidstid, samt et

³¹ Storeng m.fl. (2020) s. 136

³² Ibid. s. 137

solidaransvar i form av å sikre likebehandling etter aml. § 14-12 a til c i tilfeller av innleie fra bemanningsforetak.³³

Grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie er særlig relevant i tilfeller det er snakk om innleie fra bemanningsforetak. Det er derfor denne formen for innleie som tillegges mest vekt. Hva som ligger i innleie fra en produksjonsbedrift vil imidlertid tas opp i det følgende for å kunne belyse forskjellen. Det er hovedsakelig tilfellene av inn- og utleie fra bemanningsforetak lovendringen berører.

2.2.2 Produksjonsbedrifter

Adgangen til innleie fra virksomheter som ikke har som formål å drive utleie fremgår av aml. § 14-13. Høyesterett beskriver i Rt. 2013 s. 1730 (*YIT-dommen*) at hensynet bak regelen er «å tilgodese utleiebedrifters behov for å kunne leie ut egne produksjonsansatte arbeidstakere når de ellers ville blitt midlertidig overflødige i egen bedrift».³⁴ Det følger av forarbeidene at «intensjonen med bestemmelsen [er] å regulere de situasjoner der en virksomhet har behov for å låne ut arbeidskraft som alternativ til oppsigelse eller permittering, eller der utleie kun skjer sporadisk»,³⁵ altså er det utleiebedriftens behov som står sentralt.

Til forskjell fra innleie fra bedrifter som har til formål å drive utleie, er det ingen bestemmelser som gir uttrykk for rettslige reaksjoner ved brudd på bestemmelsen.³⁶ Følgelig er ikke likebehandlingsreglene i aml. § 14-12 a til § 14-12 c gjeldende ved innleie fra produksjonsbedrift. For den utleide arbeidstaker kan derfor også skillet mellom produksjonsbedrift og bemanningsforetak være avgjørende for å bedre egne arbeidsvilkår.

For at en virksomhet ikke har utleie som formål, må utleien etter aml. § 14-13 første ledd skje innenfor de fagområder som utgjør utleiers hovedbeskjeftigelse, og utleieaktiviteten må ikke omfatte over halvparten av de fast ansatte. Bestemmelsen er imidlertid ikke uttømmende og det må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering der det kan resultere i at virksomheten har utleie til formål, til tross for at vilkårene er oppfylt.³⁷

³³ Ibid.

³⁴ Se Rt. 2013 s. 1730 (YIT) avsnitt 52

³⁵ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 49

³⁶ Se kapittel 2.2.3 om rettsvirkninger ved innleie fra bemanningsforetak

³⁷ Ot.prp. nr. 56 (2006-2007) s. 17

Lovens system er bygget så et tilfelle som ikke faller under aml. § 14-13, faller inn under reglene om innleie fra bemanningsforetak etter § 14-12. Vurderingsmomentene fra rettsavgjørelser om innleie aml. § 14-12 eller bemanningsentrepriser er av betydning for § 14-13 gjennom en henvisning i femte ledd som sier at «§ 14-12 femte ledd gjelder tilsvarende». Følgelig er det en vurdering av grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie også etter denne bestemmelsen. Likevel er bestemmelsen mindre avgjørende og innskrenkningene i reglene generelt gjelder hovedsakelig for innleie fra bemanningsbyråer.

2.2.3 Bemanningsforetak

Innleie fra virksomheter «som har til formål å drive utleie» (bemanningsforetak) reguleres i aml. § 14-12 første ledd. I motsetning til innleie fra produksjonsbedrifter, må antall utleide arbeidstakere overstige halvparten av de fast ansatte i virksomheten og utleien må utgjøre hovedbeskjeftigelsen til virksomheten som leier ut. Bedriften som leier inn har gjerne et midlertidig behov som følge av ferieavvikling, sykdom blant de fast ansatte, eller spesialiserte prosjekter av kortere varighet som krever økt bemanning.³⁸

Hvis en virksomhet leier inn fra bemanningsforetak i strid med bestemmelsen, trer reglene i § 14-14 i kraft. En arbeidstaker som er ansatt i strid med aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 bokstav b til e, kan kreve at retten «skal avsi dom for at den innleide har et fast arbeidsforhold hos innleier i samsvar med § 14-9 første ledd», jf. aml. § 14-14 første ledd. En arbeidstaker som er innleid i strid med bestemmelsen kan også kreve erstatning etter § 14-14 andre ledd, jf. § 15-12 andre ledd.

Det er lagt til grunn at aml. § 14-14 første ledd forstås mindre strengt enn tilsvarende bestemmelse for midlertidig ansatte arbeidstakere i § 14-11.³⁹ Hvis dette er tilfellet avsies det dom for at innleid arbeidstaker skal få fast ansettelse hos innleier. Som nevnt innledningsvis er det hos oppdragstaker og ikke oppdragsgiver arbeidstakeren har sitt ansettelsesforhold. Hensynet bak regelen er at innleier (oppdragsgiver) har et selvstendig arbeidsgiveransvar for den innleide arbeidstakeren, ettersom innleier er nærmest til å påse at kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø etter aml. § 4-1 er oppfylt.

³⁸ NOU 1998:15 s. 58

³⁹ Fougner (2019). *Norsk arbeidsrett, styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern* s. 776

Aml. § 14-12 første ledd statuerer at innleie fra bemanningsforetak kan gjøres «i samme utstrekning som det kan avtales midlertidige ansettelse etter § 14-9 andre ledd bokstav b til e». Bestemmelsen ble ved lovendringen innskrenket, slik at det ikke lenger er mulighet til å drive innleie på lik linje som midlertidige ansettelse etter § 14-9 bokstav a «når arbeidet er av midlertidig karakter».

2.2.4 Innskrenkning av innleie i tråd med midlertidige ansettelse

Innleie fra bemanningsforetak etter aml. § 14-12 har, som følge av et ønske om harmonisering i lovgivningen, tidligere vært begrenset på lik linje som midlertidige ansettelse. Da arbeids- og administrasjonsdepartementet skulle vurdere regelverket for arbeidsinnleie og arbeidsformidling i den gamle sysselsettingsloven ble det uttalt at:

En slik harmonisering av regelverket for midlertidig ansettelse og innleie fra vikarbyrå begrunnes med at utvalget legger til grunn lovgivers utgangspunkt om at fast ansettelse i et topartsforhold skal være det normale. Arbeidsinnleie og midlertidige ansettelse er alternativer, og i prinsippet er det mulig å konstruere ethvert midlertidig behov for arbeidskraft som et innleiebehov. Dermed kan arbeidsmiljøloven § 58 A i praksis omgås gjennom innleie. Dette tilsier symmetri i reguleringen av innleie fra vikarbyrå og midlertidig ansettelse.⁴⁰

Midlertidige ansettelsesforhold er begrenset i tid som etter aml. § 14-9 sjette ledd opphører etter en forhåndsbestemt avtale. Dette gjør at oppsigelsesvernet en fast ansatt arbeidstaker har etter aml. Kapittel 15 ikke gjelder tilsvarende.

Lovendringen av 1. april 2023 rokker ved harmoniseringen fordi adgangen til innleie når arbeidet er av «midlertidig karakter» etter § 14-9 bokstav a fjernes. Endringen har betydning for retten til fast ansettelse og oppsigelsesfristen som skissert over. Den tidligere regelen om en tre-/fireårsfrist for innleie etter aml. § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-9 syvende ledd går nå over til å være en treårsregel ettersom adgangen til innleie etter bokstav a ikke lenger er gjeldende. Innskrenkningen er begrunnet med at midlertidige ansettelse bidrar til å fortrenge direkte ansettelse i en topartsrelasjon,⁴¹ noe som igjen sikrer tryggere ansettelsesforhold.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 29

⁴¹ Prop. 131 L (2021-2022) s. 30

Som nevnt er det imidlertid innført endring i forskrift som åpner for innleie fra bemanningsbyrå til tross for at arbeidet er av midlertidig karakter. Forskriftens § 3 gjelder helsepersonell med formål å sikre forsvarlig drift av helse- og omsorgstjenester, samt innleie av arbeidstakere med spesialkompetanse i rådgivnings- og konsulentyrker i avgrensede prosjekter. Tanken bak endringen er at klart avgrensede prosjekter i mindre grad vil påvirke grunnbemanningen i virksomheten.⁴²

I tillegg til innskrenkningene i adgangen til innleie i tråd med midlertidige ansettelsesregler er det også flere andre regler som endres. Det skilles også mellom de ulike formene for innleie.

2.2.5 Øvrige endringer i reglene om innleie

Det etableres en godkjenningsordning for bemanningsforetak. Ordningen skal ivareta faste arbeidsforhold gjennom krav til godkjenning og være et register for seriøse aktører i markedet.⁴³ Dette innebærer et dokumentasjonskrav for å kunne drive utleie av arbeidskraft. Reglene følger av egen forskrift med hjemmel i arbeidsmarkedsloven § 27 andre ledd.⁴⁴ Arbeidstilsynet vil ha myndighet til å føre tilsyn, gi pålegg og treffe vedtak som er nødvendige for at forskriften skal kunne gjennomføres.⁴⁵

Det innføres også et geografisk avgrenset forbud for innleie i byggenæringen i Oslo, Viken og tidligere Vestfold,⁴⁶ dette med hjemmel i aml. § 14-12 sjette ledd.⁴⁷ Hensynet bak totalforbudet er at byggebransjen må tilpasse grunnbemanningen slik at det tilfredsstillende dekker det permanente behovet for arbeidskraft, noe som sikrer trygge ansettelsesforhold.

Det er imidlertid en unntaksadgang for innleiereglene i aml. § 14-12 andre ledd for virksomheter som er «bundet av tariffavtale inngått med fagforening med innstillingsrett» der «arbeidsgiver og tillitsvalgte som til sammen representerer et flertall av den arbeidstakerkategori innleien gjelder, [kan] inngå skriftlig avtale om tidsbegrenset innleie uten hinder av det som er bestemt av første ledd». Dette gir virksomheter som er bundet av tariffavtale med fagforening med innstillingsrett adgang til å avtale seg bort fra

⁴² Innst. 108 L (2022-2023) s. 4

⁴³ Ibid. s. 5

⁴⁴ Forskrift 4. juni 2008 nr. 541

⁴⁵ Innst. 108 L (2022-2023) s. 6

⁴⁶ Forskrift 20. desember 2022 nr. 2355 § 4

⁴⁷ Arbeidsmiljøloven § 14-12 sjette ledd er hjemmel for at «Departementet kan i forskrift forby innleie av visse arbeidstakergrupper eller på visse områder når viktige samfunnshensyn tilsier det»

innleiebestemmelsene i aml. § 14-12 første ledd. Tariffavtaleunntaket oppstod da innleieforbudet ble opphevet. Det ble begrunnet med at det kunne oppstå en «for restriktiv adgang til innleie» og at det innebar en «videreføring av dagens praktisering ved inngåelse av avtale med lokale parter etter arbeidsmiljøloven».⁴⁸

Bestemmelsen fordrer at det er en fagforening med innstillingsrett for at det skal kunne gjøres unntak gjennom avtale.⁴⁹ Grunnvilkåret om at arbeidstakerforeningen må ha innstillingsrett kan begrunnes med at avtaler om utvidet innleiadgang kun bør være mulig i de tilfeller maktbalansen mellom avtalepartene er noenlunde jevn. Dersom slik avtale inngås med fagforening med innstillingsrett sikres det økt tilgang på ressurser og ekspertise også på arbeidstakersiden.

Etableringsordningen, oppheving i harmoniseringen mellom innleie og midlertidige ansettelse, samt forskrift som intensiverer eller letter på reglene om innleie, knytter seg alle til innleie fra bemanningsforetak etter aml. § 14-12. Utleie fra produksjonsbedrifter etter aml. § 14-13 berøres ikke tilsvarende. En begrunnelse for at det ikke rammer en produksjonsbedrift på lik linje kan være at utleie fra produksjonsbedrifter tar sikte på å forhindre så store kostnader at virksomheten ikke klarer seg. Motsetningsvis er et bemanningsforetak tuftet på en modell der utleier gjør penger på selve arbeidskraften. Det er derfor mer pragmatiske hensyn som ligger bak inn-/utleie fra produksjonsbedrifter, hvilket er i tråd med formålet om å sikre et trygt arbeidsliv.

Da Blaalid-utvalget tok stilling til spørsmålet om innleie ble det antatt at reglene om midlertidige ansettelse ville gjøre omfattende innleie fra bemanningsforetak mindre aktuelt. Departementet peker nå på at situasjonsbeskrivelsen viser at:

inn- og utleie nettopp har utviklet seg til å bli et omfattende marked, særlig for enkelte bransjer, hvor innleie av arbeidskraft har blitt en permanent del av virksomhetens bemanningsstrategi. Etter departementets vurdering er dette en uheldig utvikling som viser at det er mulig å praktisere dagens innleieregler på en uønsket måte. Regjeringens mål er at flest mulig skal ha faste, trygge og forutsigbare ansettelsesforhold i norsk arbeidsliv.⁵⁰

⁴⁸ Ot.prp. Nr. 70 (1998-1999) s. 45

⁴⁹ Arbeidstvistloven § 39 første ledd sier at fagforeninger med minst 10.000 arbeidstakere har innstillingsrett.

⁵⁰ Prop. 131 L (2021-2022) s. 22

Vurderingen viser hvorfor koblingen til reglene om midlertidige ansettelse innskrenkes og gjelder innleie fra bemanningsforetak. Den kan også belyse hvorfor grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie nå ble lovfestet, blant annet fordi en ønsker å sikre trygge ansettelsesforhold.

2.3 Bemanningsentrepriser

Et entrepriseforhold kjennetegnes av at en virksomhet kjøper et ferdig resultat, produkt eller tjenester.⁵¹ Tradisjonelt har entrepriser vært tidsbegrensede avtaler om levering av en vare, produkt eller gjenstand (produktentreprise).⁵² Entrepriser er en kontraktsform og ikke en tilknytningsform.⁵³ Entrepriser har senere utviklet seg til tjenesteentrepriser der bedrifter kjøper inn støttefunksjoner som kantine, vaktjenester, renhold, eller for å få utført spesialiserte funksjoner. Det har imidlertid også vært en utsetting av sentrale funksjoner for en bedrifts kjernevirksomhet, nemlig bemanningsentreprise.

For en virksomhet kan entrepriser altså benyttes enten fordi man selv ikke har kompetansen til å utføre den aktuelle arbeidsoppgaven, eller for å dekke et arbeidskraftsbehov. Ved vurderingen av entrepriser er det ofte et kostnadsspørsmål. Dette fordi det koster mer å kjøpe en tjeneste fra en annen leverandør enn å gjennomføre den med den arbeidskraften man allerede har, og at transaksjonskostnader oppstår.⁵⁴ Tjenestemannsutvalget uttalte om bemanningsentrepriser at:

Et utpreget og helt avgjørende kjennetegn på entreprise er [...] at entreprenøren faktisk utøver arbeidsledelsen, dvs. at han selv eller gjennom noen som er ansatt hos ham, leder, fordeler og kontrollerer det arbeid som utføres.⁵⁵

Følgelig er det ofte en bemanningsentreprise hvis en virksomhet bestiller et oppdrag fra en oppdragsgiver, der oppdragstaker er ansvarlig for prosessen, ledelsen og resultatet. Det midlertidige behovet for arbeidskraft opphører når oppdragstaker har fullført oppdraget. Arbeidsretten er avtalebasert med preceptorisk lov på flere områder. Som nevnt er imidlertid ikke bemanningsentrepriser underlag begrensninger i lov. Dette gjør grensedragningen avgjørende for å kartlegge rettigheter og plikter.

⁵¹ Storeng, m.fl. (2020) s. 147

⁵² Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23, se kapittel 1.3 for eksempler om entrepriser

⁵³ NOU 2021:9 s. 289

⁵⁴ NOU 2021:9 s. 77

⁵⁵ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 3

3 Grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie

3.1 Innledende del: Behovet for å skille mellom bemanningsentreprise og innleie

Grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie er altså viktig for å si noe om hvilke rettigheter og plikter som gjelder mellom partene. Grensedragningen er ikke avgjørende for hvem som er arbeidsgiveren. Det er først og fremst likebehandlingsreglene i aml. §§ 14-12 a til § 14-12 c en innleid arbeidstaker påberoper seg. Gjennom likebehandlingsreglene forplikter oppdragsgiver å tilby samme arbeidsvilkår til den innleide som de faste ansatte. Arbeidstakeren har imidlertid ansettelsesforholdet sitt hos oppdragstakeren. Arbeidstaker i en bemanningsentreprise innehar ikke de samme rettighetene om likebehandling.

En innleid arbeidstaker kan imidlertid ha krav på fast ansettelse hos oppdragsgiver i noen tilfeller. Dersom innleieforholdet har pågått sammenhengende i mer enn tre år har den innleide krav på fast ansettelse hos oppdragsgiver etter aml. § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-9 syvende ledd. Arbeidstakeren kan også ha krav på fast ansettelse hos oppdragsgiver hvis det foreligger ulovlig innleie etter reglene i aml. § 14-14. En innleid arbeidstaker kan også havne i en posisjon der vedkommende kan kreve erstatning etter reglene i aml. § 14-14, jf. § 15-2. Krav om fast ansettelse hos oppdragstaker oppstår ikke for en arbeidstaker i en bemanningsentreprise.

I rettspraksis om temaet har tvisten ofte vært om arbeidstakeren skal anses som innleid eller fast ansatt etter treårsregelen (tidligere tre/fire år) i aml. § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-9 syvende ledd. Dette fordi oppdragsgiver kan velge om man vil fortsette med opprinnelig oppdragstaker, eller gi den videre til en annen oppdragstaker. Sistnevnte var tilfelle i *Quality People-dommen* der saksforholdet var at:

ISS Facility Services overtok i 2010 kontrakten Quality People, senere Manpower, hadde hatt med Norsk Hydro og senere Statoil, og dermed også driften og bemanningen av Posten på Sandsli. A måtte da slutte å arbeide der. Det er opplyst at han har mottatt

såkalt garantilønn fra Manpower, som ble arbeidsgiverselskapet etter fusjonen med Quality People.⁵⁶

Dersom oppdraget videreføres er arbeidstakeren avhengig av at oppdragstakeren får nye oppdrag for å sikre videre arbeid. Arbeidstakeren vil fremdeles ha et tilknytningsforhold til oppdragstakeren, men kan risikere å stå uten inntekt. Innleid arbeidstaker har altså større sikkerhet og stabilitet i tilfeller oppdraget har pågått i over tre år, noe som igjen er i tråd med arbeidsmiljølovens formål om å sikre trygge ansettelsesforhold og forutberegnelighet.⁵⁷

3.2 Utgangspunktet for vurderingen

3.2.1 Rettslig grunnlag og momentene frem til i dag

Hvorvidt det foreligger innleie eller bemanningsentreprise har til nå vært vurdert basert på ulovfestede kriterier fra forarbeider og rettspraksis. Forarbeidene gir ikke en nærmere redegjørelse for vekting og behandling. Grensedragningen beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering,⁵⁸ der det er de reelle forholdene og ikke den formelle avtalen mellom partene som er avgjørende.⁵⁹

Blaalid-utvalget gjenga i sin tid en forkortet momentliste av den opprinnelige listen til Tjenestemannsutvalget, som senere er blitt benyttet av Høyesterett i spørsmål om grensedragningen:

I utgangspunktet er det entreprise når:

- ledelsen av arbeidet er hos entreprenøren og ikke hos oppdragsgiver,
- antall arbeidstakere som nyttes på oppdraget er uvedkommende for oppdragsgiver,
- det er avtalt en fast pris,
- oppdraget er klart avgrenset,

⁵⁶ Rt. 2013 s. 998 (Quality People) avsnitt 6

⁵⁷ Arbeidsmiljøloven § 1-1

⁵⁸ Se blant annet HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 80

⁵⁹ Se Rt. 2013 s. 998 (Quality People) avsnitt 66

- entreprenøren har et selvstendig ansvar for resultatet, og
- entreprenøren nytter egne materialer og verktøy

Det er utleie av arbeidskraft når:

- oppdragsgiver har ledelsen av arbeidet,
- et bestemt antall arbeidstakere er stilt til disposisjon for oppdragsgiver,
- det er fastsatt en timepris eller timeavhengig pris,
- det er ubestemte eller kun skisserte arbeidsoppgaver,
- oppdragsgiver beholder ansvaret for det utførte arbeid, og
- oppdragsgivers materialer og verktøy nyttes under oppdraget.⁶⁰

I en entreprise vil eksempelvis ledelsen ligge hos entreprenør/oppdragstaker og ikke oppdragsgiver. Det er videre oppdragsgivers uvedkommende å avgjøre antall arbeidstakere som engasjeres i det aktuelle prosjektet. Momentlisten legges av Høyesterett til grunn for å vurdere grensedragningen både i *Quality People-dommen* og *Norwegian-dommen*. Listen er imidlertid ikke uttømmende og elementer kan trekkes fra eller legges til.⁶¹ Det er særlig de to nevnte avgjørelsene som er sentrale for forståelsen av momentene i grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie.

Quality People-dommen gjaldt en arbeidstaker som fremmet krav om fast ansettelse etter aml. § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-9 femte ledd.⁶² Quality People hadde i perioden 2000 til 2010 en rammeavtale med Statoil som blant annet gjaldt bemanning og drift av Statoils bedriftsinterne postkontor i Bergen.⁶³ Da avtalen ble overtatt av ny oppdragstaker (ISS Facility Services) i 2010 hadde arbeidstakeren driftet postkontoret i ni år.⁶⁴ I hele ansettelsesperioden var han ansatt i Quality People. Spørsmålet for Høyesterett var om arbeidsforholdet var et innleieforhold der vedkommende ville ha krav på fast ansettelse hos Statoil som følge av fireårsregelen, eller om det dreide seg om en bemanningsentreprise.⁶⁵ Quality People var et bemanningsforetak, Statoil

⁶⁰ NOU 1998:15 s. 61-62

⁶¹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 25

⁶² Rt. 2013 s. 998 (Quality People) avsnitt 8

⁶³ Ibid avsnitt 86

⁶⁴ Ibid avsnitt 4 og 6

⁶⁵ Ibid avsnitt 1 og 8

mente imidlertid at kontrakten gjaldt en bemanningsentreprise. Høyesterett konkluderte i lys av momentlisten med at det forelå en bemanningsentreprise, hvilket medførte at arbeidstakeren ikke hadde krav på fast ansettelse.

Den nyeste avgjørelsen om temaet er *Norwegian-dommen*. Saksforholdet er omfattende, men i korte trekk dreide det seg om en omorganisering i Norwegian-konsernet. I utgangspunktet var Norwegian kun bestående av et morselskap, Norwegian Air Shuttle ASA (NAS), men som følge av vekst gikk selskapet gjennom en omfattende langvarig omorganisering. Konsernet ble inndelt i forretningsområdene drift, personell og tjenester.⁶⁶ Pilotene ble først overført til Norwegian Air Norway AS (NAN), deretter til Norwegian Pilot Services Norway AS (PSN).⁶⁷ De kabinansatte ble overført direkte til Norwegian Cabin Services AS (CSN).⁶⁸ Senere ble både PSN og CSN underlagt Norwegian Air Resources limited (NAR).⁶⁹ Overføringen skjedde fordi morselskapet ikke lenger skulle ha operativ virksomhet.

Spørsmålet for Høyesterett var om det forelå en bemanningsentreprise eller et innleieforhold.⁷⁰ Partene var enige i at det hadde skjedd en virksomhetsoverdragelse, der datterselskapene PSN og CSN ble arbeidsgivere.⁷¹ Det var også enighet om at det hadde vært lovlig innleie i tråd med tidligere regler om innleie etter § 14-12, jf. § 14-9 bokstav a frem til september 2016.⁷² Fra september 2016 hevdet imidlertid pilotene og kabinpersonalet at det forelå et innleieforhold og krevde dermed fast ansettelse i NAS og NAN. NAS og NAN hevdet på sin side at det hadde vært tale om en bemanningsentreprise etter dette. Høyesterett konkluderte med at det klart forelå en bemanningsentreprise, noe som gjorde at arbeidstakerne ikke hadde krav på fast ansettelse.⁷³

3.2.2 Hvilke momenter har vært avgjørende?

Høyesterett trekker frem ansvar for arbeidsledelsen som helt sentralt i begge avgjørelsene.⁷⁴ I utredningen av rettsregelen vises det til forarbeidende som dannet grunnlag til forbudet mot

⁶⁶ HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 2 og 3

⁶⁷ Ibid. avsnitt 6

⁶⁸ Ibid. avsnitt 5

⁶⁹ Ibid. avsnitt 42

⁷⁰ Ibid. avsnitt 69

⁷¹ Ibid. avsnitt 72, jf. aml. § 16-2 om virksomhetsoverdragelser

⁷² Se kapittel 2.2.4 om innskrenkning i innleieadgangen i tråd med midlertidige ansettelses

⁷³ HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 99

⁷⁴ Rt. 2013 s. 998 (Quality People) avsnitt 59 og HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 80

arbeidsinnleie.⁷⁵ Det uttales om arbeidsledelsen at «et utpreget og helt avgjørende kjennetegn på entreprise er at entreprenøren faktisk utøver arbeidsledelsen».⁷⁶ Dette innebærer at entreprenøren selv, eller gjennom annen ansatt hos vedkommende, er den som leder, fordeler og kontrollerer det arbeidet som utføres. Motsetningsvis vil oppdragsgivers arbeidsledelse tale for at det er et innleieforhold.

Høyesterett vurderer innholdet i arbeidsledelsen som hvem som har ansvar for at oppsatte arbeidstakere faktisk stiller, er ansvarlig for arbeidsplan, samt hvem som avgjør hvilke arbeidstakere som jobber når.⁷⁷ Dette er i tråd med Tjenestemannsutvalgets presentasjon av momentet om at entreprenøren skal fordele, kontrollere og inneha de tradisjonelle arbeidsgiverfunksjonene.⁷⁸

Resultatansvaret er det andre momentet som av Høyesterett er trukket frem avgjørende for grensedragningen.⁷⁹ Momentet knytter seg til hvem som er ansvarlig for det resultatet som er kontraktmessig avtalt. I bemanningsentrepriser er det typiske at oppdragstaker har selvstendig ansvar for resultatet. Oppdragsgivers resultatansvar taler for innleie.⁸⁰

Avgjørelsene viser altså arbeidsledelsen og resultatansvar har vært avgjørende for utfallet av grensedragningen. Uttalelsene om at momentene som fremgår av forarbeidene ikke er likestilte eller kumulative, men beror på «en helhetsvurdering der de sentrale kriteriene er om entreprenøren har et ansvar for ledelsen og resultatet av arbeidet som utføres. De øvrige kriteriene tjener mest som sperre mot forsøk på omgåelser»,⁸¹ taler for at de øvrige momentene kun har betydning dersom det er usikkerhet etter at arbeidsledelsen og resultatansvaret er vurdert. Følgelig har de øvrige momentene vært av underordnet betydning når Høyesterett har tatt stilling til om det foreligger bemanningsentreprise eller innleie. Ved lovfesting av grensedragningen kan det imidlertid reises spørsmål ved om arbeidsledelse og resultatansvar fremdeles er det avgjørende, eller om også andre momenter spiller en større rolle.

3.3 Innebærer lovfesting en endring i rettsstilstanden?

⁷⁵ HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 75. Se kapittel 1.4 for historiske betraktninger

⁷⁶ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23, jf. HR-2018-2371-A avsnitt 75

⁷⁷ HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 82

⁷⁸ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23

⁷⁹ Rt. 2013 s. 998 (Quality People) avsnitt 59 og HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 80

⁸⁰ NOU 1998:15 s. 61

⁸¹ HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 80

3.3.1 Tilsvarende utgangspunkt etter lovfestingen

1. april 2023 trådte lovendringen der grensedragningen for første gang er lovfestet i kraft, dette ved et nytt femte ledd i aml. § 14-12:

(5) Ved vurderingen av om en oppdragsavtale mellom to virksomheter innebærer innleie, skal det særlig legges vekt på om oppdragsgiver har ledelsen av arbeidet og ansvar for resultatet. Andre relevante forhold er blant annet om det i hovedsak skal leveres arbeidskraft, om arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet, om arbeidet dekker et vedvarende arbeidskraftbehov hos oppdragsgiver og om arbeidet skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet.

For å kunne vurdere om lovfestingen innebærer en endring i rettsstilstanden er det avgjørende å sammenligne med hvordan momentene har vært forstått tidligere. Det avgjørende har altså vært ansvar for arbeidsledelse og resultat, der Høyesterett uttalte i *Quality People-dommen* at vurderingen:

bygger [på] de kriterier som i dag anvendes for å avgjøre om det foreligger en entreprise på sikker rett. Ved den **helhetsvurdering** som skal foretas, må det avgjørende etter min oppfatning være hvem av partene som **har ansvaret for ledelsen og resultatet av det arbeidet** som presenteres. For sontringen mellom entreprise og innleie kan det ikke være avgjørende om oppdraget går ut på å levere et produkt eller en løpende tjeneste (min utheving).⁸²

Retten antar videre «at de kriterier som for øvrig må være oppfylt for at arbeidsytelsen etter en helhetlig vurdering skal kunne anses som en entreprise, etter omstendighetene vil kunne fange opp forsøk på rene omgåelse»,⁸³ og at det vil «være en lovgiveroppgave å vurdere om det er behov for å nyansere eller trekke eventuelle nye grenser på dette område».⁸⁴

I *Norwegian-dommen* viser Høyesterett til disse premissene og uttaler at:

Dette betyr at vi ikke står overfor flere likestilte og kumulative vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge entreprise, ikke arbeidsinnleie. Det må foretas en **helhetsvurdering** der de sentrale kriteriene er **ansvar for ledelse og resultatet av det**

⁸² Rt. 2013 s. 998 (Quality People) avsnitt 59

⁸³ Ibid. avsnitt 60

⁸⁴ Ibid. avsnitt 63

arbeidet som utføres. De øvrige kriteriene tjener mest som sperre mot forsøk på omgåelser (min utheving).⁸⁵

20. desember 2022 tok lovgiver tak i uttalelsene fra *Quality People-dommen* om å nyansere og trekke grenser gjennom å lovfeste grensedragningen. Det ble konstatert at det er behov for en egen bestemmelse om grensen mellom bemanningsentreprise og innleie, slik Fougner-utvalget hadde foreslått.⁸⁶ Lovfestingen ble gjort med «særlig sikte på å hindre fragmentering av virksomhet gjennom entrepriser som innebærer negative konsekvenser for arbeidstakerrettigheter, herunder at selskapsstrukturen gjør at regler i lovverk og avtaleverk om informasjon, samarbeid og medvirkning blir illusoriske».⁸⁷ Lovfestingen vil medføre økt forutberegnelighet for partene i arbeidslivet. Lovendringen gjaldt fra 1. april 2023, men med overgangsregler for pågående kontrakter på ikrafttredelsestidspunktet. Loven er derfor i praksis gjeldende fra 1. juli 2023. Ikrafttredelsestidspunktet med overgangsregler er i hovedsak avgjørende for innstrammingene i innleiereglene som redegjort for i kapittel 2.2.3 og 2.2.4.

Etter den nye regelen «skal det særlig legges vekt på om oppdragsgiver har ledelsen av arbeidet og ansvar for resultatet». Det er en lovfesting av gjeldende rett som skal tolkes i lys av Blaalid-utvalgets momentliste og rettspraksis.⁸⁸ Dermed er arbeidsledelse og resultatansvar utgangspunktet for vurderingen også etter lovfestingen. For at oppdragstaker skal kunne ha reell ledelse og ansvar for resultat må vedkommende bestemme når og på hvilken måte arbeidet utføres, avgjøre størrelsen på arbeidsstyrken, inneha de sentrale arbeidsgiverfunksjonene, samt at det foreligger en betaling for resultat og ikke innsats.⁸⁹ Det vises også til en enighet i beskrivelsen om at arbeidsledelse og arbeidsresultat skal forstås slik det var i tidligere rett.⁹⁰

Lovgiver har imidlertid også fire andre momenter i bestemmelsens andre punktum:

(...) Andre relevante forhold er blant annet om det i **hovedsak skal leveres arbeidskraft**, om arbeidet skjer i **nær tilknytning til oppdragsgivers** virksomhet, om arbeidet dekker et **vedvarende arbeidskraftbehov** hos oppdragsgiver og om arbeidet skjer innenfor **oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet** (min utheving).

⁸⁵ HR-2018-2371-A (Norwegian-dommen) avsnitt 80

⁸⁶ Prop. 131 L (2021-2022) s. 44

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid. s. 66

⁸⁹ NOU 2021:9 s. 194

⁹⁰ Ibid. s. 301

Generelt så lovgiver et behov for en tydeliggjøring i bestemmelsens andre punktum. Dette blant annet fordi summen av ulike momenter «kan utfordre lovens formål om trygge ansettelsesforhold og den norske arbeidslivsmodellen i for stor grad».⁹¹ Andre punktum er en presisering av at også andre kriterier inngår i helhetsvurderingen da de «må tolkes i lys av formålet med forslaget, nemlig at fragmentering av virksomhet gjennom entrepriser ikke må undergrave lovens formål om faste og direkte ansettelser i et topartsforhold».⁹² Følgelig spiller vernehensynet en stor rolle for grensedragningen etter lovfestingen.

3.3.2 Levering av arbeidskraft

Det første vurderingsmomentet i andre setning er om det «i hovedsak skal leveres arbeidskraft». Ordlyden gir anvisning på en vurdering av hva som faktisk skal leveres. Departementet tolker vilkåret som der «bemanning utgjør den bærende innsatsfaktoren», hvilket tilsvarer Høyesterett sin tolkning av momentet *Quality People-dommen* og *Norwegian-dommen*.⁹³ I tilfeller det kun skal leveres arbeidskraft og arbeidsresultatet ikke står sentralt, vil det altså trekke i retning av innleie. Det vises i den forbindelse til Fougner-utvalgets uttalelser om at:

entreprisekontrakter tradisjonelt har vært forbundet med tidsbegrensede avtaler om levering av et produkt, vare eller gjenstand, og at det i nyere rettspraksis foreligger eksempler på tjenestekjøp mellom virksomheter hvor arbeidskraft eller bemanning utgjør den bærende innsatsfaktoren, men hvor det samtidig er avtalt en resultatsforpliktelse.⁹⁴

Før lovfestingen var ett av momentene hvem som stiller med utstyr, materiell, maskiner og verktøy. Dette vil fremdeles være aktuelt med momentet om levering av arbeidskraft.⁹⁵ Hvis oppdragsgiver selv stiller med dette, indikerer det at selve arbeidskraften (personell) er det sentrale, noe som taler for innleie. Utvalget presiserer imidlertid at det ikke vil være et avgjørende element, men at det kan være av betydning i grensetilfeller.⁹⁶ Hvis en oppdragsgiver kjøper arbeidskraft for å dekke kantinedrift, som eksemplifisert i kapittel 1.3 og 2.3, vil oppdragsgiver stille med lokaler, kjøkken og utstyr. Dette er ikke i seg selv nok til at det må

⁹¹ Ibid. s. 301

⁹² Ibid. s. 259

⁹³ Ibid. s. 43

⁹⁴ Prop. 131 L s. 46

⁹⁵ NOU 2021:9 s. 304

⁹⁶ Ibid.

karakteriseres som et innleieforhold. Hvis arbeidskraften utgjør et hovedelement i oppdragsforholdet, bør avtalen også inneholde tydelige elementer av en resultatforpliktelse for at det skal anses som en entrepriser og ikke et innleieforhold.

3.3.3 Tilknytning til oppdragsgivers virksomhet

Hvorvidt utøvelsen av arbeidet skjer i «nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet» tilsier en vurdering av hvor arbeidsoppgavet fysisk utføres. Kriteriet vil som regel være oppfylt hvis «oppgavet utføres i oppdragsgivers lokaler, ved hjelp av oppdragsgivers utstyr, og/eller side om side med oppdragsgivers egne ansatte».⁹⁷ Nærhetsmomentet er ment å være en endring i rettstilstanden.⁹⁸ Det avgjørende er nettopp *hvor* oppgavet utføres.

Ved vurderingen av momentet er det et skille mellom entrepriser som gjøres «off-site» og «on-site». Førstnevnte er oppgaver som utføres i oppdragstakers lokaler og med oppdragstakers utstyr. Entrepriser «on-site» utføres i oppdragsgivers lokaler og med oppdragsgivers utstyr. Det er sistnevnte tilfelle som minner mest om et innleieforhold. I «on-site»-tilfellene kan det oppstå en nær tilknytning til oppdragsgiver gjennom at det utføres sammen med oppdragsgivers faste ansatte. Av Oslo Economics blir slike entrepriser omtalt som «entreprisekontrakter som fra arbeidstakers perspektiv oppfattes som mer eller mindre reelle alternativ til fast ansettelse hos oppdragsgiver».⁹⁹ En konsekvens av slike entrepriserforhold er at arbeidstakeren kan bli stående på sidelinjen av det kollegiale fellesskapet.¹⁰⁰ Spørsmålet om hvor oppgavet utføres er imidlertid ikke avgjørende, men kan være av betydning i tvilstilfeller hvor oppdragsforholdet strider med lovens formål om trygge topartsforhold.¹⁰¹

3.3.4 Vedvarende arbeidskraftsbehov

Hvis arbeidet dekker et «vedvarende arbeidskraftsbehov» vil det kunne tale for at det i realiteten er et innleieforhold. Ordlyden tilsier at det vil trekke i retning innleie dersom arbeidet ikke er begrenset i tid. Momentet er en delvis videreføring av gjeldende rett, der det også i tidligere

⁹⁷ Prop. 131 L s. 46

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Oslo Economics (2020). *Kartlegging av omfang og særtrekk ved entrepriser*.

¹⁰⁰ NOU 2021:9 s. 305

¹⁰¹ Prop. 131 L s. 46-47

forarbeider sies at «ved en entreprise vil det ofte være avtalt at arbeidet skal utføres innen en bestemt tid».¹⁰² Dette understreker at bemanningsentrepriser som hovedregel er begrenset i tid.

Momentet vil kunne forhindre at virksomheter oppsplittes gjennom entrepriser. Hvis det blir vanskeligere å splitte opp virksomhet gjennom entrepriser vil det i større grad kunne ivareta formålet om å sikre trygge ansettelsesforhold. Hvis det er et vedvarende arbeidskraftsbehov og ikke en midlertidighet vil det altså tale for innleie. Ved at det må være «vedvarende» vil virksomheter fremdeles ha mulighet til å innhente spisskompetanse. Fougner-utvalget påpekte i utredningen at samarbeid er grunnleggende i spørsmål om arbeidsmiljø, da gjennom tilrettelegging, organisering og planlegging.¹⁰³ Å benytte entreprise for et vedvarende behov vil i forlengelsen av dette være betenkelig for balansen mellom ansvar og innflytelse i arbeidsgiveransvaret. Dette gjelder særlig i tilfeller entreprisen skjer innenfor virksomhetens kjerneområde.

3.3.5 Oppdragsgivers kjernevirksomhet

Hvis bruken av ekstern arbeidskraft faller innenfor «oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet» vil det bære preg av å være et innleieforhold. Ordlyden tilsier at arbeidsoppgavene til oppdragsgivers faste ansatte må vurderes. Momentet er en delvis videreføring av gjeldende rett, der det i tidligere forarbeider uttales at det trekker i retning entreprise dersom oppdraget skiller seg fra det oppdragsgivers faste ansatte driver med.¹⁰⁴ Departementet mener at hvis tilfellet er motsatt, at arbeidsoppdraget skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet, taler det for innleie.¹⁰⁵ Vurderingen av kjernevirksomheten vil være forskjellig i ulike sektorer. For virksomheter i privat sektor er kjerneaktiviteten det virksomheten tjener på, for det offentlige må det vurderes hva som oppfyller samfunnsoppdraget.¹⁰⁶

3.3.6 En endring i rettstilstanden

Bestemmelsens ordlyd «skal det særlig legges vekt på» og etterfølgende oppramsing av øvrige momenter, viser at det fremdeles er en helhetsvurdering uten kumulative vilkår. Vektingen og

¹⁰² Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23-24

¹⁰³ NOU 2021:9 s. 306

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23-24

¹⁰⁵ Prop. 131 L s. 47

¹⁰⁶ Ibid.

relevansen av de ulike momentene avhenger av konstellasjon i oppdragsforholdet. Det er fremdeles av underordnet betydning om klassifiseringen av kontrakten mellom oppdragsgiver og oppdragstaker er bemanningsentreprise eller innleie, ettersom det er de reelle forholdene som er avgjørende.¹⁰⁷ Dette ble også vist til i *Quality People-dommen* der rammeavtalens tittel om «leie av personell» var av underordnet betydning.¹⁰⁸ Hvis kontrakten mellom partene statuerer at det er en bemanningsentreprise der oppdragstaker enten har arbeidsledelsen eller arbeidsresultatet, må momentene i andre setning vurderes. Dersom oppdragstaker har både ansvar for ledelse og resultatansvar, skal det likevel vurderes som innleie hvis momentene i andre punktum taler i motsatt retning.¹⁰⁹ Dette innebærer at flere kontrakter om kjøp av arbeidskraft vil regnes som innleie i tillegg til at innleieadgangen innskrenkes.¹¹⁰

Før lovfesting var utgangspunktet at de øvrige momentene «tjener mest som sperre mot forsøk på omgåelser»,¹¹¹ der arbeidsledelsen og resultatansvar var det avgjørende. Lovfestingen innebærer derfor en endring i rettsstilstanden fordi momentene i aml. § 14-12 femte ledd andre setning vil kunne skyve et tilfelle der oppdragstaker har ansvar for ledelse eller resultat over til et innleieforhold. Dette gjør at entrepriser som «innebærer utsetting av oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet på permanent basis, må som den klare hovedregel klassifiseres som innleie».¹¹² Bemanningsentrepriser er utfordrende for formålet om å sikre trygge ansettelsesforhold. Utvalget anbefaler derfor at entreprisekontrakter kategoriseres som innleie hvis man står i et tilfelle av: 1) Tjenestekjøp som skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet («on-site»), 2) innenfor oppdragsgivers vedvarende arbeidskraftsbehov og 3) innenfor oppdragsgivers kjernevirksomhet.¹¹³

Leveranse av et produkt og/eller en typisk støttefunksjon til virksomheten vil fremdeles være den samme som tidligere rett. Motsetningsvis representerer vurderingen av om leveranser der arbeidskraften er den hovedsakelige innsatsforpliktelsen en endring. Momentene i andre punktum søker å forhindre at oppdragsavtaler er i strid med lovens formål om trygge ansettelsesforhold.¹¹⁴

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Rt. 2013 s. 998 (Quality People) avsnitt 72

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Se kapittel 2.2 for redegjørelse av innskrenkningene i innleiereglene

¹¹¹ HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 80

¹¹² Prop. 131 L (2021-2022) s. 47

¹¹³ NOU 2021:9 s. 308

¹¹⁴ Prop. 131 L (2021-2022) s. 66

Det kan derfor påstås at *Norwegian-dommen* i sin tid ikke var rettsskapende eller utviklende, men viste på hvilken måte momentene i forarbeidene skulle forstås og veies mot hverandre. Dommen bidro til å skape forutberegnelighet for arbeidstaker og arbeidsgiver ved å vise momentenes vektlegging og betydning. Dommen er riktignok også egnet til å skape uklarheter ettersom det ikke tas stilling til alle momentene i forarbeidene. Det ble foretatt skjønnsmessige helhetsvurderinger også før lovendringen, men med færre momenter som i realiteten var i spill. Lovfestingen av grensedragningen representerer en reell endring i rettstilstanden i den forstand at flere momenter kan være utslagsgivende når grensedragningen skal avgjøres, men også at vernehensynet om trygge ansettelsesforhold står enda mer sentralt. Lovfestingen gir økt forutberegnelighet for arbeidstaker, arbeidsgiver og rettsanvender ved at momentene nå er lovfestet med tydeligere rammer.

3.4 Tidligere rettsavgjørelser i lys av dagens lovgivning

3.4.1 Hadde utfallet i de sentrale dommene vært annerledes etter lovfestingen?

Det kan i forlengelsen av at lovfestingen innebærer en endring i rettstilstanden reises spørsmål ved om sentral rettspraksis hadde hatt samme utfall i dag. Vurderingen knytter seg til *Quality People-dommen* og *Norwegian-dommen*.

I begge sakene konkluderte Høyesterett med at det forelå entreprise. Det sentrale i dommene var hvem som hadde «ansvar for ledelse og resultatet av det arbeidet som utføres».¹¹⁵ Med dagens lovtekst ville utgangspunktet om vektlegging at arbeidsledelse og resultatansvar trukket i retning av at det forelå en bemanningsentreprise. Det måtte imidlertid blitt vurdert om momentene i andre punktum kunne vippet avgjørelsene over til innleie.

3.4.2 *Quality People-dommen*

Spørsmålet i *Quality People-dommen* var om en arbeidstaker hadde krav på fast ansettelse etter aml. § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-9 femte ledd som følge av innleie.

¹¹⁵ Rt. 2013 s. 998 (Quality People) avsnitt 59 og HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 80

Når en arbeidstaker bemanner et bedriftsinternt postkontor kan det påstås at «det i hovedsak er levering av arbeidskraft». Et oppdragsforhold der arbeidskraften utgjør hovedelementet skal som hovedregel anses som et innleieforhold, med mindre avtalen også innebærer et tydelig element av en resultatforpliktelse.¹¹⁶ Dagens utgangspunkt står i kontrast til Høyesterett sin uttalelse i *Quality People-dommen* om at for «sondringen mellom entrepris og innleie kan det ikke være avgjørende om oppdraget går ut på å levere et produkt eller en løpende tjeneste».¹¹⁷

Det kan argumenteres med at hovedforpliktelsen var levering av arbeidskraft blant annet fordi *Quality People* ikke mottok ekstra betaling for feilkalkulering av oppdraget.¹¹⁸ Bemanningen synes derfor å utgjøre den bærende innsatsfaktoren. Støtteargumentet om hvem som stiller med utstyr, materiell, maskiner og verktøy trekker også i retning av et innleieforhold.

En arbeidstaker som jobber på det bedriftsinterne postkontoret har arbeid som «skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet». Momentet knytter seg nettopp til hvor arbeidet faktisk utføres. For vurderingen er det et skille mellom entrepriser som utføres «on-site» og «off-site». I *Quality People-dommen* var arbeidstakeren ansatt «on-site» ettersom arbeidet ble utført hos oppdragsgiver og var av en permanent eller langvarig karakter. Likevel kan det også argumenteres med at arbeidstakeren i realiteten ikke jobbet side om side med andre ansatte hos oppdragsgiver. Det kan nok imidlertid påstås at forholdet strider mot lovgivers ønske om faste og trygge ansettelsesforhold, noe som igjen trekker i retning av et innleieforhold.

Det tredje momentet handler om arbeidet «dekker et vedvarende arbeidskraftsbehov». Kriteriet var verken fremtredende i momentlisten til Blaalid-utvalget eller i de sentrale Høyesterettsdommene. Dette kan muligens være fordi også innleie fra bemanningsforetak etter aml. § 14-12 kan være begrenset i tid, hvilket gjør det vanskelig å skille mellom entrepris og tidsbegrenset innleie. Momentet skal imidlertid vurderes ut fra at en entrepris som regel vil være begrenset i tid. Dette er fordi det vil kunne være i strid med ønsket om trygge ansettelsesforhold, og dermed svekke arbeidstakerrettigheter hvis man godtar at virksomheter på permanent basis splitter opp virksomheten ved å benytte seg av entrepriser.

I forbindelse med utredningen ble det imidlertid vist til at «permanent utsetting av ulike side- og støttefunksjoner (...) i mange tilfeller kan innebære en hensiktsmessig og fornuftig

¹¹⁶ Prop. 131 L (2021-2022) s. 46, se kapittel 3.3

¹¹⁷ Rt. 2013 s. 998 (*Quality People*) avsnitt 59

¹¹⁸ *Ibid.* avsnitt 106

arbeidsfordeling». ¹¹⁹ Dette tyder på at det ikke er ønskelig å begrense virksomheters mulighet til å benytte seg av entrepriseløsninger for slike sidefunksjoner. En virksomhet som setter ut sine støttefunksjoner kan heller fokusere på kjernevirksomheten, noe som igjen kan ses i sammenheng med det fjerde momentet i aml. § 14-12 femte ledd andre setning. Det kan derfor argumenteres med at arbeidstakeren i *Quality People-dommen* jobbet ved det bedriftsinterne postkontoret over lengre tid, noe som taler for at det foreligger et innleieforhold. Motsatt kan det argumenteres med at virksomheten satte ut en støttefunksjon på lik linje som for eksempel en kantine, slik at Statoils kjernevirksomhet var fokus for oppdragsgiver. I lys av uttalelsene om at en støttefunksjon kan være hensiktsmessig, ser ikke utsettingen av arbeid i det bedriftsinterne postkontoret ut til å være i strid med hensynet om trygge ansettelsesforhold.

Momentet om delen som settes ut er innenfor oppdragsgivers kjernevirksomhet er en delvis videreføring av tidligere rett der forarbeidene statuerer at «et indisium på entreprise er at arbeidsoppgaven skiller seg fra hva oppdragsgiverens egen arbeidsstyrke arbeider med». ¹²⁰ I *Quality People-dommen* er det et tydelig skille mellom hva den faste arbeidsstokken og arbeidstakeren i bemanningsentreprisen arbeidet med. Hensynet til trygge ansettelsesforhold og at arbeidstakeren kan risikere å havne utenfor det kollegiale fellesskapet trekker derfor ikke i retning av innleie.

I *Quality People-dommen* var oppdragstaker leid inn for å dekke et arbeidskraftsbehov som ikke ble tilfredsstilt av oppdragsgivers egne ansatte. Arbeidsoppdraget skjedde heller ikke innenfor oppdragsgivers kjernevirksomhet. Samlet gjør dette at resultatet i *Quality People* sannsynligvis ville stått seg som en bemanningsentreprise også med dagens lovverk.

3.4.3 Norwegian-dommen

I *Norwegian-dommen* var spørsmålet om det forelå innleie til morselskapet eller bemanningsentreprise. Saken dreide seg om en rekke arbeidstakere som gjennom omorganisering ble plassert i ulike datterselskaper.

I motsetning til *Quality People-dommen* ble det i *Norwegian-dommen* uttalt at det talte for en entreprise fordi «avtalene beskriver en forpliktelse ikke bare til å stille et bestemt antall arbeidstakere til disposisjon, men en mer komplett tjeneste» der det skal «levere[s] trente og

¹¹⁹ NOU 2021: 9 s. 305

¹²⁰ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 3

kvalifiserte besetninger på rett sted og i rett tid».¹²¹ Uttalelsen kan tas til inntekt for at det i tillegg til arbeidskraft skulle leveres kompetanse. Det kan imidlertid argumenteres for at forpliktelsen i større grad knytter seg til at personalet må ha en viss kompetanse heller enn en resultatforpliktelse. Det er derfor ikke en tydelig resultatforpliktelse, noe som trekker i retning av innleie.

I relasjon til momentet om oppdraget «skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet», skjedde utøvelsen av arbeidet i *Norwegian-dommen* som et driftsselskap. Utførelsen var derfor ikke tilsvarende som i *Quality People-dommen* der oppdragstaker fysisk stilte ansatt til disposisjon «on-site» i lokalene til oppdragsgiver. Oppdragsgiveren Norwegian Air Shuttle ASA stilte imidlertid med utstyr og selve virksomheten ble driftet nettopp av et driftsselskap registrert i samme konsern. Følgelig trekker også dette i retning av man har å gjøre med et tilfelle av innleie og ikke entrepriser.

I relasjon til om arbeidet «dekker et vedvarende arbeidskraftsbehov», kan det i *Norwegian-dommen* påstås at oppdragsgiveren ikke har et tilsvarende arbeidskraftsbehov ettersom de ikke var et driftsselskap. Utvalget vurderte slike tilfeller og påpekte at det vil det kunne være tale om en virksomhetsoverdragelse der reglene i aml. kapittel 16 vil være gjeldende. Dette kan begrunnes med at virksomheten går fra å være et selskap som står for drift og egenproduksjon, til oppdelte selskaper. Et slikt tilfelle vil kunne bidra til at arbeidstakerne mister rettigheter de opprinnelig hadde i arbeidsforholdet. Dette gjør at den ansatte flyttes fra å være ansatt i en produksjonsbedrift og over til en ekstern tjenesteleverandør, der «avstanden til egen arbeidsgiver kan bli større og påvirkningsmulighetene færre».¹²² Omorganiseringen i Norwegian ble utført slikt at datterselskapene skulle stå for driften. Når datterselskapet har driften medfører det at morselskapet har et vedvarende arbeidskraftsbehov som ikke kan dekkes uten entrepriser. Morselskapets behov for vedvarende arbeidskraft og arbeidstakernes mindre trygge ansettelsesforhold ved å flyttes, trekker samlet i retning av innleie.

Oppdragsgiver skulle i *Norwegian-dommen* ta i bruk entrepriser langvarig på en slik måte at oppdragstaker utførte «oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet». Utvalget viser i den sammenheng til at en slik varig utsetting av kjernevirksomheten kan:

¹²¹ HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 82

¹²² Ibid.

«rokke ved den grunnleggende balansen mellom ansvar og innflytelse som følger av arbeidsmiljølovens arbeidsgiveransvar. Arbeidsoppgaver som ligger innenfor en virksomhets hovedbeskjeftigelse eller kjerneproduksjons, som det er et permanent behov for, og som skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet, bør (...) som det klare utgangspunkt utføres av virksomhetens egne ansatte».¹²³

I motsetning til *Quality People-dommen* er det sterke holdepunkter for at Høyesterett ville falt ned på innleie dersom *Norwegian-dommen* hadde blitt vurdert med dagens lovgivning. Dette gjelder til tross for at det også her var oppdragstaker som stod for arbeidsledelsen og hadde resultatansvaret. Begrunnelsen er at momentene i aml. § 14-12 femte ledd andre punktum alle trekker i retning av at det i realiteten er tale om et innleieforhold. Samlet kan det virke som om grensedragningen med de nye momentene er laget etter en modell som samsvarer med det saksforhold som lå til grunn i *Norwegian-dommen*.

3.5 Grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker

3.5.1 Hvorfor er problematikken relevant?

Grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie har mange likhetstrekk med vurderingen av hvorvidt man har å gjøre med en arbeidstaker eller en selvstendig oppdragstaker. Aml. § 1-2 første ledd fordrer at det er en arbeidstaker som er sysselsatt for at den kommer til anvendelse. Aml. § 1-8 statuerer at «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste» er å anse som en arbeidstaker. Grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker er derfor relevant for å kartlegge rettigheter i arbeidslivet, ettersom det er arbeidstaker som innehar rettigheter etter arbeidsmiljøloven. Ordlyden «annens tjeneste» viser at det foreligger et forhold mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker. En selvstendig oppdragstaker har på sin side ikke en arbeidsgiver. Bruk av selvstendige oppdragstakere har en rekke likhetstrekk med bemanningsentrepriser. Det inngås en avtale om levering av et resultat eller produkt, uten at det foreligger et ansettelsesforhold mellom partene.

Vurderingen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker er også avgjørende for virksomheters mulighet til å løse behovet for arbeidskraft. Slik avhandlingen har vist er dette

¹²³ NOU 2021: 9 s. 306

mulig gjennom hovedregelen om faste ansettelse, midlertidige ansettelse, innleie av arbeidskraft eller bemanningsentrepriser. En annen løsning er imidlertid gjennom avtaler med selvstendige oppdragstakere.

Da grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie skulle gjøres, ble grensen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker også vurdert. Fougner-utvalget viste til momentet om arbeidet utføres i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet på samme måte som det blir gjort i grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker. Utvalget falt ned på at «tilsvarende betraktninger gjør seg gjeldende i denne sammenheng, og det gir dessuten en god indre sammenheng i regelverket».¹²⁴ Det er videre en rekke like momenter i vurderingen av grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie, og vurderingen av om det er en arbeidstaker eller selvstendig oppdragstaker. Begge grensene har også nylig blitt lovfestet, noe som kan ses på som en forsterkning av vernehensynet og det overordnede ønsket om trygge ansettelsesforhold.

3.5.2 Likheter i vurderingsmomentene

Ett av hovedskillene mellom en arbeidstaker og en selvstendig oppdragstaker er om vedkommende skal levere en innsats- eller resultatforpliktelse. En arbeidstaker vil stå til disposisjon for en arbeidsgiver, altså en innsatsforpliktelse.¹²⁵ En selvstendig oppdragstaker vil på sin side ha en resultatforpliktelse gjennom en avtale om å gjennomføre et spesifikt oppdrag. På lik linje med grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie, har ikke arbeidsmiljøloven hatt en definisjon av hva som ligger i arbeidstakerbegrepet. Vurderingsmomentene har derfor også her rot i forarbeider og rettspraksis,¹²⁶ der momentene som taler for et arbeidstakerforhold er om:

- Arbeidstakeren har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet og kan ikke bruke medhjelpere for egen regning
- Arbeidstakeren har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet

¹²⁴ NOU 2021:9 s. 306

¹²⁵ Fougner (2019) s. 25

¹²⁶ Se bl.a. ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 6.1.1, Rt-1984-1044 (Tupperware), Rt-2013-342 (Beredskapshjem), HR-2016-1336-A (Avlaster II)

- Arbeidsgiveren stiller til rådighet arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer eller andre hjelpemidler som er nødvendige for arbeidets utførelse
- Arbeidsgiveren bærer risikoen for arbeidsresultatet
- Arbeidstakeren får vederlag i en eller annen form for lønn
- Tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter og er oppsigelig med bestemte frister
- Det arbeides hovedsakelig for én arbeidsgiver.¹²⁷

På lik linje med grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie varierer momentenes betydning i takt med det aktuelle saksforholdet.¹²⁸ Momentlisten er heller ikke her uttømmende. Flere av momentene i grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker er sammenfallende med momentene i grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie. Eksempelvis har momentene om arbeidskraft, ledelse, redskaper, resultat og vederlag klare likehetstrekk med momentene i grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie. De to siste momentene om stabilitet og eksklusivitet for én arbeidsgiver er imidlertid ikke en del av vurderingen i grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie. Dette kan blant annet begrunnes i at hensynet bak bemanningsentrepriser og innleie er arbeidsgivers midlertidige behov for arbeidskraft. I motsetning til grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie, som omhandler hvem som er arbeidsgiver, tar grensedragningen her sikte på å avgjøre om det foreligger et arbeidsforhold i det hele tatt. Følgelig er det ulike vern som gjør seg gjeldende i vurderingen. Utviklingen av begrepet viser imidlertid at arbeidstakerbegrepet har blitt utvidet, slik at flere selvstendige oppdragstakere nå blir som arbeidstakere å regne. Dette har klare likhetstrekk med tilfellet for bemanningsentrepriser, ettersom det i større grad sikres at flere personer som utfører arbeid for en oppdragsgiver sikres gjennom lovgivningen. Utviklingen ledet til lovendring 17. mars 2023 også på dette område.

3.5.3 En utvidelse av arbeidstakerbegrepet

¹²⁷ NOU 2004:5 s. 154 og ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

¹²⁸ Ibid.

Siden arbeidsvernloven av 1936 definerte en arbeidstaker som «enhver som utenfor sitt hjem utfører arbeid i annen manns tjeneste»,¹²⁹ har det skjedd en utvikling av begrepet. Rettspraksis og forarbeider har spilt en avgjørende rolle.

Grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker har blitt behandlet en rekke ganger i Høyesterett.¹³⁰ Felles for avgjørelsene er en konkret helhetsvurdering med utgangspunkt i momentlisten fra forarbeidene. Grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker skal ta utgangspunkt i momentlisten fra forarbeidene, men med en formålsoverordnet tilnærming der arbeidstakerbegrepet skal tolkes vidt slik at flere har et vern.¹³¹ Dette er i tråd med i tråd med lovens vernehensyn der flere sikres rettigheter og trygge ansettelsesforhold. Høyesterett har særlig vektlagt om det foreligger et over- og underordningsforhold, blant annet ved å vurdere om en av partene har en styringsrett. Dette har klare likhetstrekk med ledelsesmomentet i grensedragningen mellom entrepris og innleie.

Den nyeste avgjørelsen av betydning er LB-2019-184977 (*Stendi-/Alerisdommen*) i 2021. Høyesteretts ankeutvalg falt i HR-2021-2325-U ned på at anken ikke ble tillatt fremmet. Spørsmålet for retten var om 22 omsorgskonsulenter var selvstendige oppdragstakere eller arbeidstakere. Aleris leverte omsorgstjenester der kommunene betalte for at innbyggere med omsorgsbehov fikk støtte. Etter et oppkjøp av Bolig- og Omsorgsinstituttet der virksomheten var konsulentbasert og alle oppdragstakerne hadde eget enkeltpersonsforetak, ble spørsmålet etter en fusjon i 2010 om omsorgskonsulentene var oppdrags- eller arbeidstakere. Retten konkluderte med at de 22 ansatte var underlagt Aleris sin styringsrett, og dermed som arbeidstakere å regne. Til tross for at det etter oppdragskontraktene var omsorgskonsulentene som måtte fremskaffe egen vikar, var det i praksis Aleris som gjorde dette.

Lagmannsretten viste til momentlisten på syv punkter og bekreftet at momentene om at arbeidstaker måtte stille med egen personlig arbeidskraft og underordne seg arbeidsgivers ledelse var oppfylt. I forlengelsen av dette uttalte retten at:

utfallet av klassifiseringsvurderingen normalt vil være gitt dersom det foreligger personlig arbeidsplikt og et underordningsforhold. I den praktiske rettsanvendelsen er det derfor ikke treffende å ta utgangspunkt i en skjønnsmessig helhetsvurdering av

¹²⁹ Lov 19. juni 1936 om arbeidsvern § 2

¹³⁰ Se bl.a. Rt. 1984 s. 1044 (Tupperware), Rt. 2013 s. 342 (Beredskapshjem), Rt. 2013 s. 354 (Avlaster), HR-2016-1366-A (Avlaster II)

¹³¹ Prop. 14 L (2022-2023) s. 24

syvpunktlisten uten å ta i betraktning at de to nevnte momentene i seg selv vil kunne være avgjørende.¹³²

Lagmannsretten legger følgelig til grunn de to første momentene som avgjørende, der de øvrige momentene er av underordnet betydning. Dette har klare likhetstrekk med hvordan grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie tidligere har blitt behandlet i rettspraksis. Det bekreftes av retten at det er de reelle forholdene og ikke formaliteten som er avgjørende også i grensedragningen mellom arbeidstaker selvstendig oppdragstaker.¹³³ De to momentene som legges til grunn har også klare likhetstrekk med vurderingen av om det foreligger bemanningsentreprise eller innleie.

Dommen tyder på en utvidelse av arbeidstakerbegrepet som senere ble fulgt opp av Fougner-utvalget.¹³⁴ 9. mars 2023 vedtok Stortinget en endring i arbeidsmiljøloven også for arbeidstakerbegrepet, med virkning fra 1. januar 2024:

(1) Med arbeidstaker menes i denne lov enhver som utfører arbeid for og underordnet en annen. Ved avgjørelsen skal det blant annet legges vekt på om vedkommende løpende stiller sin personlige arbeidskraft til disposisjon, og om vedkommende er underordnet gjennom styring, ledelse og kontroll. Det skal legges til grunn at det foreligger et arbeidstakerforhold med mindre oppdragsgiver gjør det overveiende sannsynlig at det foreligger et selvstendig oppdragsforhold.¹³⁵

Lovendringen der vurderingsmomentene i arbeidstakerbegrepet lovfestes, er en utvidelse fordi flere oppdragsforhold vil kategoriseres som arbeidstakerforhold. Dette kan begrunnes med at det i dag er for mange gråsoner mellom selvstendig oppdragstaker og arbeidstaker, slik at en presumsjonsregel vil kunne være fordelaktig. Dette bidrar også til å sikre trygge og sikre ansettelsesforhold.

3.6 Sammenfatning: Et ønske om trygge ansettelsesforhold

Som vist i kapittel 2 har lovgiver snevret inn adgangen til innleie fra bemanningsbyrå etter aml. § 14-12. Dette gjøres blant annet ved at innleie begrunnet i at arbeidet er av «midlertidig

¹³² LB-2019-184977 (Stendi-/Alerisdommen) punkt 7.2.5

¹³³ Ibid. punkt 7.2.3

¹³⁴ NOU 2021:9

¹³⁵ Lov 17. mars 2023 om endringer i arbeidsmiljøloven mv. § 1-8 første ledd

karakter» etter § 14-9 ikke lenger er tillatt. Videre er det innført en godkjenningsordning som skal sørge for at aktørene er godkjent for å drive utleie. Lovendringene gir uttrykk for at lovgiver ønsker å innsnevre adgangen til å benytte innleie i sin helhet. Som avhandlingen gjennomgående har vist til er vernehensynet i form av å sikre trygge ansettelsesforhold sentralt for lovgiver, noe som sikres best gjennom ansettelse i topartsforhold. Dette er også i tråd med utviklingen i EU der arbeidstakers sikkerhet og forutsigbarhet har fått økt fokus.¹³⁶

Avhandlingens hovedtema om grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie er imidlertid to alternativer der begge gjelder ansettelse i trepartsforhold. Fougner-utvalget anerkjenner at bruk av entrepriser i det store og hele kan være positivt for næringslivet. I lys av lovens formål om å sikre og trygge og faste ansettelsesforhold vil det imidlertid være utfordrende. Lovfestingen av momentene og en oppdatert regulering av hvor grensen mellom bemanningsentreprise og innleie går, vil derfor kunne bidra til at lovens formål ivaretas. Det er fordelaktig for en arbeidstaker at man faller ned på innleie fremfor bemanningsentreprise, ettersom feltet er lovregulert og gir arbeidstakeren rettigheter. Lovgiver har derfor innført momenter i tillegg til arbeidsledelse og resultatansvar, som ikke lenger kun fungerer som sperre mot forsøk på omgåelser. Dette gjør at man kan avdekke tilfeller av innleie som er skjult som bemanningsentrepriser. Arbeidstakere i en bemanningsentreprise står i en situasjon der det i realiteten er to arbeidsgivere som inngår avtale om den arbeidskraften arbeidstakeren besitter. Vedkommende vil heller ikke ha de samme rettighetene som en innleid. Lovfestingen av grensedragningen der flere tilfeller blir innleie fremfor bemanningsentreprise gjør at vernehensynet om å sikre trygge ansettelsesforhold ivaretas i enda større grad.

Innskrenkningen i adgangen til innleie og lovfestingen av grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie, kan tolkes som et ønske om en harmonisering i regelverket. Målet med harmoniseringen er at arbeidstaker i størst mulig grad skal ha et vern gjennom lovgivningen. Hensynet til trygge ansettelsesforhold påvirker også arbeidstakerbegrepet. Vurderingen har mange likehetstrekk med grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie.

Arbeidsmiljølovens deklatoriske karakter fremkommer av § 1-9 som sier at «loven ikke kan fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt». Dette gjør for eksempel at en arbeidstaker ikke kan definere seg selv som oppdragstaker hvis

¹³⁶ EU 2019/1152, jf. Prop. 131 L (2021-2022) s. 66

vedkommende finner dette mer gunstig. Lovendringen kan derfor være til hinder for en arbeidstaker som ønsker å arbeide mer og dermed kategoriserer seg selv som oppdragstaker for å unngå reglene om arbeidstid i aml. kapittel 10.

Lovgivers innstramming av innleiereglene, lovfestingen av grensedragningen mellom bemanningsentreprise og innleie, og lovfestingen av momentene i arbeidstakerbegrepet, representerer alle et ønske fra lovgiver om tryggere og mer kontrollerte rammer. Dette skal samlet bidra til å sikre tryggere ansettelsesforhold. Ettersom det er enda tydeligere at de reelle forholdene trumfer de formelle, vil innstrammingene påvirke næringslivet i den forstand at tilknytningsforhold endres og at partene ikke kan klassifisere forholdet på egenhånd.

Kilderegister

Lover

Sysselsettingsloven

Lov 27. juni 1947 om tiltak til å fremme
sysselsetting (sysselsettingsloven)
(opphevet)

Arbeidsmarkedsloven

Lov 12. oktober 2004 nr. 76 om
arbeidsmarkedstjenester
(arbeidsmarkedsloven)

Universitets- og høyskoleloven

Lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og
høyskoler (universitets- og høyskoleloven)

Arbeidsmiljøloven

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

Tjenesteloven

Lov 19. juni 2009 nr. 103 om
tjenestevirksomhet (tjenesteloven)

Arbeidstvistloven

Lov 27. januar 2012 om arbeidstvister
(arbeidstvistloven)

Skipsarbeiderloven	Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven)
Statsansatteloven	Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven)
Arbeidsmiljøloven (endringslov)	Lov 20. desember 2022 om endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak)
Arbeidsmiljøloven (endringslov)	Lov 17. mars 2023 om endringer i arbeidsmiljøloven mv. (arbeidstakerbegrepet og arbeidsgiveransvar i konsern)

Forskrifter

Forskrift om bemanningsforetak	Forskrift 4. juni 2008 nr. 541 om bemanningsforetak
Forskrift om unntak til innleiebestemmelsene (tidligere)	Forskrift 11. januar 2013 nr. 33 om innleie fra bemanningsforetak

Forskrift om unntak til innleiebestemmelsene (endringsforskrift) Forskrift 20. desember 2022 om endring i forskrift om innleie fra bemanningsforetak

Direktiver

Vikarbyrådirektivet Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2008/104/EF om vikararbeid (vikarbyrådirektivet)

Utsendingsdirektivet Europaparlamentets- og rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsetning av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (utsendingsdirektivet)

Opplysningsdirektivet Europaparlaments- og rådsdirektiv 2019/1152 av 20. juni 2019 om tydelige og forutsigbare arbeidsvilkår i Den europeiske union

Forarbeider

Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) Om lov om endringer i lov av 27. juni 1947 om tiltak til å fremme sysselsetting

NOU 1998:15

NOU 1998:15 Arbeidsformidling og arbeidsleie

Ot.prp. nr. 70 (1998-1999)

Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv., 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. 62 (2003-2004)

Ot.prp. nr. 62 (2003-2004) Om lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven)

NOU 2004:5

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp. nr. 56 (2006-2007)

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

Prop. 74 L (2011-2012)

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

NOU 2021:9

NOU 2021:9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv
Utredning om tilknytningsformer og virksomhetsorganisering

Prop. 131 L (2021-2022)

Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak)

Innst. 108 L (2022-2023)

Innst. 108 L (2022-2023) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak)

Prop. 14 L (2022-2023)

Prop. 14 L (2022-2023) Endringer i arbeidsmiljøloven mv. (arbeidstakerbegrepet og arbeidsgiveransvar i konsern)

Rettspraksis

Rt. 1984 s. 1044	Tupperware
Rt. 2000 s. 1602	Nøkk
Rt. 2002 s. 1469	Eksakt regnskap
Rt. 2013 s. 342	Beredskapshjem
Rt. 2013 s. 354	Avlaster
Rt. 2013 s. 998	Quality People
Rt. 2013 s. 1730	YIT
HR-2016-1336-A	Avlaster II
HR-2018-2371-A	Norwegian
LB-2019-184977	Stendi/Aleris
HR-2021-2325-U	Stendi/Aleris (ankeutvalget)
HR-2022-2253-A	Skatterettslig

Litteratur

- Eckhoff og Helgesen (2001) Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E,
Rettskildelære, 5. utgave
Universitetsforlaget 2001
- Sunde (2019) Sunde, Jørn Øyrehagen, Fordom og
forventning – ei hanbok i rettshistorisk
metode, Dreyers forlag Oslo 2019
- Fougner (2019) Fougner, Jan. *Norsk arbeidsrett,
styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*,
1. utgave, Universitetsforlaget Oslo 2019
- Storeng m.fl. (2020) Storeng, Nils H., Beck, Tom H., Lund, Arve
Due, Andersen, Kari Bergeius, Andersen,
Terje G., Svendsen, Thomas B.,
Arbeidslivets spilleregler, 4. utgave,
Universitetsforlaget 2020
- Skjønberg m.fl. (2020) Skjønberg, Alexander Næss, Hognestad,
Eirik, Hotvedt, Marianne Jenum. *Individuell
arbeidsrett*, 2. utgave, Gyldendal juridisk
2020

Øvrige

ESA: www.eftasurv.int. Brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet. *Request for information concerning restrictions on the use of temporary agency workers in Norway.*

Tilgjengelig

på:

<https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/Request%20for%20information%20%20Own%20initiative%20case%20concerning%20restrictions%20on%20the%20use%20of%20temporary%20agency%20workers%20in%20Nor.pdf>

Oslo Economics. *Kartlegging av omfang og særtrekk ved entrepriser*. September 2020.

Tilgjengelig

på:

<https://osloeconomics.no/wp-content/uploads/2020/09/Oslo-Economics.-Omfang-og-saertrekk-ved-entreprise.-OE-rapport-2020-56-1.pdf>