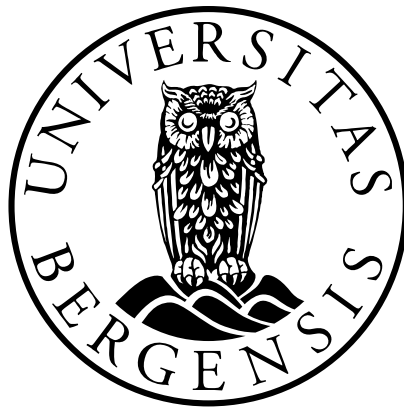


FORHOLDET MELLOM AML. § 14-12 OG
DIREKTIV 2008/104/EC ART. 4

Kandidatnummer: 126

Antall ord: 14 822



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2015

INNHold

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavetema og problemstilling	1
1.2	Emnets aktualitet.....	1
1.3	Avgrensninger.....	2
1.4	Rettskildebildet og metode	3
1.5	Den videre fremstilling	5
2	INNLEIE AV ARBEIDSTAKERE ETTER AML. § 14-12	7
2.1	Rettslig utgangspunkt	7
2.2	Innleie av arbeidstaker	7
2.3	Unntak for midlertidig ansettelse og innleie av arbeidskraft.....	8
2.4	Bestemmelsens anvendelsesområde	9
2.5	Begrensninger for innleie av arbeidskraft	10
2.5.1	Innledning	10
2.5.2	Midlertidig karakter	11
2.5.3	Vikariat	14
3	VIKARBYRÅDIREKTIVET ART. 4	17
3.1	Vedtaket av vikarbyrådirektivet	17
3.2	Norges folkerettslige forpliktelser	18
3.3	Implementeringen av direktivet i norsk rett	18
3.4	Restriksjonsforbudet	20
3.5	Allmenne hensyn	21
3.5.1	Innledning	21
3.5.2	Beskyttelse av vikaransatte.....	22
3.5.3	Helse og sikkerhet	23
3.5.4	Velfungerende arbeidsmarked	24
3.5.5	Forebygge misbruk.....	25
3.6	Proporsjonalitet – egnet, nødvendig og forholdsmessig	27

4	FORHOLDET MELLOM AML. § 14-12 OG VIKARBYRÅDIREKTIVET ART. 4.....	29
4.1	Innledning.....	29
4.2	Utgjør aml. § 14-12 en restriksjon?.....	29
4.3	Kan restriksjonene begrunnes i allmenne hensyn?.....	30
4.3.1	Velfungerende arbeidsmarked	30
4.3.2	Forebygge misbruk.....	31
4.4	Er begrensningene proporsjonale?	33
4.4.1	Egnethet	33
4.4.2	Nødvendighet.....	33
4.5	Opplægget videre	34
5	KONSEKVENSER	36
5.1	Innledning.....	36
5.2	Direktivkonform fortolkning og presumsjonsprinsippet.....	36
5.3	Domstolenes håndhevingskompetanse	37
5.3.1	Innledning	37
5.3.2	Case C-533/13 Shell Aviation	37
5.3.3	Generaladvokatens konklusjon.....	39
5.3.4	EU-domstolens konklusjon	39
5.4	Statens erstatningsansvar	41
5.5	Traktatsbruddsøksmål for EFTA-domstolen.....	42
6	KONKLUSJON	44
7	RETTSKILDER	45
8	LITTERATURLISTE	49

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavetema og problemstilling

Temaet for oppgaven er forholdet mellom arbeidsmiljøloven¹ (heretter «aml») § 14-12 og artikkel 4 i direktiv 2008/104/EC² (heretter «vikarbyrådirektivet» eller «direktivet»).

Problemstillingen er om begrensningene for innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak i aml. § 14-12 første ledd er i overensstemmelse med de restriksjoner som lovlig kan begrunnes og gjennomføres etter vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1. Det vil bli redegjort for hvilke krav direktivet stiller til norsk rett og om det norske regelsettet oppfyller direktivets krav. Deretter vil det gis en oversikt over mulige konsekvenser dersom de norske reglene strider mot direktivet.

1.2 Emnets aktualitet

Innleie etter aml. § 14-12 første ledd er en av flere metoder en virksomhet kan benytte seg av for å tilpasse arbeidsstokken etter behovet for arbeidskraft. I tillegg til innleie kan en virksomhet bruke overtidsarbeid blant fast ansatte, midlertidige ansettelser, kjøp av tjenester fra andre virksomheter (entreprise) og permittering av fast ansatte for å tilpasse arbeidskraftbehovet. De senere årene har innleie av arbeidskraft blitt et mer utbredt fenomen i det norske arbeidsmarkedet. Dette har sin bakgrunn i liberalisering av innleieregelverket og økt arbeidsinnvandring fra EU-landene. I 2011 var over 50 000³ av totalt 2 562 000⁴ lønnstakere utleid fra bemanningsforetak til norske virksomheter. Som følge av utstrakt bruk av innleid arbeidskraft er det aktuelt å undersøke om dagens begrensninger i innleiereglene samsvarer med vikarbyrådirektivet.

Helt siden det ble spørsmål om vikarbyrådirektivet skulle implementeres i norsk rett, har det pågått en rettslig diskusjon om begrensningene for innleie i aml. § 14-12 første ledd kunne opprettholdes som følge av direktivets art. 4 nr. 1. Det var stor

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

² Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work.

³ Jf. Fafo, «Bruk av innleid arbeidskraft», *LOs tillitsvalgtpanel* (2012) s. 8. Dette er den nyeste statistikken som foreligger. Statistikken omfatter arbeidstakere som er bosatt i Norge og arbeidstakere som yter tjenester i Norge ved korttidsopphold.

⁴ Jf. Statistisk sentralbyrå, «Sysselsatte per 4. kvartal, etter bosted, arbeidssted, kjønn, alder og næring» (2011). I 2014 var antall sysselsatte økt til 2 650 000.

uenighet om aml. § 14-12 første ledd var i overensstemmelse med direktivet. Den rettslige uenigheten bidrar videre til masteravhandlingens aktualitet.

EU-domstolen ble for første gang forelagt spørsmål om rekkevidden av vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1 i henhold til nasjonal rett den 17. mars 2015.⁵ Et av spørsmålene i saken var om begrensningene for innleie av arbeidskraft fra vikarbyrå i finsk rett utgjorde en restriksjon som kunne begrunnes i direktivets allmenne hensyn, og om begrensningene for øvrig oppfylte direktivnormens krav. Dommen viser at det vil være aktuelt å vurdere om nasjonale bestemmelser er i tråd med direktivnormen, til tross for at dette i utgangspunktet syntes å være tilfellet på tidspunktet implementeringen av direktivet fant sted. Saken i EU-domstolen aktualiserer dermed problemstillingen om de norske begrensningene for innleie av arbeidskraft er i tråd med direktivet.

I januar 2015 iverksatte EFTAs overvåkningsorgan (ESA) en prosess for å undersøke om Norge har oppfylt sine folkerettslige forpliktelser etter direktivet. ESAs kontroll om aml. § 14-12 første ledd samsvarer med Norges internasjonale forpliktelser bidrar videre til avhandlingens aktualitet. Det vil redegjøres nærmere for dette i kapittel 5 under konsekvenser.

Forholdet mellom aml. § 14-12 første ledd og vikarbyrådirektivet art. 4 er ikke vurdert i juridisk teori.⁶ Dette gjør problemstillingen særlig aktuell for behandling i en masteravhandling.

1.3 Avgrensninger

Fremstillingen omhandler reglene om innleie av arbeidstakere fra virksomheter som har til formål å drive utleie etter aml. § 14-12 første ledd, og om dette regelsettet er i samsvar med direktivets krav i art. 4 nr. 1. Reglene i aml. § 14-13 om innleie av arbeidstakere fra virksomheter som *ikke* har til formål å drive utleie, såkalte produksjonsbedrifter, vil ikke behandles ettersom temaet ligger utenfor problemstillingens kjerne. Avgrensningen mot produksjonsbedrifter er naturlig ettersom innleie etter § 14-13 ikke omfattes av vikarbyrådirektivet.⁷

For å begrense fremstillingens omfang avgrenses det videre mot aml. § 14-12 annet ledd. Bestemmelsen gir en utvidet adgang til innleie av arbeidskraft fra

⁵ Jf. case C-533/13, *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry v. Öljytuote ry Shell Aviation Finland Oy*.

⁶ Se eksempelvis Nicolay Skarning, *Midlertidige ansettelser, innleie og vikarbyrådirektivet*, Oslo 2013 s. 103: «Det har vært stilt spørsmål ved om begrensningene på å leie inn vikarer fra vikarbyrå er i overensstemmelse med vikarbyrådirektivet. Dette er et tema som jeg ikke går nærmere inn på her.»

⁷ Jf. vikarbyrådirektivet art. 1 punkt 1.

bemanningsforetak etter avtale med tillitsvalgte, uten hinder av begrensningene i aml. § 14-12 første ledd.

Det avgrenses videre mot en gjennomgang av vilkårene for å leie inn arbeidskraft etter aml. § 14-9 første ledd bokstav c) – e). Dette fordi alternativene ikke har særlig stor praktisk betydning når det gjelder innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak.

Betingelsene for en virksomhets adgang til å leie *ut* arbeidstakere er regulert i arbeidsmarkedsloven⁸ § 27. Bestemmelsen tar i likhet med aml. § 14-12 første ledd sikte på å verne arbeidstakere som er ansatt hos bemanningsforetak. Ettersom avhandlingen omhandler aml. § 14-12 første ledd vil disse reglene imidlertid holdes utenfor behandlingen i det følgende.

Likebehandlingsprinsippet stod sentralt ved implementeringen av direktivet i norsk rett. Det ble innført regler i arbeidsmiljøloven for å sikre at likebehandlingsprinsippet skulle etterleves.⁹ Ettersom det ikke var rettslig uenighet vedrørende innføringen av likebehandlingsprinsippet i arbeidsmiljøloven, avgrenses det mot dette temaet.

1.4 Rettskildebildet og metode

Oppgavens tema er av sammensatt karakter, hvilket innebærer at fremstillingen står overfor flere metodiske utfordringer. For å besvare problemstillingen må innholdet i de materielle vilkårene for innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak i aml. § 14-12 første ledd klarlegges. Ettersom innleievilkårene er tilsvarende de vilkår som må være oppfylt for at det skal være adgang til midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd, må det også foretas en gjennomgang av denne bestemmelsen.

Bestemmelsene tolkes i lys av de relevante rettskildefaktorene som foreligger, med ordlyden som det naturlige utgangspunkt.¹⁰ En slik fremgangsmåte er i tråd med alminnelig juridisk metodelære slik den er utviklet i norsk rett.

Bestemmelsenes forarbeider, forhistorie og etterfølgende lovgiveruttalelser vil videre være av sentral betydning i fremstillingen. Forarbeidene er et uttrykk for lovgiverviljen og har dermed betydelig vekt som rettskildefaktor.¹¹ Aml. §§ 14-12 og 14-9 er videreføringer av henholdsvis aml. av 1977 §§ 58A og 55K, som innebærer at forarbeidene til de nå opphevede bestemmelsene vil være relevante rettskildefaktorer. Forarbeidene gir mye informasjon vedrørende oppgavens tema og problemstilling.

⁸ Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven).

⁹ Jf. aml. § 14-12a.

¹⁰ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 s. 39 flg.

¹¹ Eckhoff/Helgesen s. 71 flg.

For å få et helhetlig bilde av hva striden om implementeringen av direktivet omhandler, må det ses hen til de ulike høringsnotatene fra departementet med tilhørende hørings svar fra organisasjonene. Høringsnotatene er ingen selvstendig rettskilde, men gir bidrag til argumentasjon og forståelse.

Det er ingen norsk rettspraksis som konkret berører problemstillingen. Rettspraksis vil likevel trekkes inn så langt disse er egnet til å kaste lys over de problemstillinger fremstillingen berører.

Vikarbyrådirektivet er en del av EUs sekundærlovgivning, som er gjort til en del av EØS-avtalen.¹² Ved fortolkning av vikarbyrådirektivet må derfor EU-rettens teleologiske tolkningslære anvendes. I likhet med norsk rett er ordlyden det naturlige utgangspunkt.¹³ EU-direktivet er imidlertid oversatt til 23 offisielle språk, noe som innebærer at ordlyden i de forskjellige versjonene kan gi grunnlag for ulike tolkninger. For å sikre en autonom og ensartet fortolkning av EU-retten står derfor en formålsrettet og kontekstuell fortolkning sentralt. Bestemmelsene må herunder tolkes slik at formålet med bestemmelsen fremmes, og slik at måloppnåelsen ikke hindres.¹⁴ I den forbindelse er direktivets fortale en sentral rettskilde i tolkningsprosessen. Fortalen fastsetter og angir hovedformålene med bestemmelsene i direktivet. Det kan ikke utledes rettigheter og plikter direkte fra fortalen, men fortalen har stor betydning for tolkningen av bestemmelsene i direktivet.¹⁵ EU-retten mangler autorative forarbeider, men fortalen har *noe* av den samme funksjonen som forarbeider i norsk rettskildelære.

De fire friheter om fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital begrenser EØS-statenes politiske handlerom. Ved spørsmål om § 14-12 er i strid med vikarbyrådirektivet må det tas utgangspunkt i restriksjonsforbudet som er utledet av EU- og EØS-retten. Forbudet innebærer at restriksjoner som hindrer fri bevegelse må begrunnes i allmenne hensyn og gjennomgå en proporsjonalitetstest for at restriksjonen skal være legitim. I den forbindelse må det ses særlig hen til EU-domstolens praksis vedrørende hensyns- og proporsjonalitetsvurderingen, i tillegg til at juridisk teori på EØS-rettens område vil anvendes for å belyse over hvordan vurderingen skal foretas.

EU-domstolens praksis er den sentrale rettskilden ved fortolkningen av EØS-avtalen.¹⁶ Dette forankres i homogenitetsmålsetningen, EØS-avtalen art. 6 og EFTA-

¹² Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992 (EØS-avtalen).

¹³ Jf. case C-187/07, *Dirk Endendijk*, avsnitt 15: «... in order to determine the meaning of the word ... it is necessary to refer to the usual and everyday accepted meaning of that word». Se også case C-164/98 P, *DIR International Film*, avsnitt 26 og case 349/85, *Denmark v. Commission*, avsnitt 9.

¹⁴ Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utgave, Bergen 2012 s. 231.

¹⁵ Fredrik Sejersted m.fl. *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011 s. 53 flg.

¹⁶ Sejersted m.fl. s. 252.

domstolens praksis. EU-domstolens avgjørelser har gjennomslagskraft som prejudikater og anses som bindende for medlemsstatene. Etter TFEU¹⁷ art. 267 kan EU-domstolen bli forelagt spørsmål fra nasjonale domstoler om hvordan direktivbestemmelser skal forstås. I slike tilfeller gir EU-domstolen en generell uttalelse om hvordan EU-retten skal forstås på ett konkret punkt. Sak C-533/13 har prejudikatsverdi og er særlig relevant for oppgaven ettersom det er den første saken som er forelagt EU-domstolen vedrørende forståelsen av vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1.

I likhet med praksis fra EU-domstolen vil også Generaladvokatens forslag til avgjørelse gi bidrag til fremstillingen. Innstillinger fra EU-domstolens Generaladvokater er ikke en selvstendig rettskilde, men brukes som en kilde til forståelse av EU-domstolens praksis.¹⁸ Den viktigste funksjonen som kilde til forståelse av EU-domstolens praksis har generaladvokatens innstillinger der innstillingene *ikke* følges av EU-domstolen. I de tilfeller disse utelates vet man hvilke argumenter og standpunkter som EU-domstolen ikke stiller seg bak.¹⁹ Det er lettere å danne seg et bilde av det nærmere innholdet i saker fra EU-domstolen dersom man leser Generaladvokatens forslag til avgjørelse i tillegg til EU-domstolens avgjørelser.

Ettersom det ikke foreligger en offisiell norsk oversettelse av vikarbyrådirektivet, vil den engelske versjonen av vikarbyrådirektivet benyttes. Videre tar fremstillingen sikte på å forklare den rettslige situasjonen *de lege lata*, slik rettstilstanden er i dag etter implementeringen av vikarbyrådirektivet.

1.5 Den videre fremstilling

Ettersom fremstillingen fokuserer på forholdet mellom begrensningene i den norske innleiebestemmelsen og vikarbyrådirektivet art. 4, vil det til å begynne med i kapittel 2 foretas en behandling av det norske regelsettet om innleie av arbeidskraft fra vikarbyrå. Kapittelet vil starte med en redegjørelse for det rettslige utgangspunktet for organiseringen av det norske arbeidsmarkedet, i tillegg til en beskrivelse av innleieinstituttet og anvendelsesområdet for aml. § 14-12 første ledd. Det er videre nødvendig med en behandling av bestemmelsens materielle vilkår tilknyttet aml. § 14-9 første ledd, ettersom redegjørelsen har betydning for drøftingen og analysen i fremstillingens kapittel 4.

I kapittel 3 vil det foretas en generell redegjørelse for innholdet av direktivnormen i vikarbyrådirektivet art. 4. Den generelle behandlingen vil tydeliggjøre hvilke

¹⁷ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

¹⁸ Fredriksen/Mathisen s. 245.

¹⁹ Fredriksen/Mathisen s. 246.

restriksjoner nasjonal lovgivning kan inneholde for at disse ikke skal stride mot direktivnormen. Det vil i dette henseende foretas en gjennomgang av hvilke legitime hensyn som kan begrunne en ulovlig restriksjon, i tillegg til en redegjørelse av innholdet i proporsjonalitetstesten.

I fremstillingens kapittel 4 vil det foretas en tydeliggjøring av de ulike aspektene i problemstillingen. Det vil herunder foretas en vurdering av om begrensningene for innleie i kapittel 2 oppfylder kravene som er oppstilt i fremstillingens kapittel 3.

Videre vil mulige konsekvenser dersom innleiebestemmelsen ikke oppfylder direktivets krav presenteres i fremstillingens kapittel 5. Herunder vil det særlig fokuseres på sak C-533/13, ettersom saken er relevant for hvordan nasjonal rett skal håndheves i lys av direktivet. Avslutningsvis i kapittel 6 vil det gis en kort konklusjon på problemstillingen.

2 INNLEIE AV ARBEIDSTAKERE ETTER AML. § 14-12

2.1 Rettslig utgangspunkt

Hovedregelen om ansettelsesforhold i norsk rett er at «[a]rbeidstaker skal ansettes fast», jf. aml. § 14-9 første ledd. Fast ansettelse innebærer at arbeidstaker skal ansettes for et ubestemt tidsrom, inntil en av partene sier opp arbeidsforholdet.²⁰

Hovedregelen om faste ansettelser er begrunnet i ønsket om størst mulig utbredelse av relasjoner direkte mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Departementet har lagt til grunn at «det er ikke ønskelig å åpne for en praksis i norsk arbeidsliv som endrer det helt dominerende mønster av faste ansettelsesforhold».²¹

Grunnen til at arbeidsmarkedet i størst grad skal være organisert med faste ansettelser har sin bakgrunn i at faste ansettelser gir trygghet for arbeidstakeren både når det gjelder inntekt og stillingsvern.²² Faste ansettelsesforhold gir stabile og forutsigbare rammer for begge parter i et arbeidsforhold, i tillegg til at fast ansettelse sikrer en saklig og forsvarlig prosess i forbindelse med oppsigelse. Arbeidsforhold basert på faste ansettelser er mer stabile også ved at arbeidsgivere unngår stadig ny opplæring av ansatte, og får fordel av kompetanseheving over tid.²³ I tillegg bidrar fast ansettelse til at virksomheter beholder og videreutvikler nødvendig kompetanse og skaper positiv lojalitet mellom arbeidstakerne og virksomheten.²⁴ Fast ansettelse kan videre bidra til at det skapes et bedre arbeidsmiljø på arbeidsplassen.²⁵

I 2005 la Departementet til grunn at «det ikke er dokumentert at økt adgang til midlertidig ansettelse er et godt virkemiddel i arbeidet med inkluderende arbeidsliv ved at utsatte grupper lettere får prøvd seg i yrkeslivet. En utvidelse vil tvert imot kunne føre til at marginale grupper vil få svakere og mindre stabil tilknytning til arbeidslivet enn i dag».²⁶

2.2 Innleie av arbeidstaker

Arbeidsmiljøloven § 14-12 første ledd regulerer en virksomhets adgang til «innleie» av arbeidstaker fra virksomhet som har til formål å tilby utleie. Innleiebegrepet er ikke legaldefinert i arbeidsmiljøloven. Arbeidsmarkedsloven § 25 annet ledd definerer

²⁰ Alexander Næss Skjønberg og Eirik Hognestad, *Individuell arbeidsrett*, Oslo 2014 s. 76.

²¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 208.

²² Prop.74 L (2011-2012) punkt 7.1.5.2.

²³ Fougner m.fl., *Arbeidsmiljøloven* (2013) s. 638.

²⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 208.

²⁵ NOU 2004:5 s. 298.

²⁶ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 4.

imidlertid begrepet «utleie», som gir en viss veiledning. Utleie er definert som «leie av arbeidstakere fra en arbeidsgiver (utleier) til en oppdragsgiver (innleier) der de innleide er underlagt oppdragsgivers ledelse». Bestemmelsen erstatter den nå opphevede sysselsettingsloven²⁷ § 27, hvor utleie var definert som «å stille egne ansatte til disposisjon for en oppdragsgiver når disse er underlagt oppdragsgivers ledelse». I forarbeidene til sysselsettingsloven ble det lagt til grunn at innholdet i innleiebegrepet skal forstås tilsvarende som utleiebegrepet.²⁸

Innleiebegrepet peker altså mot den virksomheten som har behov for arbeidskraft (innleier), mens utleiebegrepet peker mot et bemanningsforetak eller en ordinær virksomhet, se nærmere om dette i punkt 2.4.²⁹ Innleie forutsetter dermed at innleid arbeidstaker har et ansettelsesforhold hos utleier, men at innleier leder og kontrollerer den innleides arbeid på samme måte som egne ansatte. Som følge av at innleid arbeidstaker har arbeidsavtale med utleier, skal arbeidstakeren motta lønn og andre ytelser fra utleieren, og ikke fra innleieren.

2.3 Unntak for midlertidig ansettelse og innleie av arbeidskraft

Det følger av aml. § 14-9 første ledd at «[a]vtale om midlertidig ansettelse kan likevel inngås» dersom nærmere angitte vilkår i bestemmelsens bokstav a) til e) er oppfylt. Adgangen til midlertidig ansettelse representerer dermed et unntak fra hovedregelen om fast ansettelse.

Innleiebestemmelsen i aml. § 14-12 første ledd er angitt slik i lovteksten:

«Innleie av arbeidstaker fra virksomhet som har til formål å drive utleie, er tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter § 14-9 første ledd bokstav a til e.»

Innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak er dermed et unntak fra hovedregelen om fast ansettelse på lik linje som midlertidige ansettelser. Midlertidig ansettelse og innleie av arbeidskraft er et grunnleggende trekk ved organiseringen av det norske arbeidsmarkedet.³⁰ Disse formene for kortidsarbeidskraft er nødvendig i det norske arbeidsmarkedet som følge av behov for fleksibilitet hos virksomhetene. For arbeidssøkende kan reglene om innleie av arbeidstakere være et springbrett til arbeidsmarkedet, ved at arbeidssøkende som ellers har vanskeligheter med å få en fot innenfor arbeidsmarkedet, får en sjanse til å prøve seg. Det kan ofte være enklere

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

²⁸ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 41.

²⁹ Skarning s. 103.

³⁰ Prop.74 L (2011-2012) s. 44.

å bli leid inn fra et bemanningsforetak på midlertidig basis fremfor å bli tildelt en fast stilling i en virksomhet.

Som følge av at hovedregelen om fast ansettelse står sterkt i norsk rett, skal triangulære arbeidsforhold mellom en arbeidstaker, et bemanningsforetak og en innleievirksomhet kun forekomme i begrensede situasjoner.³¹

2.4 Bestemmelsens anvendelsesområde

Før det redegjøres for de materielle vilkår for innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak, må bestemmelsens anvendelsesområde avklares. Aml. § 14-12 gjelder for «virksomhet som har til formål å drive utleie». Den naturlige språklige forståelsen av ordlyden avgrenser mot virksomheter som sporadisk tilbyr utleie av arbeidskraft. Etter forarbeidene er virksomheter som regelmessig leier ut ansatte og som har innrettet sin virksomhet med det formål å tilby utleie, ikke bare sporadisk eller som et resultat av overskudd på arbeidskraft, å betrakte som en virksomhet som har til formål å drive utleie.³²

Spørsmålet om en virksomhet har til formål å drive utleie må vurderes med utgangspunkt i en helhetsvurdering av virksomhetens art, hvor særlig virksomhetens omfang, utleiens hyppighet og hvor stor andel utleien utgjør i virksomheten må tas i betraktning.³³ Bestemmelsen omfatter for det første de typiske vikarbyråene, som kjennetegnes av at virksomhetens forretningsidé er å tilby utleie av arbeidskraft til virksomheter, og som ikke har noen egenaktivitet utover dette.³⁴

Bestemmelsen åpner imidlertid også for at andre virksomheter enn de typiske vikarbyråene omfattes av bestemmelsen. Forutsetningen for at andre virksomheter faller inn under bestemmelsens virkeområde er at virksomheten regelmessig leier ut arbeidstakere og har innrettet sin virksomhet med formål om å tilby utleie. Hvorvidt en virksomhet har innrettet sin virksomhet med formål å tilby utleie må vurderes på bakgrunn av de reelle underliggende forhold, hvor det vil være uvesentlig hvilket formål utleier selv legger til grunn for sin virksomhet.³⁵ Dersom en virksomhet reelt sett opptrer som et vikarbyrå omfattes den av aml. § 14-12.

Det er foretatt en negativ avgrensning av innleievirksomheter i aml. § 14-13. Dersom utleien skjer innenfor de samme fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse, og utleieaktiviteten ikke omfatter mer enn 50 prosent av de fast

³¹ Prop.74 L (2011-2012) s. 8.

³² Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44.

³³ Prop.74 L (2011-2012) s. 27.

³⁴ Fougner m.fl. s. 673.

³⁵ Prop.74 L (2011-2012) s. 27.

ansatte hos utleier, er det tale om en virksomhet som *ikke* har til formål å drive utleie. Konsekvensen er at slike virksomheter ikke omfattes av innleieregelen i aml. § 14-12, men av aml. § 14-13.

I fremstillingen vil betegnelsen «vikarbyrå» eller «bemanningsforetak» benyttes for virksomheter som leier ut arbeidstaker til å utføre arbeid hos innleier etter aml. § 14-12. Videre vil betegnelsen «innleier» bli anvendt for virksomheter som leier inn arbeidstaker fra bemanningsforetak eller vikarbyrå. Når det gjelder arbeidstakeren som blir leid ut fra vikarbyrå og inn til en virksomhet, vil betegnelsen «arbeidstaker», eller «innleid» benyttes.

2.5 Begrensninger for innleie av arbeidskraft

2.5.1 Innledning

For å vurdere om begrensningene for innleie av arbeidstakere fra vikarbyrå i aml. § 14-12 første ledd er i overensstemmelse med vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1, må det foretas en gjennomgang av bestemmelsens materielle vilkår. Som tidligere nevnt er innleie av arbeidstakere fra vikarbyrå «tillatt i samme utstrekning» som det kan avtales midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd bokstav a) til e). En virksomhets bemanningsbehov kan dermed ikke dekkes ved innleie av arbeidskraft fra vikarbyrå i større utstrekning enn virksomheten selv lovlig kan ansette arbeidstakere i midlertidig stilling for å dekke behovet.³⁶ For å gjøre unntak fra hovedregelen om fast ansettelse for å leie inn arbeidstakere fra vikarbyrå må de materielle vilkårene i aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 første ledd være oppfylt.

Etter aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 første ledd bokstav a) og b) kan det gjøres unntak fra hovedregelen om fast ansettelse for å leie inn arbeidskraft fra vikarbyrå dersom arbeidet er av midlertidig karakter, eller dersom det skal utføres arbeid i stedet for en annen (vikariat). Det er videre adgang til å leie inn arbeidskraft fra vikarbyrå for deltakere i arbeidsmarkedstiltak og for idrettsutøvere mv., og innen den organiserte idretten jf. aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 første ledd bokstav c) - e). Dette er skranker for hvilke situasjoner innleie kan forekomme.

Bakgrunnen for parallell lovgivning for innleie og midlertidig ansettelse er at dette er alternative måter for virksomheter til å dekke sitt behov for kortidsarbeidskraft.³⁷ Det er lettere å hindre omgåelser av hovedregelen om fast ansettelse når begge

³⁶ Rt. 1985 s. 1141 avsnitt 41.

³⁷ Ot.prp. nr. 70 (1998-99) s. 44 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 221.

metodene er underlagt samme vilkår. Harmoniseringen av regelverket er angitt slik i forarbeidene til arbeidsmiljøloven fra 1977:

«En slik harmonisering av regelverket for midlertidig ansettelse og innleie fra vikarbyrå begrunnes med at utvalget legger til grunn lovgivers synspunkt om at fast ansettelse i et topartsforhold skal være det normale. Arbeidsinnleie og midlertidige ansettelser er alternativer, og i prinsippet er det mulig å konstruere ethvert midlertidig behov for arbeidskraft som et innleiebehov. Dermed kan arbeidsmiljøloven § 58 A i praksis omgås gjennom innleie. Dette tilsier symmetri i reguleringen av innleie fra vikarbyrå og midlertidig ansettelse.»³⁸

Parallelliteten mellom reglene om midlertidig ansettelse og reglene om innleie av arbeidstakere fra vikarbyrå gjelder imidlertid ikke ubetinget. Ved lovendringen som trådte i kraft 1. juli 2015 ble det innført en ny bokstav f) i aml. § 14-9 første ledd hvor det åpnes for en adgang til midlertidig ansettelse på generelt grunnlag. Den nye generelle adgangen til midlertidig ansettelse i 12 måneder gjelder ikke ved innleie av arbeidstakere fra bemanningsforetak. Etter 1. juli 2015 ble det dermed en snevrere adgang til å leie inn arbeidskraft fra vikarbyrå enn det er for å ansette midlertidig etter aml. § 14-9 første ledd.

Nedenfor vil det redegjøres for de mest praktiske begrensningene for innleie av arbeidskraft fra vikarbyrå slik disse er angitt i aml. § 14-9 første ledd bokstav a) og b).

2.5.2 Midlertidig karakter

Arbeidstakere kan leies inn fra bemanningsforetak «når arbeidet er av midlertidig karakter», jf. aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 første ledd bokstav a). Vilkåret «når arbeidet er av midlertidig karakter» ble innført ved lovendring 1. juli 2015.³⁹ Vilkåret erstatter tidligere aml. § 14-9 første ledd bokstav a) hvor det het at midlertidig ansettelse var lovlig dersom «arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten». Lovendringen var ment som en forenkling og tydeliggjøring av ordlyden, uten at det skulle innebære materielle endringer.⁴⁰ Rettspraksis og tidligere forarbeider kan dermed legges til grunn for forståelsen av dagens ordlyd.

³⁸ NOU 1998: 15 s. 121 og Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 29.

³⁹ Fastsatt ved kgl.res. 24. april 2015 med hjemmel i lov 24. april 2015 nr. 20 om endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold) del III første ledd.

⁴⁰ Prop.39 L (2014-2015) s. 135.

En alminnelig språklig forståelse av «midlertidig karakter» tilsier at innleie av arbeidskraft fra vikarbyrå må være tidsbegrenset, og at det må foreligge forhold ved arbeidets art som taler for en innleieadgang. Det må foretas en konkret, skjønnsmessig vurdering av det enkelte ansettelsesforhold for å vurdere hvorvidt innleien er lovlig begrunnet.⁴¹

Lovgivers begrunnelse for å begrense adgangen til innleie fra vikarbyrå står sentralt i vurderingen om det er adgang til innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak, herunder at reglene skal forhindre omgåelser av arbeidsmiljølovens stillingsvernregler.⁴² Vilkåret tar dermed sikte på en avveining av arbeidstakerens interesse i stillingsvern og innleierens behov for å tidsbegrense avtalen for å tilpasse arbeidsstokken til arbeidsmengden i virksomheten.⁴³

Forarbeidene har presisert vilkåret slik at det må foreligge forhold eller hensyn som gjør det nødvendig med en tidsbegrenset arbeidsavtale. Det vil i den anledning være adgang til å inngå tidsbestemte arbeidsavtaler dersom «arbeidsoppgavene har et tidsbegrenset preg og skiller seg fra det som ellers løpende utføres hos arbeidsgiver.»⁴⁴ Motsetningsvis vil arbeid som normalt og løpende utføres i den ordinære virksomheten, ikke berette en adgang til innleie av arbeidskraft. Forarbeidsuttalelsene har støtte i senere rettspraksis, herunder eksempelvis Rt. 2001 s. 1413 på s. 1420 (Norsk Folkehjelp).

Flere forhold vil etter sin art og varighet åpne for en adgang til å leie inn arbeidstakere fra bemanningsforetak etter aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 første ledd. For det første foreligger det en adgang til å leie inn arbeidskraft fra vikarbyrå i de tilfeller arbeidsoppgavene i en virksomhet krever særlige kvalifikasjoner. I forarbeidene er dette presisert slik at det må være behov for «personell med særlige formelle kvalifikasjoner og [at] det ikke har meldt seg kvalifiserte søkere» for at det skal være adgang til innleie etter aml. § 14-12, jf. § 14-9.⁴⁵ Rt. 1985 s. 1141 (Aktivitør/Ergoterapeut) gjaldt spørsmålet om en tidsbegrenset avtale innen helsesektoren var lovlig etter de daværende reglene om midlertidig ansettelse. Høyesterett uttalte at reglene om midlertidig ansettelse kommer til anvendelse «... på helt spesielle arbeidsforhold hvor det er saklig behov for å engasjere personell med særlige kvalifikasjoner, men begrenset til det som er strengt nødvendig.»⁴⁶ Vilkåret åpner dermed for å leie inn arbeidstakere for å utføre oppgaver som krever

⁴¹ Skjønberg/Hognestad s. 78.

⁴² Prop.74 L (2011-2012) s. og Skjønberg/Hognestad s. 78.

⁴³ Rt. 1991 s. 872 s. 877.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 165.

⁴⁵ Prop.39 L (2014-2015) s. 135.

⁴⁶ Rt. 1985 s. 1141 s. 1147.

særlige kvalifikasjoner, men vilkåret må tolkes strengt, jf. «saklig behov» og «strengt nødvendig».

Rt. 1991 s. 872 (Hjelpepleier/sykepleier) gjaldt spørsmålet om en som hadde vært midlertidig ansatt som avdelingsleder i 12 år hadde krav på fast ansettelse. Herunder var det spørsmål om det må settes grenser for hvor lenge manglende formelle kvalifikasjonskrav kan begrunne midlertidighet. Førstvoterende viste til Rt. 1985 s. 1141 og la til grunn at vilkåret i den daværende bestemmelsen må fortolkes strengt, men at bestemmelsen ikke hindrer midlertidig tilsetting i arbeidsforhold av særegen karakter med saklig behov og dersom tilsettingen begrenses til det som er strengt nødvendig.⁴⁷ Denne saken dreide seg om en systematisk bruk av midlertidige avtaler for å løse et permanent bemanningsproblem, som ikke stod i noen særstilling. Førstvoterende uttalte på s. 877 at:

«[s]elv om særegne forhold innen helsesektoren kan tilsi en nokså utstrakt bruk av tidsbegrensede arbeidsavtaler må [bestemmelsen] antas å sette grenser for hvor lenge kvalifikasjonskrav ... kan begrunne midlertidig tilsetting.»

Videre uttalte førstvoterende at:

«Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 58 nr. 7 annet ledd første punktum har fått sin uforming⁴⁸ ved en avveining av arbeidstakers interesse i stillingsvern og arbeidsgivers behov for å tidsbegrense arbeidsavtalen. Hvor lenge midlertidighet kan aksepteres, vil måtte avgjøres konkret ved en avveining av de samme interesser.»

På bakgrunn av de konkrete forhold i saken kom en samlet Høyesterett til at arbeidstakeren hadde krav på fast ansettelse. Dommen tas til inntekt for at det er grenser for hvor lenge særlige kvalifikasjonskrav kan begrunne innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak etter aml. § 14-12 første ledd, jf. 14-9 første ledd, med en særlig begrensning dersom arbeidsgivers behov for korttidsarbeidskraft går på bekostning av arbeidstakerens stillingsvern etter arbeidsmiljøloven.

For det andre kan virksomheter leie inn arbeidskraft fra vikarbyrå dersom det er behov for arbeidskraft som følge av kortvarige og uforutsigbare situasjoner.⁴⁹ Dette vil eksempelvis være ved force majeure-situasjoner. Videre kan det leies inn arbeidskraft fra vikarbyrå dersom en arbeidstaker utfører et bestemt arbeid uten tidsbegrensning, hvis det er på det rene at arbeidet ikke skal videreføres etter at arbeidet er

⁴⁷ Rt. 1991 s. 872 s. 875-876.

⁴⁸ Sic.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 4.

avsluttet.⁵⁰ Arbeidstakere kan dermed leies inn fra vikarbyrå for å bistå en virksomhet i forbindelse med ulike prosjekter. Det at arbeidet er organisert i prosjekter eller enkeltstående oppdrag vil imidlertid ikke i seg selv være nok til å begrunne innleie av arbeidskraft.⁵¹ Dersom prosjektarbeid er den alminnelige arbeidsformen i virksomheten, vil muligheten for å leie inn arbeidskraft være avskåret.

For det tredje foreligger det en adgang til innleie av arbeidskraft fra vikarbyrå dersom det er behov for tidsavgrenset ekstra arbeidskraft som gjentas årlig. Eksempelvis vil julehjelp være et slikt tidsavgrenset og årlig behov som kan begrunne en innleiesituasjon.⁵² Også i de tilfeller der det foreligger arbeidskraftsbehov på grunn av sesongmessige svingninger, eksempelvis i varehandelen, turistnæringen, næringsmiddelindustrien og annen sesongpreget virksomhet, kan virksomheter leie inn arbeidskraft fra vikarbyrå.⁵³ Rt. 2007 s. 129 (Kirkegårdsarbeider) gjaldt en vikar som utførte sesongmessig arbeidskraft. En person var i denne saken midlertidig ansatt i et vikariat som kirkegårdsarbeider i Kristiansand fra 29. april 2003 til oktober/november samme år. Til tross for at spørsmålet for Høyesterett var om arbeidstakeren hadde krav på fast ansettelse ettersom vedkommende fortsatte i 100 prosent stilling etter at den midlertidige arbeidsavtalen var utløpt, illustrerer saken at det kan leies inn arbeidskraft for å dekke et sesongbasert arbeidskraftsbehov.

Dersom en arbeidstaker imidlertid blir utleid fra et vikarbyrå med den hensikt å dekke et varig behov for arbeidskraft i en virksomhet, vil det foreligge en ulovlig innleieadgang, jf. «midlertidig». Dette er også tilfellet dersom det leies inn arbeidskraft for å avhjelpe generelle og jevne variasjoner i arbeidsmengden i en virksomhet.⁵⁴

2.5.3 Vikariat

Innleieadgangen er videre begrenset i den forstand at innleie kun kan forekomme dersom det skal «utføres arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)», jf. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 første ledd bokstav b). Den naturlige språklige forståelsen av vilkåret tilsier at en innleid arbeidstaker fra vikarbyrå kan utføre arbeid som erstatning for fravær hos en eller flere ansatte i innleierens virksomhet. I forarbeidene er begrepet presisert slik at den som vikarierer (den innleide) må fylle

⁵⁰ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 4.

⁵¹ Prop.74 L (2011-2012) s. 27.

⁵² Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 4.

⁵³ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 4 og Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 202.

⁵⁴ Prop.39 L (2014-2015) s. 135 og Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 4.

bestemte arbeidsoppgaver eller en bestemt stilling ved andre arbeidstakeres fravær.⁵⁵

I likhet med det som er sagt under punkt 2.5.2, er også begrensningene for å leie inn arbeidskraft etter aml. § 14-9 første ledd bokstav b) begrunnet i å hindre at arbeidsmiljølovens bestemmelser om stillingsvern svekkes.

For det første kan ikke virksomheter med stabil fraværspersent leie inn arbeidskraft fra vikarbyrå for å dekke et konstant og varig behov for arbeidskraft.⁵⁶ Hensikten med en slik begrensning er å forhindre at det leies inn arbeidskraft som går på bekostning av etablering av faste ansettelsesforhold. Et slikt arbeidskraftbehov skal i stedet dekkes med en større grunnbemanning av fast ansatte. Denne grunnbemanningslæren ble lagt til grunn i Rt. 1989 s. 1116 (Statfjord). I denne saken hadde en arbeidstaker jobbet som vikar i en virksomhet i to og et halvt år.

Arbeidstakeren ble ansatt som vikar hver gang hun jobbet på Statfjordfeltet, som innebar til sammen 20 vikariater. Vikarens arbeidsoppgaver atskilte seg ikke vesentlig fra de arbeidsoppgavene som ble utført av virksomhetens faste ansatte. Høyesterett uttalte at arbeidsforholdet bar preg av at arbeidstakeren «fast, over lang tid, har fylt et generelt, stort vikarbehov ved bedriften».⁵⁷ Høyesterett la til grunn at domstolene kan tilsidesette vikariatavtaler som inngås for å omgå lovens bestemmelser, eller som er utilbørlige for arbeidstakeren. Konsekvensen var at arbeidsforholdet ikke ble ansett som en lovlig midlertidig ansettelse. Arbeidstakeren skulle i stedet bli regnet som fast ansatt med det stillingsvern fast ansettelse innebærer. Dommen viser at det ikke kan leies inn arbeidskraft hvis arbeidsoppgavene kan utføres av de fast ansatte i virksomheten, eller dersom innleien fremstår som utilbørlig for arbeidstakeren.

Rt. 2006 s. 1158 (Ambulanse) er et annet illustrerende eksempel. Stillingsbetegnelsen til en arbeidstaker i ambulansetjenesten var formulert som «vikar/tilkallingshjelp med sporadisk tjenestegjøring/ubestemt arbeidstid» etter arbeidsavtalen. Høyesterett uttalte at virksomheten hadde et «konstant og forutsigbart udekket behov for arbeidskraft, som måtte gi grunnlag for en større fast bemanning».⁵⁸ Bruken av vikararbeid var i dette tilfelle uberettiget og i strid med adgangen til midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd bokstav b).

En virksomhet har imidlertid adgang til å leie inn arbeidskraft i de tilfeller virksomheten har behov arbeidskraft i forbindelse med ferie, sykdom, permisjon til videreutdanning og svangerskaps- og foreldrepermisjon hos virksomhetens faste ansatte. Forutsetningen er at den fast ansatte i virksomheten faktisk er fraværende

⁵⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 203.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165.

⁵⁷ Rt. 1989 s. 1116 s. 1121.

⁵⁸ Rt. 2006 s. 1158 avsnitt 41.

og at den innleide vikaren dekker et arbeidskraftsbehov som skyldes fraværet.⁵⁹ Det stilles ikke krav om at navnet til den som arbeidstakeren vikarierer for, må være oppgitt før innleieforholdet trer i kraft. Innleide arbeidstakere kan dermed benyttes som avløsere uten at vikariatet er knyttet til bestemte personer.⁶⁰

Med dagens utvidede permisjonsrettigheter har vikarer og innleid arbeidskraft fått større betydning i arbeidsmarkedet.⁶¹ Når behovet for arbeidskraft i en virksomhet varierer hyppig eller endringene i behovet for arbeidskraft er uforutsigbare, vil det for virksomheten være mindre risikabelt å bruke innleid arbeidskraft enn å bruke faste ansatte.⁶² Virksomheten kan dermed tilpasse bruken av arbeidskraft på kort sikt innenfor rammene for bruken av innleid arbeidskraft.

Som det ovenstående viser, er adgangen til å leie inn arbeidstakere fra vikarbyrå begrenset ved at innleie kun kan forekomme i få situasjoner.

⁵⁹ Prop.39 L (2014-2015) s. 103.

⁶⁰ Skjønberg/Hognestad s. 79.

⁶¹ Skarning s. 21.

⁶² NOU 1998:15 pkt. 6.1.

3 VIKARBYRÅDIREKTIVET ART. 4

3.1 Vedtakelsen av vikarbyrådirektivet

Frem til 2000 ble regler om bruk av innleid arbeidskraft fra vikarbyrå praktisert svært forskjellig innad i medlemsstatene i EU og EØS, både når det gjaldt vikarenes rettslige stilling, status og arbeidsvilkår.⁶³ Ulik regulering og økt utleie av arbeidskraft over landegrensene genererte et behov for felles rammer for å presisere og harmonisere de bestemmelser som gjaldt for innleide arbeidstakere fra vikarbyrå.⁶⁴ Det var herunder nødvendig å gi like standarder for innleie av arbeidskraft for å sikre at reglene om de fire friheter skulle fungere som forutsatt. Europakommisjonen utarbeidet i 2000 et utkast til direktiv basert på punkter som det var enighet om i forhandlinger mellom partene i arbeidslivet i EU. På bakgrunn av Europakommisjonens utkast vedtok Europaparlamentet og Rådet for den Europeiske Union i 2008 opprettelsen av vikarbyrådirektivet, som skulle gjelde for alle medlemsstatene i EU.

Direktivet gjelder for alle arbeidstakere som inngår en arbeidsavtale eller har et ansettelsesforhold med et vikarbyrå, når disse leies ut til en innleier som midlertidig skal utføre arbeid under innleierens tilsyn og ledelse.⁶⁵ Forutsetningen for at direktivet skal komme til anvendelse er dermed at det eksisterer et triangulært arbeidsforhold mellom en arbeidstaker, et vikarbyrå og en innleievirksomhet. Dette gjelder uavhengig av om det er tale om en offentlig eller privat virksomhet, så lenge virksomheten utøver økonomisk aktivitet.⁶⁶

Vikarbyrådirektivet er et minimumsdirektiv, som innebærer at medlemsstatene kan anvende eller innføre lover eller forskrifter som er mer fordelaktige for arbeidstakerne enn det som følger av direktivet.⁶⁷ Medlemsstatene kan dermed ikke innføre eller anvende regler om innleie av arbeidskraft fra vikarbyrå som gir arbeidstakerne dårligere rettigheter enn de minstekravene som er angitt. EU-retten og medlemsstatens nasjonale rett står på denne måten ovenfor et gjensidig avhengighetsforhold. Vikarbyrådirektivet art. 4 angir minstekrav til nasjonal rett vedrørende innleie av arbeidskraft fra vikarbyrå. Bestemmelsen fastsetter et forbud mot at statene kan begrense bruk av innleid arbeidskraft, med adgang til å gjøre unntak fra hovedregelen dersom restriksjonene kan begrunnes i direktivets allmenne hensyn.

⁶³ Jf. vikarbyrådirektivets fortale punkt 10.

⁶⁴ Jf. vikarbyrådirektivets fortale punkt 12.

⁶⁵ Jf. vikarbyrådirektivet art. 1 nr. 1.

⁶⁶ Jf. vikarbyrådirektivet art. 1 nr. 2.

⁶⁷ Jf. vikarbyrådirektivet art. 9.

3.2 Norges folkerettslige forpliktelser

Sammen med Island og Liechtenstein er Norge en av EFTA-statene som har inngått et fellesøkonomisk samarbeid gjennom EØS-avtalen. Den internasjonale påvirkningen fra EU har bidratt til at de norske reglene om innleie av arbeidskraft har blitt stilt overfor internasjonale krav som følge av EØS-avtalen.

Kjernen i EU- og EØS-samarbeidet er de grunnleggende rettighetene om de fire friheter, som innebærer at det skal være fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital over medlemsstatenes landegrens. ⁶⁸ Grunnfrihetene forbyr restriksjoner som er til hinder for den frie bevegelsen. I denne avhandlingen står prinsippet om fri bevegelse av tjenester sentralt. Dette på grunn av at midlertidig næringsvirksomhet over landegrensene omfattes av tjenestebegrepet, ⁶⁹ og fordi vikarbyrådirektivet gjennomføres i samsvar med EU-traktatens regler om fri bevegelse av tjenesteytelse og fri etableringsrett. ⁷⁰

Artikkel 36 i EØS-avtalens hoveddel knesetter et forbud mot restriksjoner som hindrer adgangen til å yte tjenester i EU- og EFTA-statenes medlemsstater. Restriksjonsforbudet i EØS-avtalen art. 36 kommer imidlertid ikke direkte til anvendelse ettersom restriksjonsforbudet er særregulert i vikarbyrådirektivet. ⁷¹ Direktivet skal likevel tolkes i lys av reglene i EU- og EØS-retten. Det må presiseres at vikarbyrådirektivet ikke skal anses som *lex specialis* av EØS-avtalen, men som en gjennomføring av primærretten i detalj. ⁷²

3.3 Implementeringen av direktivet i norsk rett

Som følge av Norges folkerettslige forpliktelser gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å gjennomføre EU-direktiver og forordninger i intern rett. Regjeringen rådet Stortinget til å innlemme vikarbyrådirektivet i EØS-avtalen den 9. mars 2012. ⁷³ Som følge av dette ble vikarbyrådirektivet gjennomført i norsk rett med virkning fra 1. januar 2013. Ved gjennomføringen av direktivet pliktet Norge å gjøre nødvendige endringer i lovverket for å etterkomme direktivet, i tillegg til at staten ble ilagt en løpende plikt til å treffe alle nødvendige tiltak for å garantere at formålene med

⁶⁸ Jf. EØS-avtalen art. 1 og TFEU art. 26. Begrepet «de fire friheter» er hentet fra EU-terminologien, men er ikke brukt i verken TFEU eller andre traktater i EU. I juridisk teori er begrepet brukt som en fellesbetegnelse for prinsippene i TFEU om fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital, jf. Sejersted m.fl. s. 284.

⁶⁹ Sejersted m.fl. s. 424.

⁷⁰ Jf. vikarbyrådirektivets forale punkt 22.

⁷¹ Fredriksen/Mathisen s. 66.

⁷² Fredriksen/Mathisen s. 66.

⁷³ Prop. 69 S Samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2008/194/EF om vikararbeid (vikarbyrådirektivet).

direktivet til enhver tid nås.⁷⁴ Lovgiver var dermed forpliktet til å vurdere hvorvidt de norske restriksjonene ved bruk av innleid arbeidskraft fra bemanningsforetak var begrunnet i direktivets allmenne hensyn, før implementeringen fant sted.⁷⁵

I forbindelse med dette sendte Arbeids- og sosialdepartementet ut to høringsnotater på alminnelig høring til arbeidsmarkedets parter henholdsvis 10. september 2010 og 12. desember 2011.⁷⁶ Førstnevnte høringsnotat omhandlet konsekvenser av vikarbyrådirektivet, mens sistnevnte høringsnotat omhandlet forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft kunne etterleves. I høringsnotatene gjorde departementet rede for de eksisterende restriksjonene ved bruk av innleid arbeidskraft i norsk rett, og departementets syn på hvorvidt de eksisterende restriksjonene kunne opprettholdes ved implementeringen av direktivet. Etter at svar fra høringsinstansene var inngitt vurderte Arbeids- og sosialdepartementet innvendingene for og mot implementeringen av direktivet. Departementet konkluderte med at aml. § 14-12 var å anse som en lovlig restriksjon som var begrunnet i allmenne hensyn og i tråd med direktivnormen i vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1. Dette til tross for at det var store uenigheter i høringsinstansene om hvorvidt restriksjonene i innleiebestemmelsen kunne stå seg i lys av direktivets art. 4. Departementets begrunnelse er angitt slik:

«Det er etter departementets samlede vurdering behov for å opprettholde begrensningene i adgangen til innleie uavhengig av tilknytningsforhold i vikarbyrået. De norske reglene griper inn i adgangen til å leie inn arbeidskraft, men etter departementets syn, ikke lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet om *hovedvekt* på faste ansettelsesforhold og topartsrelasjoner.»⁷⁷

Aml. § 14-12 første ledd kunne dermed opprettholdes uten endringer ved implementeringen av direktivet.⁷⁸ Vikarbyrådirektivet ble gjennomført i norsk rett ved transformasjon, slik at Norge fritt kunne bestemme formen og midlene for gjennomføringen.⁷⁹ I EU-retten er det fastslått at dersom nasjonal rett allerede inneholder lovregler som oppfyller direktivets krav, er det ikke påkrevd med ny lovgivning, men det er tilstrekkelig å konstatere rettsharmoni.⁸⁰ Med grunnlag i

⁷⁴ Jf. vikarbyrådirektivet art. 11.

⁷⁵ Jf. vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 2-5.

⁷⁶ Arbeidsdepartementets høringsnotat, *Høring om konsekvenser av vikarbyrådirektivet* (2010) og Arbeidsdepartementets høringsnotat, *Høring – forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterleves* (2011).

⁷⁷ Prop.74 L (2011-2012) s. 45.

⁷⁸ Implementeringen av vikarbyrådirektivet førte imidlertid til endringer og innføring av andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven, herunder innføring av et likebehandlingsprinsipp for innleide arbeidstakere med bakgrunn i direktivets art. 5.

⁷⁹ Jf. EØS-avtalen art. 7 bokstav b.

⁸⁰ Fredriksen/Mathisen s. 281.

homogenitetsprinsippet og lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen art. 3, gjelder dette tilsvarende i EØS-sammenheng. Ettersom Stortinget la til grunn at arbeidsmiljøloven allerede inneholdt innleiebestemmelser som kunne oppfylle direktivets krav, ble det konstatert rettsharmoni med aml. § 14-12 første ledd.

I det følgende vil det redegjøres for vilkårene i direktivets art. 4 nr. 1.

3.4 Restriksjonsforbudet

Vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1 fastsetter rammene for medlemsstatenes muligheter til å regulere restriksjoner ved bruk av innleid arbeidskraft, samtidig som bestemmelsen som nevnt knesetter visse minimumsrettigheter for arbeidstakere som er innleid fra vikarbyrå. Bestemmelsen er angitt slik i den engelske versjonen av vikarbyrådirektivet:

«Prohibitions or restrictions on the use of temporary agency work shall be justified only on grounds of general interest relating in particular to the protection of temporary agency workers, the requirements of health and safety at work or the need to ensure that the labour market functions properly and abuses are prevented».

Bestemmelsen er utformet som en unntaksbestemmelse, som implisitt angir en hovedregel om at restriksjoner («prohibitions» og «restrictions») som hindrer bruk av vikararbeid er forbudt. At bestemmelsen anses som en unntaksbestemmelse følger av vilkåret «shall be justified only». Hovedregelen samsvarer med den grunnleggende rettigheten om fri bevegelse for tjenesteytelse i TFEU art. 26 og EØS-avtalen art. 36, som begge angir at restriksjoner som begrenser fri bevegelse av tjenester skal forbys.

Formålet med bestemmelsen er å fjerne ubegrunnede restriksjoner for vikararbeid, for å fremme en fleksibel arbeidsform og for å bidra til jobbskapelse og integrasjon på arbeidsmarkedet.⁸¹

Ordlyden «shall be justified only» tilsier at medlemsstatene har adgang til å fravike hovedregelen om fri bevegelse av tjenesteytelse dersom restriksjoner kan begrunnes i slike allmenne hensyn («grounds of general interest») som direktivet gir anvisning på. En medlemsstat kan dermed ilagge restriksjoner ved bruk av innleid arbeidskraft fra vikarbyrå i begrensede situasjoner.

Spørsmålet er hvilke reguleringer i nasjonal rett som anses som «prohibitions» og «restrictions». Den naturlige språklige forståelsen av ordlyden gir en indikasjon på at

⁸¹ Jf. case C-533/13, Opinion of Advocate General Szpunar (2014) avsnitt 100.

det må være tale om begrensninger for å leie inn arbeidskraft fra vikarbyrå som omfattes av begrepet, og ikke andre mer indirekte hindringer. Etter ordlyden favner restriksjonsbegrepet svært vidt.

Restriksjonsforbudet i vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1 har likhetstrekk med EU-rettens alminnelige restriksjonsforbud. Det er lagt til grunn i juridisk teori at tiltak som potensielt kan hindre fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital utgjør en restriksjon.⁸² Innholdet i restriksjonsbegrepet er utførlig drøftet i EU-domstolens praksis, hvor EU-domstolen har lagt til grunn at restriksjonsbegrepet omfatter alle tiltak, diskriminerende eller ikke, som potensielt kan hindre eller gjøre virksomheten til tjenesteyteren mindre attraktiv.⁸³ Terskelen for at det foreligger en restriksjon i nasjonal lovgivning er dermed ikke særlig høy.

Dersom det foreligger en restriksjon som begrenser bruk av innleid arbeidskraft fra vikarbyrå må medlemsstatene godtgjøre at restriksjonen reflekterer tvingende allmenne hensyn, jf. «general interest» i direktivet art. 4 nr. 1. I tillegg følger det et ulovfestet krav om at tiltakene må være egnede, nødvendige og forholdsmessige for å nå målene for at restriksjonen skal anses å være forenlig med EU-retten.⁸⁴ I det følgende vil kravet om at restriksjonene må være begrunnet i allmenne hensyn gjennomgås.

3.5 Allmenne hensyn

3.5.1 Innledning

Vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1 lister selv opp hvilke forhold som kan tjene som allmenne hensyn («general interest»). Herunder vil beskyttelse av vikarbyråansatte, krav til helse og sikkerhet på arbeidsplassen, mål om å sikre et velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbruk være hensyn som kan legitimere en restriksjon i nasjonal rett. Begrepet «general interest» og de nevnte unntakene som kan begrunne en restriksjon er hverken definert i vikarbyrådirektivet eller i dokumenter som ble utarbeidet i forbindelse med vedtakelsen av direktivet. Tolkningen av

⁸² Fredriksen/Mathisen s. 74 flg.

⁸³ Se f.eks. Case C-49/98, *Final arte Sociedade de Construção Civil Lda*, avsnitt 28, hvor EU-domstolen la til grunn at enhver restriksjon «even if it applies without distinction to national providers of services and to those of other Member States, which is liable to prohibit, impede or render less advantageous the activities of a provider of services established in another Member State where he lawfully provides similar services» skal oppheves.

⁸⁴ Fredriksen/Mathisen s. 88.

begrepet må derfor forstås i samsvar med den alminnelige læren om allmenne hensyn som er utviklet av EU-domstolen, og reglene om fri bevegelse av tjenester.⁸⁵

Til tross for at de oppregnende unntakene i art. 4 nr. 1 synes å være uttømmende regulert, taler ordlyden «in particular» for det motsatte. Ordlyden må forstås som at også andre interesser kan tjene som allmenne hensyn etter direktivet, men at det særlig skal ses hen til de opplistede hensynene ved vurderingen av om en restriksjon er lovlig. Denne forståelsen av begrepet «in particular» er også lagt til grunn av generaladvokaten i hans forslag til avgjørelse i sak C-533/13. Etter hans vurderinger vitner ordlyden om at det ikke er tale om en uttømmende liste. Generaladvokat Spzunar uttalte følgende om dette:

«As is evidenced by the words ‘in particular’, this list is not exhaustive. Indeed, it is clear from the wording of Article 4 nr. 1 that the provision leaves open the possibility, already acknowledged in the context of the application of the freedoms enshrined in the Treaty, of justifying, on grounds of overriding public interest, restrictions which apply without distinction to national providers of services and to those from other Member States.»⁸⁶

Det kan videre stilles spørsmålstegn ved om det er tilstrekkelig at en restriksjon er begrunnet i ett av de nevnte unntakene i direktivet for å være lovlig, eller om det stilles krav til at restriksjonen må begrunnes i flere eller alle hensynene som er opplistet. Ut ifra ordlyden kan det virke som om beskyttelse av vikaransatte og krav til sunnhet og sikkerhet på arbeidsplassen er ett hensyn, og at målet om et velfungerende arbeidsmarked og å forebygge misbruk er et annet hensyn, jf. «or». Unntakene behandles imidlertid som adskilte hensyn i det følgende, ettersom vilkårene omhandler og retter seg mot ulike situasjoner. Det bemerkes likevel at det er nær sammenheng mellom begrepene.

3.5.2 Beskyttelse av vikaransatte

For det første har en medlemsstat adgang til å begrense bruk av innleid arbeidskraft fra vikarbyrå dersom restriksjonen begrunnet i hensynet «protection of temporary agency workers». Den naturlige språklige forståelsen av vilkåret tilsier at beskyttelse- og vernehensyn kan legitimere en restriksjonsadgang. Direktivets fortale, øvrige bestemmelser og andre EU-rettslige direktiver vil videre gi en viss veiledning til begrepets innhold.

⁸⁵ Prop.74 L (2011-2012) s. 22.

⁸⁶ Jf. case C-533/13, Opinion of Advocate General Szpunar (2014) avsnitt 100.

Hva angår tjenestereglene har EU-domstolen anerkjent mange formål som allmenne hensyn, herunder blant annet beskyttelse av vikaransatte. Sak C- 515/08 (Palhota) er illustrerende. Ved spørsmålet om hva som kunne begrunne en restriksjon på området for fri bevegelighet av tjenester la EU-domstolen til grunn at:

«... the Court has repeatedly held that overriding reasons relating to the public interest capable of justifying a restriction on the freedom to provide services include the protection of workers.»⁸⁷

Et av formålene med vikarbyrådirektivet er etter art. 2 å ivareta likebehandlingsprinsippet. Likebehandlingsprinsippet skal sørge for utvidede rettigheter for arbeidstakere som er innleid fra vikarbyrå. Det følger videre av direktivets fortale punkt 2 at et overordnet mål med direktivreglene er å forbedre leve- og arbeidsvilkårene for arbeidstakerne. Dersom en medlemsstat har behov for å verne vikaransatte ytterligere utover likebehandlingsprinsippet, for å forbedre arbeidstakernes leve- og arbeidsvilkår, åpner direktivet for at medlemsstatene kan regulere restriksjoner på innleieadgangen begrunnet i dette behovet.

Videre angir direktivets fortale art. 22 at direktivet bør gjennomføres i samsvar med traktatens bestemmelser om adgang til å yte tjenester og etableringsadgang «without prejudice to» utstasjoneringdirektivet.⁸⁸ I likhet med vikarbyrådirektivet sikrer utstasjoneringdirektivet ansettelses- og arbeidsvilkår for innleide arbeidstakere, som må innebære at restriksjoner som omfattes av minimumskravene i utstasjoneringdirektivet er forenlige med direktivets artikkel 4.⁸⁹ Utstasjoneringdirektivets art. 3 første punkt angir regler om arbeidsvilkår, herunder arbeidstid, minimum hviletid, antall minste feriedager pr. år, minstelønn og krav på overtidsbetaling. Dette er tiltak som tar sikte på å beskytte vikarbyråansatte. En medlemsstat kan dermed lovlig begrunne restriksjoner ved bruk av innleid arbeidskraft fra vikarbyrå ut ifra disse tiltakene.

3.5.3 Helse og sikkerhet

Videre kan hensynet til å sikre «requirements of health and safety» på arbeidsplassen begrunne tiltak som begrenser bruk av innleid arbeidskraft. Ordlyden taler for at helse- og sikkerhetsmessige aspekter i en virksomhet kan begrunne en restriksjon. Eksempelvis vil farlige instrumenter, kjemikalier og verktøy som utgjør en fare for

⁸⁷ Jf. case C-515/08, *Palhota*, avsnitt 47. Se også C-60/03, *Wolff & Müller GmbH & Co, KG v. Pereira Félix* [2004] ECR I-9553, avsnitt 35, og C-164/99 *Portugaia Construções L*, avsnitt 20.

⁸⁸ Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. Norsk oversettelse av begrepet er «uten at det berører» utstasjoneringdirektivet.

⁸⁹ Andreas van den Heuvel, «Bemanningsdirektivet - EF-direktivet om arbeidsleie, fremvekst, regler og konsekvenser for nasjonal rett», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 5 (2011) punkt 6.1.1.

arbeidstakernes helse og sikkerhet, være forhold som en restriksjon ved bruk av innleid arbeidskraft kan begrunnes i.⁹⁰

3.5.4 Velfungerende arbeidsmarked

Restriksjoner som hindrer innleid arbeidskraft kan legitimeres dersom restriksjonen ivaretar behovet for å sikre at «the labour market functions properly». Den naturlige språklige forståelsen av ordlyden tilsier at restriksjoner ved bruk av innleid arbeidskraft fra vikarbyrå kan iverksettes dersom formålet med restriksjonen bidrar til å oppnå et velfungerende og funksjonelt arbeidsmarked.

Et velfungerende arbeidsmarked er betinget av tilbud og etterspørsel på arbeid, en effektiv tilknytning mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, gode arbeids- og ansettelsesvilkår og få fratredelser. Etter direktivets fortale punkt 15 er arbeidsavtaler uten tidsbegrensning den alminnelige form for ansettelsesforhold. Bestemmelsen i fortalen taler for at dersom innleieinstituttet overtar for faste ansettelser, vil det kunne oppfattes som misbruk som hindrer et velfungerende arbeidsmarked. Dette resonnementet finner støtte i definisjonen av vikararbeid i direktivets art. 3, hvor det fremgår at slikt arbeid er arbeidsforhold som er inngått «temporary». Det kan utledes av definisjonen at innleid arbeidskraft ikke passer til alle situasjoner, særlig ikke når behovet for arbeidskraft er permanent. For å sikre et velfungerende arbeidsmarked kan medlemsstatene begrense innleieadgangen slik at innleien ikke går på bekostning av permanente arbeidsforhold.

I Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-533/13 ble det foretatt presiseringer av vilkåret når det gjaldt spørsmålet om en bestemmelse i en kollektivavtale kunne begrunnes i hensynet til å sikre et velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbruk. For det første uttalte Generaladvokaten at restriksjonene skal forhindre at arbeidsoppgaver som hører inn under faste ansettelsesforhold. Slike arbeidsoppgaver skal ikke tildeles vikaransatte med mindre det foreligger rimelig grunn. For det andre skal restriksjonene sikre at anvendelsen av vikararbeid ikke fører til tap av arbeidsplasser i virksomheten. Med dette la Generaladvokaten til grunn:

«... [t]he aim is to prevent tasks which fall within the scope of stable employment relationships from being entrusted, without due cause, to temporary agency workers and thus to ensure that the use of temporary agency work does not lead to the loss of employment posts within user undertakings.»⁹¹

⁹⁰ Andreas van den Heuvel, punkt 6.1.2.

⁹¹ Jf. case C-533/13, Opinion of Advocate General Szpunar, avsnitt 109.

Videre presiserte Generaladvokaten at vikararbeid ikke skal anses som en erstatning for stabile ansettelsesformer, ettersom arbeidsavtaler uten tidsbegrensning er den alminnelige form for ansettelsesforhold, som skal begunstiges i forhold til innleie fra vikarbyrå.⁹² Fra Generaladvokatens uttalelser kan det trekkes den slutning at hvis bruk av vikararbeid erstatter arbeidsoppgavene til de fast ansatte i virksomheten, så foreligger det et misbruk av innleieinstituttet. Medlemsstatene kan dermed innta restriksjoner i innleieregelverket for å forhindre dette. Det kan videre trekkes den slutning at for å sikre at «the labour market functions properly» skal faste ansettelsesforhold i en topartsrelasjon være hovedregelen, og at innleid arbeidskraft er en subsidiær ansettelsesform som ikke skal gå på bekostning av fast ansettelse. Det kan dermed ilegges restriksjoner ved bruk av innleid arbeidskraft for å sikre at hovedregelen om faste ansettelsesforhold etterleveres.

Dette begrunnes i at et trepartsforhold mellom innleier, arbeidstaker og vikarbyrå byr på utfordringer for forholdet mellom et vikarbyrå og arbeidstaker. Det vil oppstå utfordringer når det gjelder å få til ordnede former for formidling og rekruttering, kompetansebygging, systemet med tillitsvalgte, samarbeidsformer, overholdelse av HMS-regler og bestemmelser om stillingsvern.⁹³ Slike forhold byr på mindre utfordringer i et alminnelig topartsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. For stort omfang av utleie av arbeidskraft kan dermed innebære problemer for måten arbeidsmarkedet fungerer på. Innleie av arbeidskraft kan påvirke maktforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, som igjen vil kunne føre til endringer i arbeidsmarkedet. For å sikre at dette ikke blir tilfellet foreligger det en adgang for medlemsstatene til å begrense bruk av innleid arbeidskraft, begrunnet i behovet for å sikre at «the labour market functions properly».

3.5.5 Forebygge misbruk

Videre vil restriksjoner som iverksettes eller opprettholdes i nasjonal rett for å sikre at «abuses are prevented» være en lovlig begrunnet restriksjon etter direktivet. Ordlyden tilsier at medlemsstatene kan regulere restriksjoner for å forebygge misbruk og for å forhindre utnyttelse av vikararbeid. Unntaket har tilknytning til hensynet om å sikre et velfungerende arbeidsmarked, men vilkårene retter seg mot forskjellige situasjoner. Misbruksvilkåret retter seg mot følgene av å opptre i et innleieforhold for innleid arbeidstaker, mens unntaket om å sikre et velfungerende arbeidsmarked går ut på hvordan arbeidsmarkedet som helhet fungerer.⁹⁴

⁹² Jf. case C-533/13, Opinion of Advocate General Szpunar, avsnitt 110 og 111.

⁹³ Andreas van den Heuvel, punkt 6.1.3.

⁹⁴ Andreas van den Heuvel, punkt 6.1.4.

I «Joint Declaration on the Directive on working conditions for temporary agency workers» vises det til at et potensielt misbruk i vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1 kan være «undermining of employment conditions of workers».⁹⁵ Et potensielt misbruk vil dermed foreligge hvis en arbeidstakers arbeidsvilkår undergraves. Dersom restriksjonen hindrer omgåelse av arbeidstakeres rettigheter vil restriksjonen anses som et legitimt hensyn etter vikarbyrådirektivet. Uttalelsen er ikke rettslig bindende, men i mangel på andre rettskilder vil uttalelsen gi en viss veiledning vedrørende forståelsen av begrepet.

For det andre peker misbruksvilkåret mot den innleide arbeidstakeren. Det vil eksempelvis foreligge misbruk av innleieinstituttet i de tilfeller en arbeidstaker blir innleid til en virksomhet i flere perioder etter hverandre, uten at arbeidstakeren blir fast ansatt. Det vil videre kunne foreligge potensielt misbruk fra bemanningsbyråene overfor innleide arbeidstakere når det gjelder tildeling av oppdrag. Vikarbyråene har ikke et system når det gjelder fordeling av oppdrag som vikarbyrået tildeles, som kan medføre en lite forutsigbar situasjon for innleide arbeidstakere ettersom det foreligger en risiko for å ikke bli tildelt oppdrag. Dette er dermed forhold som kan begrunne en restriksjon uten at restriksjonen vil være i strid med utgangspunktet i direktivbestemmelsen.

Det som er sagt i kapittel 3.5.3 om at innleieinstituttet ikke skal gå på bekostning av ordinære ansettelsesformer, gjelder tilsvarende under vilkåret om å forebygge misbruk. Dette ved at innleie av arbeidskraft fra vikarbyrå kan bidra til å undergrave trygghet og arbeidsmuligheter for den faste arbeidsstokken i virksomheten.

Ettersom innleieinstituttet innebærer at innleid arbeidstaker ikke er ansatt hos innleier, men hos vikarbyrået, trenger ikke innleievirksomheten å følge arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler i de tilfeller virksomheten er misfornøyd med arbeidstakeren. Arbeidstakere i et trepartsforhold har dermed ikke det samme stillingsvernet som arbeidstakere i et topartsforhold. For å forhindre misbruk av stillingsvernet, er det dermed adgang for medlemsstatene å regulere restriksjoner.

Misbruk vil videre foreligge i de tilfeller virksomheter leier inn arbeidskraft for å omgå reglene om midlertidig ansettelse. Dette vil være tilfellet dersom virksomheter krever at midlertidig ansatt tar jobb gjennom vikarbyrå, slik at virksomhetene leier inn arbeidstakeren i stedet for å ansette selv. På den måten vil reglene om midlertidig ansettelse kunne omgås.⁹⁶ For å forhindre en slik situasjon kan restriksjoner innføres eller opprettholdes begrunnet i hensynet for å sikre at «abuses are prevented».

⁹⁵ Eurociett/ENI-Europa, «Joint Declaration on the Directive on working conditions for temporary agency workers» (2008).

⁹⁶ Andreas van den Heuvel, punkt 6.1.4.

Det må imidlertid bemerkes at i de tilfeller arbeidstaker er fast ansatt i vikarbyrået, og arbeidstaker blir utleid til virksomheter i flere perioder etter hverandre uten å få tilbud om fast stilling i innleievirksomheten, vil det ikke foreligge misbruk. Dette på grunn av at arbeidstaker mottar lønn og andre goder fra vikarbyrået i periodene det ikke eksisterer oppdrag.⁹⁷

3.6 Proporsjonalitet – egnet, nødvendig og forholdsmessig

At en restriksjon ved innleid arbeidskraft fra vikarbyrå er legitimt motivert i et av de allmenne hensynene i direktivet er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig forutsetning for at restriksjonen skal være forenlig med EØS-avtalen (og dermed direktivet).⁹⁸ For at det kan gjøres inngrep i prinsippet om fri bevegelighet for tjenester, stiller EU-retten i tillegg krav til at restriksjonen oppfyller de krav som følger av proporsjonalitetsprinsippet. Innholdet i proporsjonalitetsprinsippet angir rammene for hvilke restriksjoner medlemsstatene kan iverksette eller opprettholde i den nasjonale lovgivningen om innleid arbeidskraft, uten at restriksjonene strider mot prinsippet om fri bevegelighet for tjenester.

Proporsjonalitetstesten gir anvisning på en tredelt test av tiltakets egnethet, nødvendighet og dets forholdsmessighet.⁹⁹ De tre vilkårene er kumulative, som innebærer at alle vilkårene må være oppfylt for at en restriksjon på området for fri bevegelighet av tjenester skal aksepteres. I det følgende vil det nærmere innholdet i proporsjonalitetstesten presenteres.

At tiltaket må være egnet er et spørsmål om tiltaket er tjenlig som middel til å nå det målet som tiltaket skal forfølge. Egnethetstesten går etter EFTA-domstolens vurdering ut på at et tiltak som gjør inngrep i grunnfrihetene, «må være egnet til å oppnå målsetningen».¹⁰⁰ For at tiltaket skal være forenlig med EØS-avtalen må tiltaket være tjenlig som middel til å nå målet det skal forfølge.¹⁰¹ En regel vil ikke være egnet til å nå sitt oppgitte formål dersom regelen virker mot sin hensikt eller ikke antas å ha noen effekt.¹⁰² Vurderingstemaet er om tiltaket må kunne antas å ha den virkningen at målsetningen oppnås, gitt de øvrige faktiske og rettslige omstendighetene som gjør seg gjeldende.¹⁰³

⁹⁷ Andreas van den Heuvel, punkt 6.1.4.

⁹⁸ Fredriksen/Mathisen s. 92.

⁹⁹ Fredriksen/Mathisen s. 92.

¹⁰⁰ Jf. sak E-4/04, *Pedicef*, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 1 avsnitt 56.

¹⁰¹ Fredriksen/Mathisen s. 92-93.

¹⁰² Sejersted m.fl. s. 450.

¹⁰³ Fredriksen/Mathisen s. 93.

Nødvendighetstesten går ut på om det finnes ett eller flere alternative tiltak som er like virkningsfulle som middel til å nå målet, men som vil gjøre mindre inngrep i de fire friheter. I nødvendighetsvurderingen er spørsmålet om tiltaket er nødvendig for å oppnå tiltakets målsetning, altså om det er nødvendig med et tiltak som gjør et så stort inngrep i grunnfrihetene som det aktuelle tiltaket gjør, for å oppnå målsetningen.¹⁰⁴ For å unngå at grunnfrihetene uthules, kan ikke EØS-avtalen tillate større inngrep i dem enn hva som er nødvendig. I EFTA-domstolen har innholdet i nødvendighetsvurderingen blitt presisert slik at tiltaket må være «functionally needed in order to achieve the legitimate objectives of the legislation at the level of protection chosen by the Contracting Party».¹⁰⁵ Det kan dermed ikke foreligge andre og mindre inngripende tiltak med den virkningen at målsetningene oppnås fullt ut, opp til det valgte beskyttelsesnivået.¹⁰⁶ Nødvendighetstesten er inntatt en sentral stilling i praksis, ved at den ofte har vært det springende punktet i saker om hvorvidt en EØS-stats tiltak som gjør inngrep i grunnfrihetene, er i overensstemmelse med EØS-retten.

Forholdsmessighetstesten er et spørsmål om det inngrepet som tiltaket gjør i grunnfrihetene, står i et urimelig forhold til betydningen av målet med tiltaket.¹⁰⁷ Ved forholdsmessighetsvurderingen er det ikke *tiltaket* som skal holdes opp mot målsetningen med tiltaket, men det er *inngrepet* som tiltaket gjør i grunnfrihetene, som skal holdes opp mot målsetningen.¹⁰⁸ Spørsmålet er om inngrepet er så stort at det står i et urimelig forhold til målsetningens betydning. Det vil her være tale om å veie ulike interesser opp mot hverandre, hvor den aktuelle EØS-statens interesse i å oppnå den konkrete målsetningen må avveies mot den felles EØS-interessen i å sikre fri bevegelse for varer, personer, tjenester og kapital.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Fredriksen/Mathisen s. 94.

¹⁰⁵ Jf. sak E-3/06, *Ladbroke's*, EFTA Ct. Rep 2007 s. 86 avsnitt 58.

¹⁰⁶ Fredriksen/Mathisen s. 94.

¹⁰⁷ Fredriksen/Mathisen s. 100.

¹⁰⁸ Fredriksen/Mathisen s. 100.

¹⁰⁹ Fredriksen/Mathisen s. 100.

4 FORHOLDET MELLOM AML. § 14-12 OG VIKARBYRÅDIREKTIVET ART. 4

4.1 Innledning

Etter å ha fastsatt de nødvendige rammene for oppgavens tema, vil det i følgende redegjøres for om innleiebestemmelsen i aml. § 14-12 første ledd er i overensstemmelse med direktivnormen i vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1. Vurderingen foretas på bakgrunn av behandlingen av begrensningene i innleiebestemmelsen i fremstillingens kapittel 2, holdt opp mot behandlingen av restriksjonsforbudet, hensynslæren og proporsjonalitetsvurderingen i fremstillingens kapittel 3.

4.2 Utgjør aml. § 14-12 en restriksjon?

Det første spørsmålet er om aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 første ledd utgjør «prohibitions» eller «restrictions» etter vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1. Ved implementeringen av direktivet la departementet til grunn at bestemmelsen er en klar restriksjon på retten til fri bevegelighet av tjenester etter EØS-avtalen art. 36. Dette på grunn av at bestemmelsen inneholder vilkår som begrenser når det er anledning til å benytte innleid arbeidskraft, for eksempel ved arbeidstopper, ekstraordinære situasjoner, ved vikarbehov og liknende.¹¹⁰

Departementets vurdering er på dette punktet i tråd med EU-rettens restriksjonsbegrep. Innleiebestemmelsen hindrer tilbud av innleid arbeidskraft i bestemte situasjoner, både når det gjelder karakteren og varigheten av arbeidsoppgavene som skal utføres. Bestemmelsen utgjør dermed en konkret ulempe og skranke på prinsippet om fri bevegelighet av tjenester, som reduserer omfanget av etterspørselen for innleid arbeidskraft. Det kan dermed legges til grunn at aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 første ledd utgjør en restriksjon etter vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1. Spørsmålet i det følgende er om restriksjonene i aml. § 14-12 første ledd kan begrunnes i direktivbestemmelsens allmenne hensyn.

¹¹⁰ Høringsnotat Arbeidsdepartementet - *Høring om konsekvenser av vikarbyrådirektivet* (2010) punkt 6.2.2 og Prop.74 L (2011-2012) s. 43.

4.3 Kan restriksjonene begrunnes i allmenne hensyn?

4.3.1 Velfungerende arbeidsmarked

Det vil først foretas en vurdering av om innleiebestemmelsen er begrunnet i hensynet til å sikre at «the labour market functions properly», jf. kapittel 3.2.3.

Innleiebestemmelsen er begrunnet i hensynet til arbeidstakeres stillingsvern, ved at topartsrelasjoner skal bidra til trygge ansettelsesforhold.¹¹¹ Departementet mente at aml. § 14-12 første ledd kunne opprettholdes ved gjennomføringen av direktivet i norsk rett på dette grunnlag. Departementets vurdering er dermed i utgangspunktet ikke begrunnet i arbeidsmarkedshensyn slik direktivet gir anvisning på.

Bestemmelser som retter seg mot stillingsvern har imidlertid betydning for hvordan arbeidsmarkedet virker. Stillingsvernet gir trygghet for arbeidstakerne når det gjelder ansettelse og lønnsinntekt. Innleie er en trussel mot stillingsvernet ved at utleide arbeidstakere ofte ikke har fast ansettelse i vikarbyråene, og fordi en virksomhet ved å anvende innleid arbeidskraft kan unngå å ansette arbeidstakere i faste stillinger. Restriksjoner i adgangen til innleie motvirker dermed at stillingsvernet undergraves.

Videre vil restriksjoner for innleie forhindre at arbeidsoppgaver som hører inn under faste ansettelsesforhold ikke utøves av innleide arbeidstakere fra bemanningsforetak. At hovedregelen om faste ansettelsesforhold i et topartsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker ikke skal undergraves, dreier seg om den grunnleggende organiseringen av arbeidsmarkedet. Ettersom innleie ikke skal erstatte stabile ansettelsesforhold, sikrer restriksjonene at innleie fra bemanningsforetak ikke fører til tap av arbeidsplasser i innleievirksomheten. For vid adgang til innleie kan endre strukturen i arbeidsmarkedet og sette topartsrelasjonen på prøve. Dette taler for at restriksjonen er begrunnet i hensynet til å sikre at «the labour market functions properly».

Innleieinstituttet kan bidra til at systemet med tillitsvalgte som representanter for arbeidstakerne utvannes, ettersom tillitsvalgte i vikarbyrå ofte jobber et annet sted enn sine kollegaer.¹¹² Arbeidstakere som er utleid fra vikarbyrå blir dermed representert av en tillitsvalgt som ikke kjenner arbeidstakerens arbeidssted og rutiner. Arbeidsmiljøloven kapittel 8 og 9 er basert på at arbeidsgiver og arbeidstaker skal samarbeide om forhold i virksomheten sammen med tillitsvalgt. Restriksjoner i adgangen til å leie inn arbeidskraft for å sikre at systemet med tillitsvalgte ikke undergraves, bidrar til å sikre at «the labour market functions properly».

¹¹¹ Prop.74 L (2011-2012) s. 44.

¹¹² Andreas van den Heuvel, punkt 8.2.3.

På den annen side gir lovshistorikken bidrag til vurderingen av om restriksjonene i aml. § 14-12 er en tilstrekkelig begrunnet restriksjon. Historisk har det variert om hensynet til arbeidsgivernes fleksibilitet eller vern av arbeidstakerne har blitt tillagt størst vekt. Frem til 1971 var privat arbeidsformidling forbudt i norsk rett.¹¹³ Forbudet var begrunnet i behovet for å beskytte arbeidstakere som følge av stor arbeidsløshet i etterkrigstiden. Det var ikke ønskelig at bedrifter skulle løse arbeidsløshetsproblemet ved å leie inn arbeidskraft gjennom vikarbyrå.¹¹⁴ I 1971 ble det innført et snevert unntak i lovgivningen,¹¹⁵ med adgang til innleie fra vikarbyrå innenfor visse bransjer, herunder kontor-, regnskaps-, sekretær-, butikk-, demonstrasjons- og kantinearbeid, teknisk tegning og lagerarbeid i tilknytning til varehandelen.¹¹⁶ Forbudet mot privat arbeidsformidling ble først opphevet i 2000,¹¹⁷ hvor det samtidig ble inntatt en ny § 55 K i arbeidsmiljøloven av 1977, med adgang til innleie fra vikarbyrå på visse vilkår.¹¹⁸ Bestemmelsen tilsvarer dagens bestemmelse i aml. § 14-12 første ledd.

Behovet for liberalisering av innleieinstituttet etter 2000 er begrunnet i at innleie fra vikarbyrå er en hensiktsmessig og fleksibel løsning for virksomheter. Forbud mot innleie av arbeidskraft er lite tilpasset et arbeidsmarked med behov for spesialisering innenfor spesielle profesjoner, og for å løse situasjoner hvor ansatte i økende grad skifter jobb og videreutdanner seg.¹¹⁹ Etter liberaliseringen har det vært en økning av ansatte i bemanningsbransjen, uten at det ser ut til å påvirke hvordan arbeidsmarkedet fungerer nevneverdig. Innleieinstituttet synes heller å bidra til å sikre et velfungerende arbeidsmarked.¹²⁰ Videre er et av formålene i vikarbyrådirektivet art. 2 å utvikle fleksible former for arbeid. Begrensningene for innleie av arbeidskraft etter aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 første ledd vil kunne forhindre og bremse en utvikling av fleksible arbeidsformer. Dette taler mot at restriksjonene i aml. § 14-12 første ledd kan begrunnes i hensynet til å sikre at «the labour market functions properly».

4.3.2 Forebygge misbruk

Spørsmålet videre er om restriksjonene ved bruk av innleid arbeidskraft i aml. § 14-12 første ledd kan begrunnes i hensynet om å sikre at «abuses are prevented».

¹¹³ Jf. den nå opphevede lov om endringer 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting (endringslov til sysselsettingsloven) § 26.

¹¹⁴ NOU 1998: 15 pkt. 1.2.

¹¹⁵ Lov 18. juni 1971 nr. 83 (sysselsettingsloven) § 27.

¹¹⁶ NOU 1998: 15 pkt. 1.2 Regelverk for utleie av arbeidskraft mv. (kapittel 5).

¹¹⁷ Gjennom ikrafttredelsen av lov 4. februar 2000 nr. 10 den 1. juli 2000.

¹¹⁸ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (arbeidsmiljøloven) § 55 K.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) pkt. 5.3.1.

¹²⁰ Andreas van den Heuvel, punkt 8.2.3.

I tillegg til stillingsvern, er aml. § 14-12 første ledd også begrunnet med at bestemmelsen skal hindre omgåelser av reglene om midlertidig ansettelse, jf. kapittel 2.5.1. Det at mulighetene for en virksomhet til å skaffe seg korttidsarbeidskraft er angitt under samme vilkår, vil bidra til å hindre misbruk av innleiereglene på bekostning av midlertidig ansettelse. Dersom det hadde vært videre adgang til å leie inn arbeidskraft fremfor å ansette på midlertidig basis, ville det kunne oppstå omgåelser av reglene om midlertidig ansettelse. På denne måten hindrer restriksjonen omgåelse av arbeidstakernes rettigheter, som taler for at begrensningene for innleie av arbeidskraft er begrunnet i behovet for å sikre at «abuses are prevented».

Innleiereglene kan potensielt føre til misbruk av arbeidsmiljølovens prøvetidsregler. Prøvetidsreglene innebærer at arbeidstaker kan sies opp innen seks måneder, begrunnet i arbeidstakerens tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet.¹²¹ Etter at arbeidstaker har vært innleid hos en virksomhet, kan innleievirksomheten velge å ansette arbeidstakeren fast, og i den forbindelse stille vilkår om prøvetid. I en slik situasjon kan innleier først teste ut arbeidstaker gjennom innleie, og deretter gjennom prøvetidsordningen. Etter forarbeidene til prøvetidsbestemmelsen er avtale om såkalt «try and hire» ikke tillatt, ettersom innleie er betinget av et midlertidig behov for arbeidskraft.¹²² Det midlertidige behovet eksisterer ikke dersom innleid arbeidstaker fortsetter i samme stilling og utfører samme oppgaver som fast ansatt. Strengt begrensninger for innleie fra bemanningsforetak forhindrer dermed misbruk av arbeidstakernes stillingsvern. En slik synsvinkel taler for at begrensningene for innleie er begrunnet i direktivets hensyn.

På den annen side skaffer bemanningsbransjen midlertidig arbeidskraft uten å ansette midlertidig. Arbeidstaker i en bemanningsbedrift har større mulighet for å komme raskt over i nytt oppdrag når det tidligere oppdraget tar slutt, enn en som arbeider midlertidig direkte i bedrift. Grunnen er at bemanningsbransjen plikter å skaffe arbeidstakeren nytt oppdrag når det gamle tar slutt, forutsatt at dette er tilgjengelig. Det er videre slik at pensjonsrettigheter ofte ikke oppnås ved en midlertidig stilling siden oppdraget ikke er tilstrekkelig langt for å opptjene pensjonsrettigheter. Det kan dermed være en fordel å være utleid fra vikarbyrå siden ansettelsesforholdet kan forlenges gjennom flere oppdrag. Det kan derfor være gunstig at en større del av det arbeidet som i dag utføres gjennom midlertidige ansettelser direkte i bedrift leveres gjennom bemanningsbransjen. Dette taler mot at restriksjonene aml. § 14-12 første ledd, jf. aml. § 14-9 første ledd kan begrunnes i hensynet til å sikre at «abuses are prevented».

¹²¹ Jf. aml. § 15-6.

¹²² Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.3.

Det finnes dermed argumenter både for og mot at aml. § 14-12 første ledd er begrunnet i direktivets allmenne hensyn. Det neste som må vurderes er om begrensningene for innleie av arbeidskraft i aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 første ledd oppfyller kravene i den EU- og EØS-rettslige proporsjonalitetsvurderingen.

4.4 Er begrensningene proporsjonale?

4.4.1 Egnethet

Ettersom innleiereglene er begrunnet i ønsket om at arbeidsforhold skal inngås direkte mellom arbeidsgiver og arbeidstaker på ubestemt tidsrom, som herunder bidrar til å sørge for trygge ansettelsesforhold, er innleiebestemmelsen egnet til å oppnå formålet om et sterkt stillingsvern. Restriksjonen som aml. § 14-12 oppstiller må anses å være egnet til å nå målet. Dette er også i tråd med departementets begrunnelse på tidspunktet da implementeringen fant sted.¹²³

4.4.2 Nødvendighet

Uansett om aml. § 14-12 kan begrunnes i et allment hensyn etter vikarbyrådirektivet og er egnet til å nå målsetningen, stilles det et ytterligere krav om at restriksjonens formål ikke må kunne oppnås ved andre, mindre inngripende tiltak. Det springende punktet er om innleiebestemmelsen griper unødig inn i adgangen til å leie inn arbeidskraft, og om reglene er konsekvente ut ifra den aktuelle begrunnelsen. Ved nødvendighetsvurderingen må inngrepet som restriksjonen gjør i prinsippet om fri bevegelse av tjenester veies opp mot de forhold som restriksjonen skal beskytte.

Ved implementeringen av direktivet la departementet til grunn at de norske reglene griper inn i adgangen til å leie inn arbeidskraft, «men etter departementets syn, ikke lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet om *hovedvekt* på faste ansettelsesforhold og topartsrelasjoner».¹²⁴ Departementet drøftet imidlertid ikke om det fantes andre og mindre inngripende virkemidler for å oppnå det ønskede resultat.

For det første vil det kunne hevdes at hensynet til stillingsvernet blir tilstrekkelig ivarettatt dersom de innleide er *fast* ansatt i bemanningsforetaket med garantilønn mellom oppdragene. NHO og Advokatforeningen tok til orde for dette i sitt høringsvar til departementet. Advokatforeningen mente at det ville være i strid med direktivet dersom koblingen mellom aml. §§ 14-12 og 14-9 ble opprettholdt, særlig

¹²³ Prop.74 L (2011-2012) s. 44 punkt 7.1.5.3.

¹²⁴ Prop.74 L (2011-2012) s. 44 punkt 7.1.5.3.

«i tilfeller hvor det foreligger et fast ansettelsesforhold mellom vikarbyrået og innleide, hvor sistnevnte oppebærer lønn mellom oppdragene». ¹²⁵

Departementets begrunnelse vil i et slikt tilfelle være svak. NHO mente at

«[v]ernehensynet er ivaretatt langt på vei ved at vikaransatte normalt er fast ansatt i bemanningsbyråene, og følgelig nyter godt av stillingsvernet. Inntekten for den enkelte vil riktignok variere avhengig av om det finnes oppdrag for arbeidstakerne eller ikke, men stillingsvernet har de uansett.» ¹²⁶

Ved fast ansettelse i bemanningsbyrået blir stillingsvernet på generelt grunnlag ivaretatt gjennom andre regler i arbeidsmiljøloven, blant annet gjennom reglene om lønns- og arbeidsforhold og HMS-regelverket. Fra en slik synsvinkel er ikke stillingsvernet et argument for den snevre adgangen til innleie av arbeidskraft. Dette taler mot at restriksjonen kan anses som nødvendig og proporsjonal.

Det kan videre argumenteres med at innleierestriksjonene bidrar til at vikarbyrådirektivets formål ikke oppnås. Et av siktemålene med direktivet er å oppnå likebehandling mellom innleide og fast ansatte i ordinære bedrifter. Dersom innleiebestemmelsen setter for inngripende restriksjoner i vikaransattes muligheter til å ta arbeid, vil det begrense muligheten til å ha fast ansatte med lønn mellom oppdragene. Inngripende begrensninger i vikarbyråansattes mulighet til å ta arbeid på samme vilkår som ansatte i ordinære bedrifter bidrar til å undergrave muligheten for likebehandling. ¹²⁷

4.5 Opplegget videre

På bakgrunn av det ovenstående foreligger det begrunnet tvil om holdbarheten av departementets argumentasjon når det gjelder spørsmålet om begrensningene for innleie er i overensstemmelse med direktivnormen. Det vil til dels kunne hevdes at begrensningene for innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak er strengere, og strekker seg lenger enn det som er nødvendig, for å oppfylle direktivets krav. Dette innebærer at innleieregelen potensielt utgjør en uberettiget hindring for fri bevegelse av tjenester på EU- og EØS-rettens område. Konsekvensen av dette er for det første at norske arbeidstakere får snevrere muligheter til å ta arbeid gjennom bemanningsforetak enn arbeidstakere i andre EU- og EØS-stater. For det andre vil en for omfattende restriksjonsadgang hindre arbeidstakere i andre EU- og EØS-stater å

¹²⁵ Advokatforeningen, *Høringsuttalelse – Vikarbyrådirektivet* punkt 3.1.

¹²⁶ NHO, *Høring – Bemanningsbyrådirektivet* punkt 4.6.

¹²⁷ Advokatforeningen, *Høringsuttalelse – Vikarbyrådirektivet* punkt 3.2.

tilby sine tjenester i Norge. Dette får igjen konsekvenser for virksomheter som ønsker å benytte seg av innleid arbeidskraft for å avpasse behovet for korttidsarbeidskraft.

Spørsmålet videre er hvordan man i norsk rett kan gå frem for å få testet om begrensningene i aml. § 14-12 er i strid med direktivet.

5 KONSEKVENSER

5.1 Innledning

Verken vikarbyrådirektivet eller dens fortale løser spørsmålet om hva som er konsekvensen dersom nasjonal bestemmelse ikke er i overenstemmelse med direktivet. Rettspraksis og juridisk teori må dermed anvendes for å undersøke virkningen av strid mellom aml. § 14-12 første ledd og direktivet. Fremstillingen tar sikte på å angi de virkemidlene som kan tas i bruk for at innleiebestemmelsen ikke er i strid med direktivet.

5.2 Direktivkonform fortolkning og presumsjonsprinsippet

EU-retten har pålagt statene en plikt til direktivkonform fortolkning av nasjonal rett.¹²⁸ Tilsvarende for EØS-retten er lagt til grunn i sak E-4/01 (Karlsson). I EFTA-domstolens praksis er det lagt til grunn at dette er en plikt i medhold av EØS-avtalen art. 3, som innebærer at nasjonale domstoler må strekke seg «as far as possible» for å nå frem til en EØS-konform fortolkning.¹²⁹ Dette følger også av presumsjonsprinsippet, jf. Finanger I. Dette innebærer at dersom norsk gjennomføring av vikarbyrådirektivet viser seg å ha mangler, kan norske domstoler reparere manglene ved å tolke aml. § 14-12 første ledd i samsvar med de EØS-rettslige forpliktelsene.

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) er et eksempel på at norske domstoler ikke maktet å reparere en mangelfull gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser gjennom EØS-konform fortolkning av norsk rett. Ved en eventuell tvist vedrørende aml. § 14-12 og vikarbyrådirektivet art. 4 skal dermed domstolene tolke aml. § 14-12 i lys av direktivet. Dersom det imidlertid foreligger motstrid slik at dette ikke er mulig slik som i Finanger I, må andre virkemidler settes i verk for å sikre at norsk rett samsvarer med de internasjonale forpliktelsene.

¹²⁸ Jf. lojalitetsplikten i TEU art. 4 tredje ledd.

¹²⁹ Jf. sak E-4/01, *Karlsson*, EFTA Ct. Rep 2002 s. 240 avsnitt 28 og Fredriksen/Mathisen s. 257-258.

5.3 Domstolenes håndhevingskompetanse

5.3.1 Innledning

Det kan oppstå tvist mellom en arbeidstaker og en innleievirksomhet (eller deres organisasjoner) om det konkrete innleieforholdet er lovlig. I så fall er spørsmålet om domstolen kan gi rettskraftig dom for at bestemmelsen er i strid med direktivet. Rekkevidden av direktivets art. 4 nr. 1 overfor nasjonale rett var et av spørsmålene som ble forelagt EU-domstolen i Shell Aviation-saken.¹³⁰ Det må derfor foretas en gjennomgang av saksforholdet i tillegg til Generaladvokatens- og EU-domstolens konklusjon.

5.3.2 Case C-533/13 Shell Aviation

Saken gjaldt fortolkningen av vikarbyrådirektivets artikkel 4 nr. 1 i henhold til nasjonal rett. Saken stod mellom den finske fagforeningen AKT mot virksomheten Shell Aviation og arbeidsgiverorganisasjonen Öljytuote.

Shell Aviation leverte drivstoff til ulike finske flyplasser. Virksomhetens faste ansatte hadde som hovedoppgave å fylle drivstoff på flyene, foreta kvalitetskontroll i forbindelse med påfylling og utføre andre daglige oppgaver på flyplassene. Shell Aviation hadde inngått en avtale med vikarbyrået Ametro Oy for å bruke vikarer i de tilfeller de faste ansatte hadde sykefravær eller dersom det forelå økt arbeidsbyrde i virksomheten.

Finsk rett inneholdt ingen lovbestemmelse om restriksjoner ved bruk av innleid arbeidskraft. Begrensninger var imidlertid regulert i en rammeavtale mellom arbeidsgivernes sentralorganisasjon (EK) og den finske fagforeningens sentralorganisasjon (SAK). Etter rammeavtalen punkt 8.3 skulle virksomheter begrense bruk av vikararbeid til perioder med økt arbeidsbyrde og til utførelse av arbeidsoppgaver av begrenset omfang. Arbeidsoppgavene måtte være av hastende karakter og av begrenset varighet, kreve nødvendige faglige kvalifikasjoner og spesialutstyr for at innleie av arbeidskraft fra vikarbyrå skulle være lovlig. Forutsetningen var at arbeidsoppgavene ikke kunne utføres av virksomhetens faste ansatte. Reglene i rammeavtalen ble tatt inn i § 29 nr. 1 i kollektivavtalen mellom AKT og arbeidsgiverorganisasjonen Öljytuote, slik at reglene gjorde seg gjeldende for Shell Aviation som en av Öljytuotes medlemsbedrifter.

¹³⁰ Case C-533/13.

Fagforeningen nedla påstand i den finske arbeidsretten om at Shell Aviation og arbeidsgiverorganisasjonen hadde brutt § 29 nr. 1 i kollektivavtalen mellom AKT og Öljytuote. Påstanden var begrunnet i at Shell Aviation rettstridig hadde benyttet seg av innleid arbeidskraft fra vikarbyrå i strid med kollektivavtalen, ved at vikarer på permanent basis siden 2008 hadde utført arbeidsoppgaver som var identiske med arbeidsoppgavene til virksomhetens faste ansatte. Virksomhetens bruk av innleid arbeidskraft var etter deres mening ikke forbeholdt spesielle tilfeller, og arbeidsoppgavene kunne utføres av de faste ansatte i virksomheten.

Shell Aviation hevdet for det første at bruken av vikarer var begrunnet i legitime årsaker som ferier og sykdomsfravær hos de fast ansatte, slik at vilkårene for innleie i kollektivavtalen § 29 nr. 1 ikke var brutt. For det andre hevdet Shell Aviation at bestemmelsen i kollektivavtalen var i strid med vikarbyrådirektivet artikkel 4 nr. 1.

EU-domstolen ble forelagt tre spørsmål av den finske arbeidsretten som domstolen skulle gi rådgivende uttalelse om. Alle tre spørsmålene angår problemstillinger i forbindelse med fortolkningen av vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1.

Det første spørsmålet som EU-domstolen skulle ta stilling til var om nasjonale myndigheter og domstoler har en løpende plikt til å sørge for at bestemmelser i tariffavtaler og nasjonal lovgivning ikke strider med vikarbyrådirektivet. Dette spørsmålet omhandlet rekkevidden av forpliktelsene i vikarbyrådirektivet overfor medlemsstatene. Spørsmålet gikk nærmere bestemt ut på om etterprøvingen av nasjonale bestemmelser etter direktivet er tillagt nasjonale myndigheter som en enekompetanse, eller om også nasjonale domstoler har kompetanse til å overprøve og tilsidesette restriksjoner som ikke samsvarer med direktivnormen.

Det andre spørsmålet var om § 29 nr. 1 i kollektivavtalen var i strid med vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1. Nærmere bestemt ønsket Arbeidsretten i Finland å få avklart om bestemmelsen utgjorde en restriksjon etter art. 4 nr. 1, og i så fall om restriksjonen kunne begrunnes i allmenne hensyn, herunder i behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbruk.

Det tredje spørsmålet gikk ut på hvilke midler domstolen har dersom nasjonale bestemmelser anses å være i strid med direktivet. Nærmere bestemt var dette et spørsmål om hvorvidt bestemmelsen i direktivet kunne anvendes direkte mellom private parter i en tariffavtale siden det ikke fantes en lovregel i finsk rett å støtte seg på. Arbeidsretten i Finland uttrykte dermed tvil med hensyn til hvilken rolle domstolen har i følge EU-retten hvis det skulle vise seg at bestemmelsen i tariffavtalen var uforenelig med art. 4. nr. 1.

5.3.3 Generaladvokatens konklusjon

Det første spørsmålet for EU-domstolen er av sentral betydning. Ved spørsmålet om både nasjonale myndigheter og domstoler kan overprøve og eventuelt tilsidesette nasjonale bestemmelser som er uforenlige med direktivet, uttalte Generaladvokaten følgende om domstolenes kompetanse:

«... [I]t would run counter to the fundamental principles underlying the system of EU law to confer on administrative authorities exclusive competence to verify the compatibility of national legislation with a directive of the European Union, while *depriving the national courts of that power*. ...

An approach of that sort seems to me irreconcilable with the purpose of the system of EU law, in that it would *relieve the courts of the Member States of the principal task entrusted to them in connection with the implementation of EU law*.»¹³¹ (min kursivering)

Generaladvokaten mente dermed at både nasjonale myndigheter og domstoler har kompetanse til å overprøve om nasjonale innleiebestemmelser er forenlige med direktivet. At domstolene innehar en slik kompetanse i tillegg til nasjonale myndigheter ble begrunnet med at EU-retten anerkjenner nasjonale domstolars sentrale rolle ved gjennomføring av bestemmelser. Etter Generaladvokatens mening ville myndighetenes enekompetanse kunne utelukke nasjonale domstoler ved gjennomføring av direktivet, i tillegg til at det ville kunne reises tvil om domstolenes kompetanse til å behandle restriksjoner ved bruk av vikararbeid i lys av TFEU art. 56.¹³² Motargumentene i Generaladvokatens forslag gikk ut på at det kan være risikabelt å overlate begrunnelsen for restriksjonene og proporsjonaliteten til domstolene.¹³³

Generaladvokatens konklusjon innebærer at norske domstoler kan vurdere om begrensningene for innleie er i strid med direktivet. Det avgjørende er imidlertid hvordan EU-domstolen vurderte spørsmålet.

5.3.4 EU-domstolens konklusjon

EU-domstolen besvarte kun det første spørsmålet, og kom til motsatt resultat enn Generaladvokaten. Domstolens konklusjon var at vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1:

¹³¹ Jf. case C-533/13 avsnitt 84 og 86.

¹³² Jf. case C-533/13 avsnitt 85.

¹³³ Jf. case C-533/13 avsnitt 83.

«...is addressed *only to the competent authorities* of the Member States, imposing on them an obligation to review in order to ensure that any potential prohibitions or restrictions on the use of temporary agency work are justified, and, therefore,

the provision *does not impose an obligation on national courts* not to apply any rule of national law containing prohibitions or restrictions on the use of temporary agency work which are not justified on grounds of general interest within the meaning of Article 4 første ledd.»¹³⁴ (min kursivering)

EU-domstolen la til grunn at det er lovgiver i den enkelte medlemsstat sin oppgave å sørge for at restriksjoner ved bruk av innleid arbeidskraft fra bemanningsforetak er begrunnet i allmenne hensyn. Dersom dette ikke er tilfellet innebærer direktivbestemmelsen en materiell forpliktelse for lovgiver til enten å oppheve eller revidere restriksjoner som ikke samsvarer med direktivnormen, slik at staten oppfyller kravene.¹³⁵ Nasjonale domstoler skal dermed ikke overprøve eller tilsidesette restriksjoner som ikke er begrunnet i direktivets allmenne hensyn i en tvist mellom private, ettersom denne oppgaven er tillagt lovgiver.

Domstolen kom frem til sitt resultat etter en kontekstuell fortolkning av direktivet. Dommen er knapp, men i vurderingen la Domstolen tilsynelatende vekt på at overskriften til art. 4 («Review of restrictions or prohibitions») og art. 4 nr. 2, 3 og 5 innebærer at bestemmelsen kun er rettet mot nasjonale myndigheter. Ut ifra en sammenligning av Generaladvokatens- og EU-domstolens konklusjon kan det trekkes den slutning at det vil være risikabelt at nasjonale domstoler skal overprøve om innleiebestemmelsene utgjør en restriksjon, om de er begrunnet i allmenne hensyn og om de er proporsjonale. Det vil være mer forsvarlig om denne kompetansen er tillagt lovgiver som en enekompetanse.

Overført til norsk rett innebærer det ovenstående at det er opp til lovgiver å sørge for at restriksjoner ved bruk av innleid arbeidskraft fra bemanningsforetak er i samsvar med direktivnormen. Norske domstoler har ikke kompetanse til å overprøve og eventuelt tilsidesette restriksjoner i en tvist mellom private.

Som tidligere nevnt foreligger det begrunnet tvil om at aml. § 14-12 første ledd er i strid med direktivet. Dersom lovgiver ikke selv opphever eller endrer restriksjonene i bestemmelsen, er spørsmålet hvilke andre metoder som kan benyttes for å sikre at

¹³⁴ Jf. case C-533/13 avsnitt 32.

¹³⁵ Jf. case C-533/13 avsnitt 30, hvor det følger at «the Member States are, to that end, free either to remove any prohibitions and restrictions which could not be justified under that provision or, where applicable, to adapt them in order to render them compliant, where appropriate, with that provision.»

aml. § 14-12 første ledd er i samsvar med direktivet. Det vil redegjøres for dette i det følgende.

5.4 Statens erstatningsansvar

Dersom innleiebestemmelsen fastsetter strengere begrensninger enn det som er nødvendig etter direktivet, bryter Norge sine forpliktelser etter EØS-avtalen.¹³⁶ Statens erstatningsansvar er en mulig konsekvens. I sak E-9/97 (*Sveinbjörnsdóttir*) slo EFTA-domstolen fast et EØS-rettslig prinsipp om at statene kan holdes erstatningsansvarlig for tap som private påføres dersom statene ikke har gjennomført EØS-rettslige forpliktelser korrekt.¹³⁷ Domstolen forankret dette i homogenitetsprinsippet, målsetningen i EØS-avtalen om effektiv rettsbeskyttelse av rettigheter som avtalen tillegger private og lojalitetsplikten i artikkel 3.

I norsk rett er statenes erstatningsansvar kommet til uttrykk i Rt. 2005 s. 1365 (*Finanger II*). I saken fikk Veronika Finanger erstatning fra staten fordi hun hadde lidt et økonomisk tap som følge av statens mangelfulle gjennomføring av motorvogn direktivet. Dommen viser at Norge kan bli erstatningsansvarlig overfor en privatperson dersom Stortinget, i egenskap av å være lovgiver, har tilsidesatt EØS-rettslige forpliktelser.

Konsekvensen av mangelfull gjennomføring av vikarbyrådirektivet er dermed at Norge kan bli idømt erstatningsansvar for brudd på EØS-retten. Statens erstatningsansvar er en indirekte måte å sikre at EØS-rettighetene får gjennomslag i intern norsk rett.

Et eventuelt erstatningsansvar for Norge på grunn av mangelfull implementering av direktivet er betinget av at tre kumulative ansvarsvilkår er oppfylt. EFTA-domstolen og Høyesterett har lagt til grunn at den overtrådte EØS-regelen må ha til formål å tillegge private «rettigheter», at det foreligger «direkte årsakssammenheng» mellom overtredelsen og tapet som skadelidte er påført, og at overtredelsen er «tilstrekkelig kvalifisert».¹³⁸ Dersom vilkårene er oppfylt har skadelidte et erstatningskrav på bakgrunn av EØS-rettslige forpliktelser.

Aml. § 14-12 første ledd tillegger private «rettigheter» ved at bestemmelsen angir rammer for når arbeidstakere kan leies inn for å utføre arbeid gjennom bemanningsforetak. Dersom aml. § 14-12 første ledd gir snevrere adgang til å leie inn arbeidstakere enn det som er nødvendig etter direktivet, vil innleid arbeidstaker

¹³⁶ Jf. ODA art. 31.

¹³⁷ Jf. sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, EFTA Ct. Rep 1998 s. 95.

¹³⁸ Jf. sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir* avsnitt 66 og Rt. 2005 s. 1365, *Finanger II* avsnitt 56.

potensielt kunne lide et tap ved at arbeidstaker ikke får benyttet sin arbeidskraft. Det vil dermed være årsakssammenheng mellom rettighetene i aml. § 14-12 og tapet arbeidstakeren blir påført ved å ikke arbeide. Vilkåret «tilstrekkelig kvalifisert» er i EFTA-domstolen presisert dit hen at bruddet må være «åpenbart og grovt».¹³⁹ Vilkåret knesetter dermed en svært høy terskel for statens erstatningsansvar. Momenter i vurderingen er hvor klar og presis den tilsidesatte EØS-regelen er, hvor vidt skjønn nasjonale myndigheter råder over, om overtredelsen er begått eller taper forvoldt forsettlig mv. Dette beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Det ovenstående viser at statens erstatningsansvar er en mulig konsekvens og sanksjon dersom aml. § 14-12 er i strid med direktivet.

5.5 Traktatsbruddsøksmål for EFTA-domstolen

Hovedoppgaven til ESA er å føre alminnelig kontroll med at EFTA-statene oppfyller sine forpliktelser etter EØS-avtalen.¹⁴⁰ Dersom det er motstrid mellom innleiebestemmelsen og direktivet kan ESA gjennomføre tiltak som sørger for at innleiebestemmelsen samsvarer med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

Kontrollen innebærer å undersøke om nasjonale myndigheter har implementert EØS-reglene i nasjonal rett på korrekt måte, og om den gjennomførte EØS-retten forvaltes og etterleves av nasjonale myndigheter.¹⁴¹ Dersom ESA mistenker at nasjonale myndigheter ikke har gjennomført EØS-retten på riktig måte, iverksetter ESA en traktatbruddprosedyre.¹⁴² Traktatbruddprosedyren har fire mulige stadier, som vil presenteres kort i det følgende.

Første trinn i traktatbruddprosedyren er at ESA tar uformell kontakt med norske myndigheter i brev form og ber om nærmere opplysninger i saken.¹⁴³ Brevet vil i seg selv være en indikasjon på mistanke om at Norge ikke har oppfylt sine folkerettslige forpliktelser. Den 8. januar 2015 åpnet ESA en *conformity assessment case* mot Norge vedrørende implementeringen av vikarbyrådirektivet i nasjonal rett, med formål om å undersøke om Norge har innført vikarbyrådirektivet innen fristen og om aml. § 14-12 er i tråd med direktivet.¹⁴⁴ Det foreligger foreløpig ingen formell

¹³⁹ Jf. sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir* (avsnitt 68).

¹⁴⁰ EØS-avtalen art. 109 og ODA art. 5.

¹⁴¹ Sejersted mfl. s. 149.

¹⁴² Jf. ODA art. 31.

¹⁴³ NOU 2012: 2, *Utenfor og innenfor, Norges avtaler med EU*, kapittel 10 om etterlevelse og kontroll, punkt 10.5.4.

¹⁴⁴ Conformity assessment on the implementation of Directive 2008/104/EC on temporary agency work in Norway, 08/01/2015.

konklusjon i saken, men Arbeids- og sosialdepartementet har redegjort for sitt syn på saken i brev til ESA i mars 2015.¹⁴⁵

Dersom saken ikke løses på dette stadiet, er neste steg at ESA åpner formell saksbehandling hvor det informeres om hva som blir vurdert som en eventuell overtredelse. Hvis nasjonale myndigheter ikke overbeviser ESA om at mistanken om overtredelse er grunnløs eller selv retter opp feilen, er neste steg at ESA pålegger EFTA-staten å treffe tiltak som skal sikre at overtredelsen opphører innen en viss tidsfrist.¹⁴⁶ Dersom feilen ikke rettes innen en normal frist på to måneder, vil ESA ta ut traktatbruddsøksmål for EFTA-domstolen med påstand om at staten har brutt sine forpliktelser etter EØS-avtalen.¹⁴⁷

Det foreligger dermed flere prosesser og tiltak som kan iverksettes for at innleiebestemmelsen skal være i tråd med direktivet.

¹⁴⁵ Jf. møte med Eirik Hognestad i Sosial- og Arbeidsdepartementet 11. november 2015. Det er ikke gitt innsyn i brevet fra departementet.

¹⁴⁶ Jf. ODA art. 31.

¹⁴⁷ Jf. ODA art. 31.

6 KONKLUSJON

Som angitt i punkt 4.5 foreligger det begrunnet tvil om at begrensningene for innleie av arbeidstakere fra bemanningsforetak i aml .§ 14-12 første ledd er i strid med vikarbyrådirektivet. Mye kan tale for at departementets argumentasjon ikke er tilstrekkelig holdbar i henhold til direktivets krav. Om aml. § 14-12 første ledd er i overensstemmelse med direktivet er i neste omgang opp til lovgiver, EFTA-domstolen eller ESA å vurdere og avgjøre.

RETTSKILDER

Lover:

Arbeidsmarkedsloven	Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven)
Arbeidsmiljøloven (aml)	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
Sysselsettingsloven	Lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting (opphevet)

Lovforarbeider:

Ot.prp. nr. 50	Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)
NOU 1998: 15	NOU 1998:15
NOU 2012: 2	NOU 2012: 2, Utenfor og innenfor— Norges avtaler med EU, Oslo 2012
Ot.prp.nr. 49	Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 24	Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Prop.74 L	Prop. 74 L (2011-2012) Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv.
Prop.69 S	Prop. 69 S (2011-2012) Samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2008/104/EF om vikararbeid (vikarbyrådirektivet)

Prop.39 L

Prop. 39 L (2015-2015) Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold)

Høyesterettspraksis:

Aktivitør/Ergoterapeut Rt. 1985 s. 1141

Statfjord Rt. 1989 s. 1116

Hjelpepleier/sykepleier Rt. 1991 s. 872

Finanger I Rt. 2000 s. 1811

Norsk Folkehjelp Rt. 2001 s. 1413

Finanger II Rt. 2005 s. 1365

Ambulanse Rt. 2006 s. 1158

Kirkegårdsarbeider Rt. 2007 s. 129

EU-direktiver:

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

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

Traktater/konvensjoner:

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

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

TFEU Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), vedtatt 13. desember 2007, ikrafttreden 1. desember 2009, 2010 OJ V83/47

Praksis fra EU-domstolen:

Shell Aviation Case C-533/13, Judgment of the Court, *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry v. Öljytuote ry Shell Aviation Finland Oy*, 17.3.2015. ECLI:EU:C:2015:173

Final Arte Case C-49/98, Judgment of the court, *Final arte Sociedade de Construção Civil Lda*, 25.10.2001. ECLI:EU:C:2001:564

Palhota Case C-515/08, Judgment of the Court, *Vítor Manuel dos Santos Palhota, Mário de Moura Gonçalves, Fernando Luis das Neves Palhota, Termiso Limitada, Mário de Moura Gonçalves*, 7.10.2010. ECLI:EU:C:2010:589

GmbH & Co Case C-60/03, Judgment of the Court, *Wolff & Müller GmbH & Co, KG v. Pereira Félix*, 12.10.2004. ECLI:EU:C:2004:610

Portugaia Case C-164/99, Judgment of the Court, *Portugaia Construções L*, 24.1.2002. ECLI:EU:C:2002:40

Dirk Endendijk Case C-187/07, Judgment of the Court, *Dirk Endendijk*, 3.4.2008. ECLI:EU:C:2008:197

DIR International Film Case C-164/98 P, Judgment of the Court, *DIR International Film*, 27.1.2000. ECLI:EU:C:2000:48

Denmark v. Commision Case 349/85, Judgment of the Court, *Kingdom of Denmark v. Commission of the European Communities*, 27.1.1988. ECLI:EU:C:1988:34

Praksis fra EFTA-domstolen:

Sveinbjörndóttir Sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95

Karlsson Sak E-4/01, *Karlsson*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 240

Pedical Sak E-4/04, *Pedical AS mot Sosial- og helsedirektoratet*, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 1

Ladbrokes

Sak E-3/06, *Ladbrokes*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 86

Generaladvokatens forslag til afgjørelse:

Shell Aviation

Opinion of Advocate General Szpunar i case C-533/13, *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry v Öljytuotery, Shell Aviation Finland*. ECLI:EU:C:2014:2392

LITTERATURLISTE

Bøker:

- Eckhoff Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan Helgesen (Oslo 2001)
- Fredriksen/Mathisen Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utgave (Bergen 2014)
- Fougner Fougner, Jan m.fl., *Arbeidsmiljøloven* (Oslo 2013)
- Sejersted m.fl. Sejersted, Fredrik m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011)
- Skarning Skarning, Nicolay, *Midlertidige ansettelser, innleie og vikarbyrådirektivet* (Oslo 2013)
- Skjønberg/Hognestad Skjønberg, Alexander Næss og Eirik Hognestad, *Individuell arbeidsrett* (Oslo 2014)

Artikler:

- Eurociett Eurociett/ENI-Europa, «Joint Declaration on the Directive on working conditions for temporary agency workers» (2008)
- Bemanningsdirektivet Heuvel, Andreas van den, «Bemanningsdirektivet - EF-direktivet om arbeidsleie, fremvekst, regler og konsekvenser for nasjonal rett», *Arbeidsrett og arbeidsliv, Bind 5* (2011)
www.arbeidsrettsligforening.no/sfiles/70/2/file/andreas-dvh-redigert-og-operativt.pdf

Høringsnotater:

- Arbeidsdepartementet Arbeidsdepartementets høringsnotat, *Høring om konsekvenser av vikarbyrådirektivet* (10. september 2010)
- Arbeidsdepartementet Arbeidsdepartementets høringsnotat, *Høring – forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterleves* (12.12.2011)

Høringssvar:

NHO	Næringslivets Hovedorganisasjon, <i>Høring – bemanningsdirektivet</i> (20.12.2010)
Advokatforeningen	Den norske Advokatforening, <i>Høringsuttalelse – vikarbyrådirektivet</i> (22.12.2010)

Internettartikler:

Bruk av innleid arbeidskraft	Fafo, <i>Bruk av innleid arbeidskraft</i> , LOs tillitsvalgtpanel 2012. www.fafo.no/no~fafo/media/com_netsukii/10158.pdf
Statistisk sentralbyrå	www.ssb.no/statistikkbanken/SelectVarVal/saveselections.asp

Annet:

Conformity assessment	Conformity assessment on the implementation of Directive 2008/104/EC on temporary agency work in Norway, 08.01.2015. www.eftasurv.int/press-publications/publicdocuments?number=&name=&casenr=76521&casename=&description=&state=&decisionnumber=&datefrom=&dateto=&content=&ActionEvent=Search
Eirik Hognestad	Møte med Eirik Hognestad, rådgiver i Arbeids- og sosialdepartementet (11.11.2015)