

Likebehandling av innleide arbeidstakeres lønnsvilkår

*En analyse lønnsbegrepets innhold og omfang i
kjølvannet av Manpower-dommen*

Kandidatnummer: 113

Antall ord: 14381



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

03.06.2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Oppgavens tema og hypotese	3
1.2 Definisjoner	5
1.3 Avgrensninger	6
1.4 Begrepsavklaring: Utleie av arbeidskraft	8
1.4.1 Kort om reguleringen av arbeidsleie	9
1.4.2 Avsluttende om begrepet utleie av arbeidskraft	11
1.5 Rettskildesituasjonen	11
1.6 Manpower-dommens lønnsbegrep	13
1.6.1 Sakens gang	13
1.6.2 Høyesteretts vurdering av lønnsbegrepet	14
1.7 Fremstillingen videre	15
2 Generelt om likebehandlingsprinsippet	16
2.1 Reguleringen av likebehandlingsprinsippet	16
2.2 Formål	18
2.3 Likebehandlingsprinsippet's innhold og virkeområde	19
2.4 Vurderingsgrunnlag for fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår	23
2.4.1 Fastsettelse av lønnsvilkår spesielt	25
2.5 Likebehandlingsprinsippet's forhold til tariffestede likebehandlingsregler	27
2.5.1 Regulering av likebehandlingsregler i tariffavtale	27
3 Likebehandlingsreglenes samlede lønnsbegrep	30
3.1 Introduksjon	30
3.1.1 Et begrenset rettskildebilde	30
3.1.2 Lønnsbegrepet etter forarbeidene – kort beskrevet	31
3.1.3 Et grunnleggende tolkningsspørsmål	32
3.2 Forarbeidenes gjennomgang av omfattede ytelser	33
3.3 Tilføyelsen av begrepet «utgiftsdekning»	35
3.4 Formålsbetraktninger	37
3.5 Andre lovers lønnsbegrep	39
3.5.1 Likestillings- og diskrimineringsloven	39

3.5.2	Ferieloven.....	40
3.5.3	Konklusjon	41
3.6	Avsluttende betraktninger: En legitim, utvidende tolkning.....	41
4	I kjølvannet av Manpower-dommen	43
4.1	Innledning.....	43
4.2	Momenter for vurderingen av det utvidede lønnsbegrepets nærmere anvendelsesområde.....	44
4.2.1	Hensynet til klarhet og forutsigbarhet.....	44
4.2.2	Hensynet til praktisk anvendelige regler	45
4.2.3	Hensynet til reell likebehandling og ytelsens størrelse	47
4.2.4	Avsluttende bemerkninger	50
5	Avsluttende betraktninger.....	51
	Kildeliste.....	53
	Lovgivning	53
	Forskrifter.....	53
	Forarbeider	54
	Internasjonale direktiver og traktater	54
	Rettspraksis	55
	Etterarbeider og høringsnotater.....	56
	Juridisk litteratur	57
	Bøker	57
	Artikler	57
	Elektroniske artikkelsamlinger.....	58
	Andre kilder.....	58

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og hypotese

Oppgavens tema er likebehandlingsprinsippet for innleide arbeidstakere. Oppgaven har et særlig fokus på innholdet og omfanget av det samlede lønnsbegrepet etter likebehandlingsreglene.¹ Vurderingen av lønnsbegrepet vil skje på bakgrunn av Høyesteretts avgjørelse i Manpower-dommen.²

Versaillestraktaten knesatte prinsippet om at «labour is not a commodity» i 1920.³

Utgangspunktet om at arbeidskraft ikke bør behandles som en handelsvare har vært gjenstand for store endringer i løpet av det 20. og 21. århundre.

I løpet av mindre enn 40 år har norsk regulering utviklet seg fra et totalt forbud mot all arbeidsleie, til å lovfeste en generell adgang til å drive utleie av alle typer arbeidskraft.⁴ Denne helomvendingen illustrerer at utleie av arbeidskraft er et omdiskutert konsept som stadig er gjenstand for utvikling.

I takt med at lovverket har utvidet adgangen til å drive med arbeidsutleie, har bemanningsbransjen vokst i omfang. Økt bruk av innleide ansatte kan bidra til å skape et mer fleksibelt arbeidsmarked og tilfredsstillende midlertidige behov for arbeidskraft.

Vekst i bemanningsbransjen fører imidlertid også til en økt bruk av innleide ansatte. Stor bruk av innleid arbeidskraft kan gå på bekostning av målet om et velfungerende arbeidsmarked hvor faste ansettelser er hovedregelen.⁵ Økning i omfanget av arbeidsutleie skaper videre en situasjon hvor arbeidskraft i større grad betraktes som en handelsvare, med den effekt at arbeidernes arbeids- og ansettelsesvilkår blir mer påvirket av markedskreftene enn ved ordinære ansettelsesforhold. Dette kommer av at både innleier og utleier har økonomiske interesser i å presse ned utgiftene tilknyttet arbeidsleien. Denne situasjonen har ført til

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) § 14-12 a første ledd bokstav f.

² HR-2018-1037-A (Manpower-dommen).

³ Ann Cecilie Bergene og Keith D. Ewing, «Vikarbyrådirektivet: liberalisering eller likebehandling?» *Søkelys på arbeidslivet*, 2015, Volum 32 (01/02) s. 137-157, (s. 137).

⁴ Prop. 74 L (2011-2012) Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv.) (heretter «Prop. 74 L (2011-2012)») s. 22.

⁵ Prop. 74 L (2011-2012) s. 8.

utfordringer tilknyttet økonomisk utnyttelse av vikarbyråansatte, større risiko for sosial dumping, og et inntog av useriøse aktører i bemanningsbransjen.⁶

Innføringen av likebehandlingsprinsippet i norsk rett var ment å imøtegå disse utfordringene ved å sikre likebehandling av lønns- og arbeidsvilkår og bedre de vikarbyråansattes rettigheter. Likebehandlingsprinsippet er lovfestet i arbeidsmiljølovens § 14-12 a, som gjennomfører Norges forpliktelser etter Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/104/EF av 19 november 2008 om vikararbeid (senere Vikarbyrådirektivet eller Direktivet).

Korrekt implementert skal reglene føre til bedre lønns- og arbeidsforhold for vikarbyråansatte. Det er imidlertid ikke helt avklart hvilke ytelser som skal omfattes av ansettelses- og arbeidsvilkårene underlagt lovens likebehandlingskrav. Det er særlig behov for avklaring hva gjelder innholdet og omfanget av likebehandlingsreglenes lønnsbegrep. Lønnsbegrepets innhold er ikke tilstrekkelig avklart gjennom arbeidsmiljøloven og Direktivet, og det finnes ikke noe generelt og enhetlig lønnsbegrep i norsk rett som gir veiledning i vurderingen.

I Manpower-dommen av juni 2018 ble imidlertid lønnsbegrepets nærmere innhold og omfang tatt opp til vurdering for Høyesterett. Saken gjaldt spørsmål om reisegodtgjørelser var omfattet av likebehandlingskravet for «lønn og utgiftsdekning» etter arbeidsmiljøloven § 14-12 a første ledd bokstav f. Avgjørende for vurderingen var hvordan det samlede lønnsbegrepet skulle forstås etter gjeldende rett.

Høyesterett kom enstemmig til at reisegodtgjørelsen skulle ansees som «lønn» etter arbeidsmiljøloven. Oppgaven vil vise at Manpower-dommen med dette legger til grunn en formålsrettet, utvidende tolkning av arbeidsmiljølovens lønnsbegrep.

Oppgavens hypotese er at Høyesteretts avgjørelse i Manpower-dommen på en legitim måte utvider rammene for lønnsbegrepets omfang i forhold til forståelsen lagt til grunn i tidligere teori og praksis.

Formålet med oppgaven er primært å undersøke om denne hypotesen stemmer. I kapittel 1.7 viser jeg hvordan Høyesterett legger til grunn en utvidende tolkning av lønnsbegrepet etter likebehandlingsreglene. Deretter vil oppgaven vurdere om Høyesteretts utvidende tolkning av lønnsbegrepet er holdbar, sett hen til de øvrige rettskildene på området.

⁶ Prop. 74 L (2011-2012) s. 8.

1.2 Definisjoner

Det må innledningsvis foretas en avklaring av hyppig brukte uttrykk.

Vikarbyrå

Med vikarbyrå menes enhver virksomhet som har til formål å drive utleie av arbeidskraft. Definisjonen som brukes i oppgaven er den samme som anvendes i arbeidsmiljølovens § 14-12 første ledd.⁷ Ordet «vikar» gir henvisning på en bestemt arbeidsutøvelse tilknyttet substitutt av andres arbeid. Det er klart at ikke alle utleide vikarbyråansatte fungerer som vikarer i sitt arbeid hos innleiebedriften. Ordet «bemanningsbyrå» kan dermed virke som en mer passende betegnelse på virksomheter som driver med arbeidsutleie. Betegnelsen «vikarbyrå» brukes likevel ofte i lovens forarbeider, den danske oversettelsen av Vikarbyrådirektivet,⁸ samt arbeidsmiljølovens ordlyd.⁹ Oppgaven vil derfor ta i bruk både vikarbyrå, bemanningsbyrå og bemanningsforetak som betegnelse, uten at dette har noen rettslig betydning. Å benytte alle tre betegnelser er mer praktisk, da de ulike kildene oppgaven bygger på benytter seg av flere ulike betegnelser på vikarbyråvirksomhet.

Vikarbyråansatt

Med vikarbyråansatt menes enhver arbeidstaker som er ansatt i et vikarbyrå, når formålet med ansettelsen er at vedkommende skal leies ut til en innleievirksomhet for å midlertidig utføre arbeidsoppgaver under innleiers tilsyn og ledelse. Definisjonen er ikke ment å omfatte fast ansatte som kun arbeider direkte i vikarbyrået, enten som ledd i administrasjonen, ledelsen eller liknende. Definisjonen som brukes i oppgaven tar utgangspunkt i Vikarbyrådirektivets definisjon av en «vikaransatt».¹⁰ I oppgaven brukes betegnelsene vikarbyråansatt, vikaransatt, innleid ansatt eller innleid arbeidstaker om hverandre, uten at dette har noen rettslig betydning.

⁷ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

⁸ Den danske oversettelsen av Direktivet kan finnes på <https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DA&f=ST%2010599%202008%20REV%202> (sist besøkt 31.05.2019).

⁹ Aml. § 1-7 andre ledd bokstav c.

¹⁰ Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2008/104/EF om vikararbeid (heretter «Vikarbyrådirektivet») artikkel 3 nr. 1 bokstav c.

Innleiebedrift

Med innleiebedrift menes enhver juridisk eller fysisk person som leier inn arbeidskraft fra en utleievirksomhet. Innleiebedriften skal føre tilsyn med den innleide ansatte, og fungere som en leder for denne under innleieperioden. Begrepet innleiebedrift er ikke definert i arbeidsmiljøloven. I arbeidsmarkedsloven § 25 betegnes en innleiebedrift som en «oppdragsgiver» i relasjon til vikarbyrået.¹¹ Denne betegnelsen er imidlertid noe snever, da den ikke sier noe om innleiebedriftens relasjon til den innleide ansatte. Oppgavens definisjon bygger derfor på Vikarbyrådirektivets definisjon av en «brugervirksomhet».¹²

Direkte ansatte

Med direkte ansatte menes de faste eller midlertidig ansatte hos innleiebedriften som er ansatt direkte av innleier selv. Begrepet brukes for å skille mellom innleide ansatte fra vikarbyrå og de øvrige ansatte i innleiebedriften.

1.3 Avgrensninger

Utleie fra produksjonsbedrift

Arbeidsmiljølovens § 14-12 regulerer innleie av arbeidskraft fra vikarbyråer. Loven definerer vikarbyrå som en «virksomhet som har til formål å drive utleie».¹³ Likebehandlingsprinsippet og de administrative kravene som følger av aml. § 14-12 a til c kun gjør seg dermed kun gjeldende for vikarbyrå.

Innleie fra produksjonsbedrifter reguleres arbeidsmiljøloven § 14-13. Her defineres produksjonsbedrifter som en «virksomhet som ikke har til formål å drive utleie». Innleie av arbeidskraft fra produksjonsbedrifter er dermed ikke bundet av likebehandlingsprinsippet og de administrative kravene som følger av aml. § 14-12 a til c

¹¹ Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven).

¹² Vikarbyrådirektivet artikkel 3 nr. 1 bokstav d.

¹³ Se også Prop. 74 L (2011-2012) s. 27.

Den ulike reguleringen fører til at produksjonsbedrifter i praksis kan leie ut arbeidskraft for en lavere sum enn et vikarbyrå kan.¹⁴ Bedrifter kan derfor ønske å fremstå som produksjonsbedrifter når de i realiteten er bemanningsbyråer, grunnet potensialet for økonomisk vinning. På denne måten kan likebehandlingsreglenes inntreden i det norske arbeidsmarkedet ha betydning for skillet mellom produksjonsbedrifter og vikarbyrå.

Det avgjørende spørsmålet når man skal skille mellom vikarbyrå og produksjonsbyråer er hvorvidt selskapet «har til formål å drive utleie» av arbeidskraft.¹⁵ For at virksomheten skal ansees som en produksjonsbedrift etter aml. § 14-13 må den innleide arbeidstakeren være fast ansatt i produksjonsbedriften og utleie må skje innenfor de samme fagområdene som utgjør utleiers «hovedbeskjeftigelse». Utleieaktiviteten kan videre ikke omfatte mer enn 50 prosent av de fast ansatte. Ordlyden indikerer at terskelen for å finne at virksomheten «ikke har til formål å drive utleie» er høy.

Det er viktig å anerkjenne det praktisk viktige skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter, samt være klar over terskelen for å trekke opp et slikt skille. Likebehandlingsreglene gjelder imidlertid ikke for produksjonsbedrifter. Oppgaven avgrenses derfor mot å gå nærmere inn på skillet mellom vikarbyrå og produksjonsbedrifter enn den korte gjennomgangen som er gitt her.

Entreprise

Likebehandlingsprinsippet gjør seg kun gjeldende ved utleie av arbeidskraft fra vikarbyråer.¹⁶ Dersom et bemanningsbyrå ikke leier ut slik arbeidskraft, men leverer en mer omfattende tjeneste eller en entreprise, vil likebehandlingsprinsippet ikke få anvendelse på forholdet. At likebehandlingsprinsippet ikke gjør seg gjeldende for entreprisekontrakter kan skape et økonomisk insentiv for å maskere en ordning som et entrepriseforhold når den i realiteten er en avtale om arbeidsinnleie.

Det må dermed skilles mellom arbeidsutleie og entreprise. Entreprise kjennetegnes ved at arbeidstakerens utfører sitt arbeid under arbeidsgiverens eller utleiebyråets ledelse, mens det ved vikarbyråarbeid hovedsakelig vil være oppdragsgiver som leder og organiserer arbeidet.

¹⁴ Jakhelln, Aune, Kroken og Lenth (red.), www.arbeidsrett.no, Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12 a, note 3. Sist besøkt 04.04.2019.

¹⁵ Sammenlign aml. § 14-12 første ledd første setning og aml. § 14-13 første ledd første setning.

¹⁶ Aml. § 14-12 a.

Det avgjørende momentet i vurderingen av om det foreligger et entrepriseoppdrag eller arbeidsutleie, er hvorvidt arbeidsgiveren som stiller arbeiderne til disposisjon også tar på seg ansvaret for arbeidsresultatet.¹⁷ Andre relevante momenter for entreprisevurderingen er hvem som eier arbeidsverktøyet, hvem som har ansvar for å organisere arbeidet og arbeidstiden, samt hvordan godtgjørelsen for arbeidet skjer.¹⁸

Oppgavens hovedfokus er imidlertid det nærmere innholdet av likebehandlingsprinsippet. Da likebehandlingsreglene ikke får anvendelse på entrepriseforhold, avgrenses oppgaven mot å gå nærmere inn på dette skillet.

1.4 Begrepsavklaring: Utleie av arbeidskraft

Oppgaven kan ikke redegjøre for omfanget av likebehandlingsreglenes lønnsbegrep og den nyanserte reguleringen av arbeidsutleie uten å avklare hva som ligger i begrepet utleie av arbeidskraft.

Arbeidsmiljøloven kapittel 14 regulerer arbeidsinnleie, men inneholder ingen definisjon av begrepene innleie eller utleie av arbeidskraft. Begrepet utleie er imidlertid legaldefinert i Arbeidsmarkedslovens § 25 andre ledd, som lyder:

«Med utleie av arbeidstakere menes leie av arbeidstakere fra en arbeidsgiver (utleier) til en oppdragsgiver (innleier) der de innleide er underlagt oppdragsgivers ledelse.»

Utleie av arbeidskraft defineres som at en utleiebedrifts arbeidstakere stilles til disposisjon for en innleiebedrift eller oppdragsgiver på en slik måte at arbeidstakerne er underlagt oppdragsgiverens ledelse og styring.¹⁹

Bestemmelsen gir anvisning på en trepartskonstellasjon hvor det foreligger et ansettelsesforhold mellom den utleide arbeidstakeren og utleierbedriften, samt et alminnelig kontraktsforhold mellom utleierbedriften og innleiebedriften. Måten vikarbyråarbeid organiseres på avviker fra det tradisjonelle arbeidsrettslige topartsforholdet mellom en

¹⁷ HR-2018-2371-A (Norwegian-saken)

¹⁸ RG. 2004 s. 105 (Frostating) (Maritim montasje)

¹⁹ Jakhelln, Aune, Kroken og Lenth (red.), www.arbeidsrett.no, Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, note 2.

arbeidsgiver og en fast ansatt. Trepartskonstellasjonen fører til en oppdeling av de arbeidsrettslige pliktene og rettighetene som springer ut av arbeidskontrakten.²⁰

Den vikarbyråansatte er i et formelt ansettelsesforhold med vikarbyrået. Vikarbyrået anses som en ordinær arbeidsgiver etter aml. § 1-8. Vikarbyrået skal dermed sørge for at arbeidsgiverpliktene som fremkommer av arbeidsmiljøloven blir overholdt, jf. aml. § 2-1. Arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern gjør seg også gjeldende for ansettelsesforholdet mellom den vikarbyråansatte og vikarbyrået. Hovedregelen i aml. § 14-9 om fast ansettelse gjør seg dermed gjeldende for ansettelser innad i vikarbyrå, likevel slik at midlertidige ansettelser kan aksepteres der vilkårene for dette er til stede.²¹

Det foreligger ingen direkte rettslig forbindelse mellom den vikarbyråansatte og innleiebedriften vedkommende arbeider for i utleieperioden. Ved tradisjonelle ansettelsesforhold nyter arbeidsgiveren en alminnelig rett til å «organisere, lede, kontrollere og fordele» den ansattes arbeid.²² Trepartskonstellasjonen fører imidlertid til at denne ulovfestede styringsretten fordeles mellom vikarbyrået og innleiebedriften. Innleier har dermed rett til å føre tilsyn med og instruere den innleide arbeidstakeren under innleieforholdet. Innleier har også ansvar for å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø i tråd med aml. § 2-2, samt å sørge for at den vikarbyråansattes arbeidstid følger reglene arbeidsmiljølovens kapittel 10.

Forholdet mellom innleiebedriften og vikarbyrået er et alminnelig kontraktsrettslig forhold, og partene har avtalefrihet både hva gjelder arbeidsutleiens pris og varighet.²³ Utgangspunktet om avtalefrihet mellom vikarbyrået og innleiebedriften medfører imidlertid ikke at adgangen til arbeidsleie er ubegrenset eller uregulert.

1.4.1 Kort om reguleringen av arbeidsleie

Innleie av arbeidskraft

²⁰ Jacob Falsner, *Den europæiserede vikar – Arbejdsretlige problemstillinger vedrørende vikarer – for brukervirksomheder, vikarbureauer og vikarer*, København 2016 s. 17.

²¹ Se aml. § 14-9 andre ledd. Se for øvrig Rt. 2005 s. 826 (Braathen) for en vurdering av vilkårene for lovlig midlertidig ansettelse.

²² Rt. 2008 s. 856 (Theatercafe) (avsnitt 34 om den ulovfestede styringsretten)

²³ Prop. 74 L (2011-2012) s. 27.

Aml. § 14-12 første ledd jf. § 14-9 andre ledd lovfester den viktigste begrensningen på innleie av arbeidskraft fra bemanningsbyråer. Regelen dikterer at innleie av arbeidskraft kun er tillatt i samme utstrekning som innleievirksomheten har adgang til å avtale midlertidig ansettelse etter § 14-9 andre ledd bokstav a-e. Det er verdt å merke seg at den vilkårsløse adgangen til midlertidig ansettelse for en periode på inntil tolv måneder i aml. § 14-9 andre ledd bokstav f ikke gjør seg gjeldende for innleie av arbeidskraft.²⁴

De mest praktiske unntakene for arbeidsleie gis i § 14-9 andre ledd bokstav a og b.²⁵

Unntakene innebærer at arbeidsinnleie kan aksepteres dersom arbeidet er av en «midlertidig karakter» eller utføres «i stedet for en annen eller andre», som ved et vikariat. Dette omfatter også tilfeller der arbeidet som skal utføres, skiller seg fra det som ordinært utføres i innleievirksomheten.²⁶

Regelen viser at innleiebedrifter ikke kan gjøre bruk av arbeidsinnleie når som helst, men må begrense bruken til tilfeller hvor det er et konkret behov.

Formålet med den begrensede adgangen til arbeidsinnleie er å hindre omgåelse av reglene om midlertidig ansettelse.²⁷ At innleie og midlertidig ansettelse tillates i samme utstrekning, skal sørge for at ordningene forblir alternative og bidra til å hindre misbruk av innleiereglene på bekostning av direkte, midlertidige ansettelser. Dette er med på å sikre målet om et arbeidsmarked med fokus på faste, direkte ansettelser i topartsforhold.

Utleie av arbeidskraft

Adgangen til å drive utleie av arbeidskraft er regulert i arbeidsmarkedsloven § 27 om utleie av arbeidstakere.²⁸ Virksomheten som leier ut arbeidstakere, kan for det første ikke nekte en arbeider å «ta arbeid hos en innleier» etter at ansettelsesforholdet hos utleier er avsluttet. For det andre kan en arbeidstaker ikke leies ut til en tidligere arbeidsgiver dersom det er mindre enn seks måneder siden ansettelsesforholdet var avsluttet. Til sist har virksomheten ikke rett til å kreve at arbeidstakeren betaler for utleietjenestene.

²⁴ Aml. § 14-12 første ledd.

²⁵ Prop. 74 L (2011-2012) s. 27.

²⁶ Prop. 74 L (2011-2012) s. 27.

²⁷ Prop. 74 L (2011-2012) s. 43.

²⁸ Arbeidsmarkedsloven § 27.

Nærmere vilkår for driften av vikarbyrå følger av Forskrift 4. juni 2008 nr. 541 om bemanningsforetak.²⁹ Forskriften dikterer at bemanningsforetaket må være registrert som et aksje- eller allmennaksjeselskap i Norge eller et annet EØS-land, eventuelt at det kan stilles garantier for at vikarbyråets egenkapital tilsvare minstekravene for aksjekapital.³⁰ Forskriften innfører også en meldeplikt for vikarbyrået til Arbeidstilsynet, slik at bedriften kan registerføres i tråd med forskriftens §§ 5 og 6. Overtredelse av forskriften kan i ytterste konsekvens medføre straff etter arbeidsmarkedslovens § 30.³¹

Gjennomgangen viser at lovverket stiller strenge krav til både innleiebedriften og til bemanningsbyrået hva gjelder adgangen til å drive med arbeidsleie.

1.4.2 Avsluttende om begrepet utleie av arbeidskraft

Vikarbyråarbeid organiseres i en trepartskonstellasjon som avviker fra den tradisjonelle arbeidsorganiseringen med to parter; en arbeidsgiver og en arbeidstaker. Denne utradisjonelle organiseringen av arbeidet medfører utfordringer som ikke enkelt lar seg løse basert på lovgivning som er ment å regulere et tradisjonelt arbeidsforhold. Dette viser at organiseringen av vikarbyråarbeid på noen områder nødvendiggjør egen regulering. Da trepartskonstellasjonen medfører en oppdeling av pliktene og rettighetene som utspringer av arbeidskontrakten, gjelder behovet for egen regulering særlig ved spørsmål tilknyttet den vikarbyråansattes rettigheter og hvem som er ansvarlig for disse.

Et av formålene bak reglene om likebehandling av innleide arbeidstakere er nettopp å bøte på disse utfordringene tilknyttet bemanningsvirksomhet - å beskytte innleide arbeidstakeres rettigheter, samt å bedre deres vilkår som ansatte.³²

1.5 Rettskildesituasjonen

De mest relevante rettskildene for å avklare likebehandlingsprinsippets nærmere innhold og omfang er arbeidsmiljølovens lovtekst, forarbeider og forskrifter.

²⁹ Forskrift 4. juni 2008 nr. 541 om bemanningsforetak.

³⁰ Forskrift om bemanningsforetak, § 2 jf. § 3.

³¹ Forskrift om bemanningsforetak, § 11.

³² Prop. 74 L (2011-2012) s. 10.

Forarbeidene Prop. 74 L (2011-2012) og Innst. 326 L (2011-2012) er de mest sentrale forarbeidene for oppgavens vurdering av likebehandlingsprinsippets omfang, da de tar for seg gjennomføringen av vikarbyrådirektivet i norsk lov. Noen utfyllende regler om likebehandlingsprinsippet er fastsatt i forskrift, og vil brukes dersom de er relevante.³³

Verken Høyesterett eller underinstansene har i særlig grad tatt stilling til det konkrete omfanget av likebehandlingsreglene. Det vil naturligvis ses hen til Manpower-dommen om likebehandling av lønnsvilkåret, samt annen relevant høyesteretts- og underrettspraksis. Likebehandlingsprinsippets omfang er likevel på ingen måte entydig avklart gjennom nasjonal rettspraksis.

Bestemmelsene om likebehandling i arbeidsmiljøloven gjennomfører Norges forpliktelser etter Vikarbyrådirektivet.³⁴ Vikarbyrådirektivet er et minimumsdirektiv vedtatt med hjemmel i TEUF artikkel 153.³⁵ Direktivet er ment å gjennomføres ved transformasjon og tilpasses nasjonal lovgivning i hver enkelt medlemsstat.³⁶ Særlig definisjonen av lønnsbegrepets omfang og innhold skal basere seg på nasjonale kilder.³⁷ Da Arbeidsmiljøloven gjennomfører Vikarbyrådirektivet ved transformasjon og ikke inkorporasjon, skal det ved tolkning av reglene tas utgangspunkt i den norske lovteksten og de norske lovforarbeidene.

Presumsjonsprinsippet dikterer imidlertid at nasjonal lovgivning så langt det lar seg gjøre skal tolkes i tråd med Norges internasjonale forpliktelser.³⁸ Dette stemmer også med EU-rettens prinsipp om direktivkonform fortolkning.³⁹ Vikarbyrådirektivet og eventuell praksis fra EU-domstolen vil dermed få betydning som tolkningsfaktor ved vurderingen av likebehandlingsreglenes omfang og innhold.

Europakommisjonens ekspertgruppe la i 2011 frem en rapport angående gjennomføringen av Vikarbyrådirektivet (Kommisjonsrapporten).⁴⁰ Kommisjonsrapporten fungerer som en veileder for hvordan reglene i Direktivet skal tolkes og forstås. Rapporten har på samme måte

³³ Se eksempelvis Forskrift 11. januar 2013 nr. 33 om innleie fra bemanningsforetak, angående taushetsplikt.

³⁴ Vikarbyrådirektivet artikkel 5 nr. 1 jf. artikkel 3 nr. 1.

³⁵ Traktaten Om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (heretter «TEUF») artikkel 153.

³⁶ Vikarbyrådirektivet artikkel 9 nr. 1.

³⁷ TEUF artikkel 153 nr. 5.

³⁸ Christian N. K. Franklin, «Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning» *Jussens Venner* 2012 s. 269-317 (s. 269). Se også Rt. 2010 s. 1445 (avsnitt 133).

³⁹ Rt. 2011 s. 1811 (s. 1817).

⁴⁰ Europakommisjonen, «Transposition of Directive 2008/104/EC on temporary agency work – report on the work of the expert group» August 2011 (heretter «Kommisjonsrapporten»).

Funnet på <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=706&langId=en&intPageId=207> under «Implementation»(sist besøkt 22.05.19)

som etterarbeider en begrenset selvstendig rettskildeverdi. Likevel har rapporten fått en viss retningsgivende rolle i praksis. Den nevnes i flere teoretiske fremstillinger av likebehandlingsreglene⁴¹ og departementet bruker rapporten som argumentasjonskilde ved flere anledninger i arbeidsmiljølovens forarbeider.⁴² Særlig på bakgrunn av forarbeidenes bruk av uttalelser fra Kommisjonsrapporten, vil den også brukes som argumentasjonskilde der det passer i denne oppgaven.

Arbeidsdepartementet publiserte i 2012 en veileder tilknyttet forståelsen av de nye likebehandlingsreglene.⁴³ Dokumentet er å anse som et etterarbeid, en kilde som tradisjonelt har begrenset rettskildemessig vekt. Departementets synspunkter i veiledningen kan imidlertid fort bli retningsgivende i praksis, og det vil derfor ses hen til veiledningen som en tolkningsfaktor der det passer i oppgaven.⁴⁴

1.6 Manpower-dommens lønnsbegrep

Jeg vil innledningsvis gi en oversikt over saksforholdet i Manpower-dommen, og redegjøre kort for hvorfor det kan hevdes at dommen legger til grunn en utvidende tolkning av lønnsbegrepet etter likebehandlingsreglene.

1.6.1 Sakens gang

En vikarbyråansatt fra bemanningsbyrået Manpower AS var leid ut som skrankemedarbeider til Statens vegvesen. Det faste arbeidsstedet var Tønsberg trafikkstasjon, men noen dager måtte alle ansatte i Vegvesenet arbeide i Larvik. Både innleide og direkte ansatte mottok kjøregodtgjørelse som dekket de direkte utgiftene tilknyttet kjøreturen fra sitt bosted til Larvik.

⁴¹ Thomas Keiserud og Kristine R. Vartdal, «De nye innleiereglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14 – praktiske tolknings- og gjennomføringsspørsmål» *Arbeidsrett*, 2013 Volum 10 nr. 1, s. 147-179 (s. 151) og Tine Eidsvaag, «Fleksibilitet overfor fleksible arbeidstakere?», *Arbeidsrett* 2018 Volum 15 nr. 2 s. 135–163 (s. 147).

⁴² Se eksempelvis Prop. 74 L (2011-2012) s. 53, 55, 56 og 61.

⁴³ Arbeids- og sosialdepartementet, «EUs vikarbyrådirektiv – gjennomføring i norsk rett fra 1.1.2013» (heretter «Veiledningen») sist oppdatert 06.07.2018, hentet fra <https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/arbeidsmiljo-og-sikkerhet/innsikt/vikarbyradirektivet/eus-vikarbyradirektiv--gjennomforing-i-n/id709611/> (sist besøkt 20.05.19)

⁴⁴ Keiserud og Vartdal, *op.cit.*, s. 150.

De direkte ansatte ved Statens Vegvesen mottok imidlertid også godtgjørelse for selve reisetiden til Larvik. Reisegodtgjørelsen var basert på timelønn, og ble ytt for den faktiske tiden det tok å reise dit. De ansatte kunne alternativt velge å avspasere reisetiden time for time. Den innleide ansatte mottok ikke slik reisegodtgjørelse. Spørsmålet for Høyesterett var om reisegodtgjørelsen skulle likebehandles etter aml. § 14-12a første ledd bokstav f.

1.6.2 Høyesteretts vurdering av lønnsbegrepet

Det springende punkt for Høyesterett var om reisegodtgjørelser faller innenfor den typen ytelser som skal likebehandles etter lønnsbegrepet i arbeidsmiljøloven § 14-12 a første ledd bokstav f.

Høyesterett kom enstemmig til at den aktuelle reisegodtgjørelsen falt inn under lovens lønnsbegrep og skulle likebehandles etter aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.

Avgjørende var om lønnsbegrepet skal tolkes snevert, slik at det kun omfatter vederlag tilknyttet selve utførelsen av arbeidet, eller om det skal legges til grunn en utvidende tolkning basert på formålet bak regelen, slik at også andre typer ytelser fra arbeidsgiver enn rene vederlag for arbeid kan anses omfattet av lønnsbegrepet.

Den sentrale kilden for å fastsette lønnsbegrepets innhold er arbeidsmiljølovens forarbeider. Utgangspunktet etter forarbeidene er «alt vederlag for arbeid» omfattes av lønnsbegrepet etter arbeidsmiljøloven § 14-12 a første ledd bokstav f.⁴⁵ Departementet lister også opp flere ulike ytelser som anses omfattet av lønnsbegrepet, og foretar en del avgrensninger mot ytelser som ikke skal omfattes.

Høyesterett foretar en relativt detaljert vurdering av forarbeidenes uttalelser og hvilket omfang for lønnsbegrepet disse gir anvisning på. Jeg vil gå nærmere inn på forarbeidsuttalelsene og Høyesteretts tolkning av disse i oppgavens tredje del.

Etter en omfattende vurdering av forarbeidsuttalelsene, legger Høyesterett til grunn at lønnsbegrepet omfatter mer enn rene vederlag for arbeid, og at formålet om å sikre reell likebehandling har vært styrende for avgrensningen av lønnsbegrepet.⁴⁶ Høyesterett

⁴⁵ Prop. 74 L (2011-2012) s. 55 og s. 105.

⁴⁶ Manpower-dommen, avsnitt 33.

konkluderer med at forarbeidene legger opp til et «relativt vidt anvendelsesområde, med reell likebehandling som siktemål». ⁴⁷

Tidligere teori og praksis har motsetningsvis lagt til grunn at lønnsbegrepet etter forarbeidsuttalelsene skal tolkes snevert, slik at det kun omfatter rene vederlag for arbeid. ⁴⁸

Manpower-dommen legger altså til grunn en utvidende, formålsrettet tolkning av lønnsbegrepets omfang, og tolkningen avviker fra forståelsen som er lagt til grunn i tidligere teori og praksis.

1.7 Fremstillingen videre

Siktemålet for den videre fremstillingen er å avklare om Høyesteretts utvidende tolkning av lønnsbegrepet holder vann.

I oppgavens andre del vil jeg redegjøre for likebehandlingsprinsippets innhold og anvendelsesområde på et generelt grunnlag. Dette skaper nødvendig kontekst for den videre vurderingen av lønnsbegrepet og Høyesteretts utvidende tolkning av dette.

Opgavens tredje del vil ta for seg lønnsbegrepets innhold og omfang etter gjeldende rett. Relevante rettskilder vil tolkes og sammenholdes med Høyesteretts vurdering av lønnsbegrepet etter Manpower-dommen.

Den fjerde delen av oppgaven vurderer hvilken innvirkning Høyesteretts utvidende tolkning av lønnsbegrepet har på likebehandlingsregelens samlede anvendelsesområde.

Avslutningsvis vil det foretas en selvstendig vurdering, de lege ferenda, av om det er behov for endringer eller avklaringer i rettsstilstanden som følge av det utvidede lønnsbegrepet lagt til grunn i Manpower-dommen.

⁴⁷ Manpower-dommen, avsnitt 41.

⁴⁸ Se for eksempel Keiserud og Vartdal, *op.cit.*, s. 158-159, eller Bergene og Ewing, *op.cit.*, s. 145. Se også TOSLO-2016-15486 - TOSLO-2015-34731 (Oslo Tingrett) (s. 9).

2 Generelt om likebehandlingsprinsippet

2.1 Reguleringen av likebehandlingsprinsippet

Likebehandlingsprinsippet er nedfelt i arbeidsmiljøloven § 14-12 a om likebehandling av lønn- og arbeidsvilkår ved utleie fra bemanningsforetak. Bestemmelsens første ledd lyder:

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

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

Bestemmelsen dikterer i grove trekk at vikarbyråansattes lønns- og arbeidsvilkår mist skal tilsvare de vilkår vedkommende ville ha fått ved direkte ansettelse hos innleier for å utføre samme arbeid.⁴⁹

Likebehandlingsreglene i arbeidsmiljøloven ble inntatt som et ledd i gjennomføringen av Norges forpliktelser etter Vikarbyrådirektivet.⁵⁰ Vikarbyrådirektivets artikkel 5 nr. 1 jf. artikkel 3 nr. 1 knesetter prinsippet om likebehandling av innleide arbeidstakere. Direktivets artikkel 5 nr. 1 første ledd lyder:

«De væsentlige arbeids- og ansættelsesvilkår, der gælder for vikaransatte under deres udsendelse til en brugervirksomhed, skal mindst svare til dem, der ville være

⁴⁹ Jakhelln, Aune, Kroken og Lenth (red.), www.arbeidsrett.no, kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, note 2.

⁵⁰ Lov 22. juni 2012 nr. 33 om endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere mv.)

gældende, hvis de vikaransatte havde været ansat direkte af denne virksomhed til udførelse af samme arbejdsopgave.»

Definisjonen av hva som er «væsentlige arbeids- og ansættelsesvilkår» reguleres i Direktivets artikkel 3 nr. 1 bokstav f. Her heter det at:

«arbejds- og ansættelsesvilkår fastsat i henhold til love og administrative bestemmelser, kollektive overenskomster og/eller andre bindende generelle bestemmelser, der gælder i brugervirksomheden, vedrørende:

- i) arbejdstidens længde, overarbejde, pauser, hvileperioder, natarbejde, ferie og helligdage*
- ii) aflønning.*

Vilkårene underlagt likebehandlingskravet etter Direktivets bestemmelser er hovedsakelig de samme som etter arbeidsmiljølovens § 14-12 a. Direktivets regulering er imidlertid bare et minimumskrav for likebehandlingsprinsippet omfang, og på noen områder går det norske regelverket lenger enn Direktivet i sin beskyttelse av de innleide arbeidstakerne. For det første krever arbeidsmiljøloven at både arbeidstidens «lengde og plassering» likebehandles, mens Vikarbyrådirektivet kun krever likebehandling av arbeidstidens «lengde». Lovgiver kom til at likebehandlingskravet også må omfatte arbeidstidens plassering av hensyn til å sikre reell likebehandling. Dersom en innleid arbeidstaker eksempelvis utelukkende får de minst gunstige vaktene i en turnusordning og dette ikke omfattes av lovens likebehandlingskrav, sikres ikke formålet om reell likebehandling på en tilstrekkelig måte.⁵¹

For det andre krever den norske reguleringen ikke bare likebehandling av «lønn», men også «utgiftsdekning». Dette er et forhold Direktivet ikke nevner under likebehandlingsreguleringen. Oppgaven vil gå nærmere inn på likebehandlingskravet tilknyttet utgiftsdekning under punkt 3.3.

⁵¹ Se Prop. 74 L (2011-2012) s. 54. Se også Arbeidsdepartementet, «Høringsnotat - Høring om konsekvenser av Vikarbyrådirektivet» 2010 s. 28. (Senere «Høringsnotatet av 2010»). Funnet på https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ad/publikasjoner/hoeringer/2010/ams/vikarbyraadirektivet/horin_gsnodat_horing_om_konsekvenser_av_vikarbyraadirektivet.pdf (sist besøkt 26.05.19).

2.2 Formål

Etter Vikarbyrådirektivet

Vikarbyrådirektivet har to hovedformål. For det første har Direktivet et uttalt siktemål om å beskytte vikarbyråansatte og styrke kvaliteten av vikarbyråarbeid ved å innføre likebehandlingsprinsippet.⁵²

Det andre målet er å fjerne restriksjoner på bemanningsbransjen og sikre anerkjennelse av vikarbyråenes rolle i arbeidsmarkedet. Det antas at å liberalisere reguleringen av bemanningsbransjen vil føre til økt økonomisk aktivitet, både nasjonalt og internasjonalt.⁵³ Å styrke vikarbyråenes rolle i arbeidsmarkedet kan også bidra til et mer tilpasningsdyktig arbeidsmarked, med større rom for fleksibilitet for arbeidsgivere og arbeidstakere.⁵⁴

At Vikarbyrådirektivet søker å liberalisere reguleringen av bemanningsbransjen samtidig som det skal styrke vernet av vikarbyråansatte, kan i utgangspunktet virke motstridende.

Vikarbyrådirektivets formål tilknyttet liberalisering og anerkjennelse av vikarbyråer som arbeidsgivere, fører imidlertid ikke bare med seg friere rammer for utøvelse av vikarbyråvirksomhet. For sikre at liberaliseringen av regelverket ikke går på bekostning av ønsket om stabil økonomisk vekst, må det samtidig sørges for en viss ansvarliggjøring og økt grad av seriøsitet i bemanningsbransjen. Innføringen av likebehandlingsprinsippet har forsøkt å skape disse stabile rammene, ved å kreve at vikarbyråene opptrer mer som en ordinær arbeidsgiver og sikrer de utleide ansattes rettigheter. En forbedring av vikarbyråansattes rettigheter kan som nevnt ikke skje uten at ansvaret for å sikre disse rettighetene tydeliggjøres. På denne måten supplerer og korrigerer de to formålene hverandre.

Etter norsk rett

I arbeidsmiljølovens forarbeider uttaler Departementet at norsk arbeidsrett har behov for «reguleringer som sikrer likebehandling av innleide med direkte ansatte på viktige områder», uavhengig av Direktivets krav.⁵⁵ Det uttrykkes særlig et behov for å organisere vilkårene for

⁵² Bergene og Ewing, *op.cit.*, side 144.

⁵³ Vikarbyrådirektivet artikkel 2.

⁵⁴ Karl Riesenhuber, *European Employment Law - A Systematic Exposition*, Cambridge 2012 s. 466.

⁵⁵ Alte Sønsteli Johansen og Einar Stueland, *Arbeidsmiljøloven – kommentarer og praksis*, Oslo 2015 s. 650.

og omfanget av arbeidsinnleie på en slik måte at disse ikke «undergraver målene om et arbeidsmarked med en hovedvekt på faste og direkte ansettelse». ⁵⁶

Forarbeidsuttalelsen viser at hovedformålet med lovfesting av likebehandlingsprinsippet er å sikre forsvarlig drift av bemanningsbransjen, hindre reell forskjellsbehandling og sikre et effektivt vern av vikarbyråansatte. Direktivets mål om å skape økt økonomisk aktivitet og flere muligheter for fleksibelt arbeid fremstår ikke som avgjørende når en leser arbeidsmiljølovens forarbeider.

Det uttales imidlertid at det ved innføringen av likebehandlingsprinsippet ikke er noe mål i seg selv å vanskeliggjøre driften av vikarbyråer, eller å hindre vekst i bemanningsbransjen. Reglene er også ment å ivareta praktiske hensyn for å sikre etterlevelse og gjennomføring av likebehandlingskravene.

2.3 Likebehandlingsprinsippets innhold og virkeområde.

Arbeidsmiljøloven § 14-12 a første ledd lovfester likebehandlingsprinsippet etter norsk rett. Etter bestemmelsen skal den innleide ansatte «minst» sikres «de vilkår som ville ha kommet til anvendelse» dersom vedkommende «hadde vært ansatt hos innleier for å utføre samme arbeid».

Vikarbyrået er pliktsubjektet etter bestemmelsen, og skal sørge for at likebehandlingsreglene i arbeidsmiljølovens kapittel 14 blir fulgt. Selv om hovedansvaret for likebehandlingen påhviler vikarbyrået i egenskap av å være arbeidsgiver, lovfester arbeidsmiljøloven også visse plikter for innleiebedriften. Innleier har opplysningsplikt overfor vikarbyrået hva gjelder nødvendig informasjon for å sikre likebehandling. ⁵⁷ Innleier er også solidarisk ansvarlig for eventuelle ytelser den ansatte har krav på etter likebehandlingsprinsippet, men ikke mottar etter forsøk på å kreve vikarbyrået. ⁵⁸

Vikarbyrået skal blant annet sørge for likebehandling av de lønns- og arbeidsvilkårene som er opplistet i aml. § 14-12 a første ledd. Likebehandlingskravet gjelder vilkår vedrørende arbeidstidens lengde og plassering, varighet og plassering av pauser og hvileperioder, overtidsarbeid, nattarbeid, feriepenge og fridager, lønn og utgiftsdekning samt rett til bruk av

⁵⁶ Se oppgavens kapittel 1.4.1.

⁵⁷ Aml. § 14-12 b første ledd.

⁵⁸ Aml. § 14-12 c.

felles goder og tjenester. Det fremkommer av lovens forarbeider at denne oppstillingen av lønns- og arbeidsvilkår er uttømmende.⁵⁹ Vilkår og ytelser som ikke er oppført i listen, kan dermed ikke kreves likebehandlet etter bestemmelsen.

Etter aml. § 14-12 a skal den innleide arbeidstakerens «minst» sikres likebehandling av vilkårene som listes opp i bestemmelsen. Ordlyden indikerer at vikarbyråets likebehandlingsplikt etter bestemmelsen er et minimumskrav. Den norske reguleringen hindrer dermed ikke vikarbyrået i å gi den vikarbyråansatte bedre vilkår enn vedkommende ville ha fått ved direkte ansettelse hos innleiebedriften.

Det følger videre av Vikarbyrådirektivets artikkel 9 nr. 1 at Direktivet ikke er til hinder for at medlemsstater kan innføre lover, nasjonale tariffavtaler eller andre administrative bestemmelser som gir vikarbyråansatte bedre eller sterkere rettigheter enn etter Direktivet. At Direktivet ikke legger bånd på mulighetene for å styrke vikarbyråansattes rettigheter nasjonalt, uttrykkes også tydelig i arbeidsmiljølovens forarbeider⁶⁰ og i hjemmelen for Direktivets vedtakelse.⁶¹

Vikarbyrådirektivets artikkel 4 nr. 1

Reguleringer som styrker vikarbyråansattes rettigheter vil imidlertid ofte innebære restriksjoner på adgangen til arbeidsleie. For å sikre at formålet tilknyttet økt liberalisering ikke lider for mye, fremkommer det av Direktivets artikkel 4 nr. 1 at nasjonale forbud mot og restriksjoner på vikarbyråarbeid må kunne begrunnes i «allmenne hensyn» for å aksepteres etter direktivet.⁶²

Hensynene som begrunner reguleringen må enten knytte seg til beskyttelse av vikarbyråansatte, krav til «sundhed og sikkerhed» på arbeidsplassen, eller behov for å sikre et velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbruk.⁶³ Hensynene er omfattende, og åpner for selvstendige vurderinger på nasjonalt plan av hvilke rettigheter som kan aksepteres.

En sak for EU-domstolen fra 2015 gjaldt spørsmål om virkeområdet av begrensningen i artikkel 4 nr. 1.⁶⁴ En finsk tariffavtale bestemte at arbeidsinnleie kun var tillatt ved

⁵⁹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 51.

⁶⁰ Prop. 74 L (2011-2012) s. 21.

⁶¹ TEUF artikkel 153.

⁶² Tine Eidsvaag, *op.cit.*, side 146.

⁶³ Vikarbyrådirektivets artikkel 4 nr. 1.

⁶⁴ EU-domstolens sak C-533/13, *AKT v. SAF*, ECLI:EU:C:2015:173.

midlertidige eller andre spesifikke behov. Spørsmålet var om bestemmelsene i den aktuelle tariffavtalen utgjorde en begrensning på arbeidsutleie som ikke kunne aksepteres etter Vikarbyrådirektivets artikkel 4 nr. 1, samt om dette momentet kunne påberopes ved finske domstoler for å ugyldiggjøre tariffavtalen.⁶⁵ Tariffavtalebestemmelsene har likhetstrekk med de norske begrensningene på innleie av arbeidskraft i aml. § 14-12, jf. § 14-9.⁶⁶

I sin avgjørelse tydeliggjorde EU-domstolen to viktige aspekter ved anvendelsen av artikkel 4 nr. 1. Artikkelen pålegger for det første ikke nasjonale domstoler å se bort ifra eller unnlate å anvende lover de mener strider med Direktivets artikkel 4 nr. 1. Artikkelen er dermed kun bestemmende for de lovgivende myndighetene i medlemslandet. For det andre forplikter artikkel 4 nr. 1 myndighetene både til å vurdere om nasjonal lovgivning begrenser vikarbyråbransjen på måter som ikke kan rettferdiggjøres, samt å fjerne eller endre den aktuelle lovgivningen dersom slike begrensninger identifiseres.

Vurderingen av om nasjonal lovgivning begrenser eller forbyr vikarbyråarbeid på en måte som ikke kan aksepteres etter artikkel 4 nr. 1, skal dermed kun foretas av lovgivende myndighet. Direktivets artikkel 4 nr. 1 krever ikke at nasjonale domstoler tilsidesetter eller unnlater å bruke lovgivning som strider med artikkel 4 nr. 1. Plikten til fjerning eller endring av lovverket påhviler lovgivende myndighet alene. Artikkelen illustrerer at Vikarbyrådirektivet ikke gir nasjonale myndigheter en ubetinget rett til å styrke de vikarbyråansattes rettigheter nasjonalt.

Vikarbyrådirektivets forhold til Utsendingsdirektivet

En videre begrensning av Vikarbyrådirektivets virkeområde fremkommer i Direktives fortale.⁶⁷ Her uttales det at Vikarbyrådirektivet skal gjennomføres på en måte som ikke «berører» eller påvirker reglene nedfelt i Utsendingsdirektivet.⁶⁸

Utsendingsdirektivet sikrer at arbeidstakere som sendes ut for å jobbe i et annet land får visse lønns- og arbeidsvilkår slik disse fremkommer av vertslandets lover, forskrifter og eventuelle tariffavtaler som er allmenngjort etter nærmere bestemte regler.⁶⁹ Utsendte arbeidstakere kan

⁶⁵ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat M. Szpunar, sak C 533/13, *AKT v. SAF*, ECLI:EU:C:2014:2392

⁶⁶ Andreas van den Heuvel, «Restriksjoner på innleie av arbeidskraft i finsk tariffavtale» *Nytt i privatretten* 2015, 17. årgang nr. 2 s. 1-2 (s. 1).

⁶⁷ Vikarbyrådirektivets fortale (avsnitt 22).

⁶⁸ Europaparlaments- og Rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (utsendingsdirektivet).

⁶⁹ Utsendingsdirektivet artikkel 3.

imidlertid ikke kreve bedre arbeidsvilkår enn de som fremgår av Direktivets bestemmelser. Et vertsland kan heller ikke styrke vernet av utsendte arbeidstakere på deres territorier gjennom lovfesting av flere rettigheter, med mindre reglene kan begrunnes under henvisning til «offentlig orden».⁷⁰

Terskelen for å utvide utsendte arbeidstakeres rettigheter illustreres ved en sak for EFTA-domstolen mellom ESA og Island.⁷¹ EFTA-domstolen fant at Island hadde misligholdt sine forpliktelser etter Utsendingsdirektivet ved å ikke fjerne en regulering som påla bedrifter å gi utsendte arbeidstakere rett til lønn under sykefravær. Domstolen kom til at slike vederlag går utover rammene av «mindsteløn» etter Utsendingsdirektivets artikkel 3 nr. 1. Reguleringen kunne heller ikke rettferdiggjøres under henvisning til «offentlig orden». Island hadde dermed gått for langt i å styrke vernet av utleide arbeidstakere, og reguleringen kom i konflikt med Utsendingsdirektivets formål om å sikre fri flyt av tjenester.⁷²

Utgangspunktet er at Vikarbyrådirektivets bestemmelser ikke skal gå foran eller tilsidesette Utsendingsdirektivets bestemmelser, Vikarbyrådirektivets regler om likebehandling av innleide arbeidstakere gjelder imidlertid for alle vikarbyråansatte som jobber i Norge, uavhengig av hvilket land vikarbyrået er etablert i.⁷³ Vikarbyråansatte som leies ut til Norske virksomheter kan dermed kreve slike lønns- og arbeidsvilkår som følger av likebehandlingsprinsippet etter Vikarbyrådirektivet og arbeidsmiljøloven, og disse vil ofte gi flere rettigheter enn Utsendingsdirektivet. Vikarbyrådirektivet gjør dermed ingen innhugg i Utsendingsdirektivets virkeområde, men det kan i visse tilfeller gi utsendte arbeidstakere bedre rettigheter enn Utsendingsdirektivet selv gjør.

Direktivet åpner også for flere mulige unntak fra likebehandlingsprinsippet. Etter artikkel 5 nr. 2 kan unntak gjøres dersom den innleide arbeidstakeren får fast ansettelse med garantilønn, og slik sikres økonomisk mellom oppdragene. Videre hjemler artikkel 5 nr. 3 muligheten for å avtale unntak ved tariffavtale, dersom et generelt beskyttelsesnivå for de innleide arbeidstakerne respekteres.⁷⁴ Denne unntaksadgangen er også lovfestet i aml. § 14-12 a tredje ledd. I 2015 fastsatte Arbeids- og sosialdepartementet en forskrift om adgang til å

⁷⁰ Utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 10.

⁷¹ Sak E-12/10, *ESA mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 117

⁷² Sak E-12/10, avsnitt 56.

⁷³ Se aml. § 1-7 og forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere § 2 første ledd.

⁷⁴ Keiserud og Vartdal, *op.cit.*, s 150.

fravike likebehandlingsprinsippet ved tariffavtale.⁷⁵ Forskriften medfører at likebehandlingsprinsippet kan fravikes dersom den aktuelle tariffavtalen gjelder for vikarbyrået og er inngått med en fagforening med minst 10 000 medlemmer.

Oppgaven vil videre redegjøre for vurderingen av hvilke lønns- og arbeidsvilkår den innleide ansatte kan kreve likebehandlet i det enkelte tilfelle, og hvordan disse vilkårene fastsettes. Fastsettelse av lønnsvilkår er særlig relevant som kontekst for vurderingen av oppgavens hypotese, og vil derfor behandles særskilt.

2.4 Vurderingsgrunnlag for fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår.

En innleid arbeidstaker har rett på likebehandling av «de vilkår som ville kommet til anvendelse» dersom vedkommende var direkte ansatt i innleiebedriften for å utføre samme arbeid, jf. aml. § 14-12 a.

Utgangspunktet etter denne bestemmelsen er at det skal foretas en «reell vurdering» av hvilke vilkår den ansatte «mest sannsynlig» ville ha fått ved direkte ansettelse hos innleier.⁷⁶ Vurderingen skal foretas av vikarbyrået for hver enkelt utleide ansatte, og fordrer at innleievirksomheten oppfyller sin informasjonsplikt etter aml. § 14-12b.

For å kunne vurdere hvilke lønns- og arbeidsvilkår den innleide ansatte ville hatt ved direkte ansettelse hos innleier, må innleiers systemer for fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår anvendes.

Etter Vikarbyrådirektivets artikkel 3 nr. 1 skal anvendelsen av likebehandlingsprinsippet skje på grunnlag av de lønns- og arbeidsvilkår som gjelder hos innleier, som også er fastsatt i henhold til «love og administrative bestemmelser, kollektive overenskomster og/eller andre bindende generelle bestemmelser» som binder brukervirksomheten. Direktivets ordlyd indikerer at innleide ansatte kun har krav på likebehandling av vilkår som skriver seg av generelle bestemmelser som innleier må forholde seg til ved fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår for sine egne ansatte. Dette tilsier at kun vilkår fastsatt i lov, tariffavtaler og

⁷⁵ Forskrift av 6. juli 2015 nr. 874 om adgang til ved tariffavtale å fravike reglene om likebehandling ved utleie fra bemanningsforetak.

⁷⁶ Prop. 74 L (2011-2012) s. 54-55.

andre bindende bestemmelser som gjelder generelt på arbeidsplassen skal utgjøre vurderingsgrunnlaget for innleide arbeidstakeres rettigheter.

En tilvarende ordlyd ble opprinnelig foreslått av Departementet i høringsrunden. Forslaget gikk ut på at likebehandlingsprinsippet kun skulle omfatte lønns- og arbeidsvilkår som var «fastsatt i lovgivning, administrative bestemmelser, tariffavtaler og/eller bindende generelle bestemmelser som gjelder i virksomheten».⁷⁷

Formuleringen «andre bindende generelle bestemmelser» burde ifølge Departementet forstås som alle bestemmelser som gjelder generelt i innleiebedriften, og som brukes av innleier for å fastsette lønns- og arbeidsvilkår til direkte ansatte. Departementet ønsket at også vilkår som var ensidig fastsatt av arbeidsgiver skulle være retningsgivende, såfremt de gjaldt på generell basis. Eksempler på slike vilkår er regler eller rutiner innad i bedriften som gjelder alle arbeidstakere, eventuelt en nærmere fastsatt gruppe arbeidstakere som oppfyller visse kriterier. Det ble videre fastholdt at rettigheter som kun fremkommer i individuelle arbeidsavtaler eller andre personlige goder, ikke skulle omfattes av vurderingsgrunnlaget.

Etter høringsrunden i 2011 kom departementet likevel til at denne formuleringen ikke kunne inntas i lovens ordlyd, da den gav anvisning på et for snevert anvendelsesområde for likebehandlingsreglene. I høringsrunden ble det påpekt at «generelt bindende bestemmelser» etter en naturlig forståelse av lovens ordlyd, ikke ville omfatte ensidig fastsatte bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår på arbeidsplassen, for eksempel i bedriftens personalhåndbok. Slike bestemmelser kan fritt endres av innleievirksomhetens egen ledelse, og er dermed ikke naturlig forstått som «bindende».

Bestemmelsens ordlyd kunne dermed gi inntrykk av et mer snevert vurderingsgrunnlag enn departementet hadde ment.

Departementet la dermed til grunn at ordlyden skulle tas ut av loven. Det ble bestemt at det avgjørende ved vurderingen av fastsettelse av vilkår var at «alle relevante generelle bestemmelser» som gjaldt på tidspunktet for innleie, skulle bli tatt hensyn til.

Hvorvidt bestemmelsen strengt tatt er bindende for innleiebedriften eller ensidig kan endres av dem, er dermed ikke avgjørende ved fastsettelsen av den vikarbyråansattes lønns- og arbeidsvilkår.⁷⁸ Dette kommer av hensynet til å sikre reell likebehandling av de innleide og

⁷⁷ Høringsnotatet av 2010 s. 28..

⁷⁸ Prop. 74 L (2011-2012) s. 52.

direkte ansatte. Dersom innleier og utleier kunne unnslippe krav om likebehandling av vikarbyråansatte bare ved å vise til at de direkte ansattes lønns- og arbeidsvilkår var fastsatt i bestemmelser som ensidig kunne endres av innleier, ville dette åpne for mulige omgørelser av likebehandlingsregelen og skape et reelt skille mellom innleide og direkte ansatte. At innleier har adgang til å endre bestemmelsene som arbeidernes rettigheter er fastsatt i, er dermed irrelevant. Vilkår fastsatt i slike bestemmelser er relevante for fastsettelsen av vikarbyråansattes lønns- og arbeidsvilkår «inntil de faktisk er endret».⁷⁹

Disse utgangspunktene for fastsettelse av vilkår er nå lagt til grunn i lovens etterarbeider, Veiledningen. Her legges det til grunn at fastsettelsen av innleide ansattes lønns- og arbeidsvilkår skal ta utgangspunkt i «hva som følger av lover/forskrifter, tariffavtaler, bedriftsinterne retningslinjer og fast praksis som gjelder hos innleier».⁸⁰

2.4.1 Fastsettelse av lønnsvilkår spesielt

Ved fastsettelse lønnsvilkår må det i tillegg til momentene over tas utgangspunkt i innleiebedriftens prinsipper for lønnsfastsettelse. Slike prinsipper vil typisk omfatte en vurdering av arbeidstakerens erfaring, ansiennitet og kompetansenivå.⁸¹

En situasjon som kan oppstå ved fastsettelsen av lønnsvilkårene, er en mangel på generelle regler om lønnsfastsettelse i innleiebedriften. Spørsmålet blir om vikarbyrået også er pliktig å sikre likebehandling av den vikarbyråansattes lønnsvilkår når det ikke finnes noen objektive kriterier i innleiebedriften å fastsette lønnsvilkårene ut i fra.

Vikarbyrådirektivets artikkel 3 nr. 1 oppstiller et utgangspunkt om at kun formelt bindende kriterier for innleievirksomheten er relevante for vurderingen av hvilke vilkår som skal likebehandles.

Kommisjonens ekspertgruppe uttaler at dersom det verken foreligger bindende generelle bestemmelser eller kollektive avtaler som regulerer lønn, kan medlemslandene ta utgangspunkt i en «going rate» eller markedspris for arbeidet som utføres.⁸² Dersom det ikke

⁷⁹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 52.

⁸⁰ Veiledningen under «lønns- og arbeidsvilkår – generelt».

⁸¹ Jakhelln, Aune, Kroken og Lenth (red.) – www.arbeidsrett.no, Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12 a, note 7.

⁸² Kommisjonsrapporten, s. 18-19.

finnes noen markedspris som er anvendelig for tilfellet, legger imidlertid ekspertgruppen til grunn at vikarbyrået ikke er «bound by any specific wage level» ved lønnsfastsettelsen.⁸³

Direktivet åpner altså opp for vurdering av mindre formelle kilder, eksempelvis markedspris, ved fastsettelse av lønnsvilkår etter likebehandlingsprinsippet. Likevel kreves det ikke at likebehandlingsprinsippet også skal komme til anvendelse i situasjoner hvor det verken foreligger markedspris, lov, bindende generelle bestemmelser eller kollektive avtaler som regulerer lønnsvilkårene for bedriften.

Norsk rett går noe lenger enn Direktivet i å verne den innleide arbeidstakeren ved fastsettelse av lønnsvilkår. Fastsettelsen av vurderingsgrunnlaget etter norsk rett er ikke like tett bundet opp mot objektive kriterier. Dersom likebehandlingsprinsippet ikke gis anvendelse i situasjoner hvor det mangler objektive kriterier for fastsettelse av lønnsvilkår i innleiebedriften, vil dette åpne for omgåelse av reglene. Det vil også gi et økonomisk insentiv til mindre regulering i virksomheter som ofte leier inn arbeidstakere. En slik løsning ville stride med formålet om reell likebehandling av innleide og direkte ansatte.

Departementet legger derfor til grunn at det ved manglende objektive kriterier for lønnsfastsettelse skal foretas en «hypotetisk vurdering» av hvilke lønnsvilkår innleievirksomheten sannsynligvis ville tilbudt den innleide arbeidstakeren.⁸⁴ Et relevant moment i denne hypotetiske vurderingen er «hvilke vederlag for arbeid eventuelle arbeidstakere i innleievirksomheten som utfører tilsvarende arbeid eller sammenlignbart arbeid, faktisk mottar».⁸⁵ Dette utgangspunktet har blitt modifisert i lovens etterarbeider. I Veiledningen legges det til grunn at den innleide arbeidstakeren skal «likebehandles med seg selv som direkte ansatt».⁸⁶ Det skal kun «tas hensyn til» hvilken lønn andre ansatte mottar dersom deres arbeid, kompetanse, erfaring og mer kan sammenlignes med den vikarbyråansattes.

Den innleide ansattes lønnsvilkår skal altså vurderes ut ifra hva vedkommende ville fått dersom arbeideren selv, med sine egenskaper, sin kompetanse og sin erfaring hadde blitt ansatt direkte hos innleier i innleieperioden. Den innleide ansatte skal likebehandles «med seg selv» som en hypotetisk direkte ansatt.

⁸³ Kommisjonsrapporten, s. 18.

⁸⁴ Prop. 74 L (2011-2012) s. 53.

⁸⁵ Prop. 74 L (2011-2012) s. 53.

⁸⁶ Veiledningen under «Hva innebærer lovendringene og likebehandlingsprinsippet?»

Sammenholdt legger lovens forarbeider og etterarbeider opp til at det skal foretas en individuelt tilpasset og relativt skjønnspreget vurdering av hvilke lønnsvilkår den vikarbyråansatte har krav på etter likebehandlingsprinsippet. Forarbeidene viser at vikarbyrået må tillates en viss skjønnsmargin ved fastsettelsen av hvilke vilkår som gjelder for den utleide arbeidstakeren. Det kreves likevel at bemanningsbyrået faktisk har foretatt en *reell vurdering* av hvilke vilkår den ansatte mest sannsynlig ville ha fått dersom vedkommende var direkte ansatt i innleiebedriften.⁸⁷

2.5 Likebehandlingsprinsippets forhold til tariffestede likebehandlingsregler

Et grunnleggende trekk ved den norske arbeidsrettstradisjonen er at arbeidstakers rettigheter ikke utelukkende reguleres i individuelle arbeidsavtaler og preseptorisk lovgivning. Det finnes også en lang tradisjon for at lønns- og arbeidsvilkår reguleres i store, kollektive tariffavtaler. Likebehandlingsprinsippets innhold og tilhørende administrative krav er også gjengitt i flere tariffavtaler.

Tariffavtaledekningen i Norge er høy, med omtrent 100 prosent dekning i offentlig sektor og nesten 60 prosent innen privat sektor.⁸⁸ Tariffavtaler er ufravikelige i den forstand at individuelle arbeidsavtaler blir ugyldige dersom de strider med en tariffavtale som binder begge parter i arbeidsforholdet.⁸⁹ I motsetning til lovfastsatte regler som verner arbeidere, vil avvik fra tariffavtalen være ugyldig uavhengig av om de er til arbeidstakers gunst eller skade.

Tariffestede bestemmelser spiller altså en særegen og praktisk viktig rolle innen norsk arbeidsrett, og det er ikke uvanlig at arbeidsrettslige spørsmål er overlappende regulert gjennom individuelt forhandlede arbeidsavtaler, tariffavtaler og lov. Samspillet mellom tariffregulerte bestemmelser og lovens krav er dermed en viktig del av konteksten likebehandlingsreglene inngår i.

2.5.1 Regulering av likebehandlingsregler i tariffavtale.

⁸⁷ Prop. 74 L (2011-2012) s. 53.

⁸⁸ Hotvedt, Marianne Jenum, «Tariffavtaler, rettsutvikling og organisasjonsfrihet» *Lov og rett* 2017 s. 86-109 (s. 86).

⁸⁹ Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven) § 7.

Norske tariffavtaler legger vanligvis til grunn de samme kravene som følger av lovtekst. Dette illustreres ved at Industriooverenskomsten av 2018-2020,⁹⁰ den någjeldende tariffavtalen for bemanningsbransjen, avtalefester det samme likebehandlingskravet som følger av arbeidsmiljøloven.⁹¹ Så fremt de innleide arbeidstakere utfører arbeid omfattet av overenskomstens virkeområde, kan likebehandlingskravet etter aml. § 14-12 a gjøres direkte gjeldende etter tariffavtalen.⁹²

Partene til en tariffavtale kan også velge gå lenger i sitt vern av innleide ansatte enn det som følger av loven. Det kan for eksempel avtales mer detaljerte eller utvidede krav i tilknytning til innleiers opplysningsplikt eller vikarbyråets innsynsrett etter aml. § 14-12b første ledd.

Likebehandlingsreglene kan imidlertid også fravikes ved tariffavtale, dersom og i den utstrekning departementet bestemmer dette i forskrift.⁹³ I 2015 ga departementet en forskrift som bestemmer at arbeidsmiljølovens likebehandlingsregler kan fravikes ved tariffavtale, dersom avtalen inngås med en fagforening med innstillingsrett.⁹⁴

Det fremkommer av arbeidsmiljølovens forarbeider at adgangen til å fravike likebehandlingsreglene ved tariffavtale er omfattende. Forarbeidene legger til grunn at det kan avtales unntak fra alle de ulike likebehandlingsreglene etter både Direktivet og arbeidsmiljøloven.⁹⁵ Formålet med den vide adgangen er at partene i arbeidslivet skal kunne finne funksjonelle og praktiske løsninger, tilpasset arbeidet som skal utøves i den aktuelle bransjen.⁹⁶

Adgangen til å avtale unntak fra likebehandlingsprinsippet avbalanseres imidlertid ved at loven krever at et generelt beskyttelsesnivå av de vikarbyråansatte i alle tilfelle må respekteres.⁹⁷ Kravet må forstås i sammenheng med lovgivers formål om å forbedre kvaliteten på vikarbyråarbeid ved innføringen av likebehandlingsprinsippet. Adgangen til å avtale unntak fra likebehandlingsreglene gis under en forutsetning om at tariffavtalen innfører

⁹⁰ Industriooverenskomsten av 2018-2020, § 2.3, funnet på <https://www.norskindustri.no/siteassets/dokumenter/tariffavtaler/2018/industriooverenskomsten-2018-2020.pdf>. (sist besøkt 02.06.19)

⁹¹ Industriooverenskomstens fellesbilag 8 punkt 1.3.

⁹² Industriooverenskomsten § 2.3 jf. § 1.1.

⁹³ Aml. § 14-12 a tredje ledd. Se også Nils H. Storeng, Tom H. Beck og Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, Oslo 2014, s. 141-144.

⁹⁴ Forskrift 6. juli 2015 nr. 874 om adgang til ved tariffavtale å fravike reglene om likebehandling ved utleie fra bemanningsforetak.

⁹⁵ Prop. 74 L (2011-2012) s. 61.

⁹⁶ Kommisjonsrapporten, s. 24.

⁹⁷ Aml. § 14-12 a tredje ledd.

rettigheter som kompenserer for og avbalanserer de beskyttelselementene blir fjernet eller begrenset gjennom avtalen.⁹⁸

Det har i skrivende stund ikke blitt inngått noen norsk tariffavtale som hjemler fravikelse av likebehandlingsreglene etter arbeidsmiljøloven.⁹⁹ Når en slik overenskomst eventuelt blir fremforhandlet, kan en nærmere vurdering av om tariffavtalen ivaretar det generelle vernet av de utleide arbeidstakerne bli nødvendig.

⁹⁸ Arbeids- og sosialdepartementet, «Høring om endringer i arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse og inn-/utleie fra bemanningsforetak», (Juni 2014) (Heretter Høringsnotat av 2014), punkt 7.5. Funnet på: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/asd/dokumenter/2014/horing_ams/midlertidig_ansettelse_mm.pdf (sist besøkt 02.06.19)

⁹⁹ Se Arbeidsrettens dom av 3. april 2017, AR-2017-13, Saksnummer 16/2016, som gjaldt spørsmål om den daværende Industriooverenskomsten hadde tariffestet en adgang til å fravike likebehandlingsreglene. Ordlyden i den daværende og någjeldende overenskomsten er identisk.

3 Likebehandlingsreglenes samlede lønnsbegrep

3.1 Introduksjon

Oppgavens overordnede siktemål er å undersøke om Høyesteretts utvidende tolkning av lønnsbegrepet etter aml. § 14-12 a første ledd bokstav f holder vann. For å kunne svare på dette skal jeg i denne delen av oppgaven vurdere hvilket innhold og omfang lønnsbegrepet har etter gjeldende rett. Funnene vil holdes opp mot Høyesteretts utvidende tolkning.

3.1.1 Et begrenset rettskildebilde

Lønn er et av de grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkårene som skal likebehandles etter Vikarbyrådirektivet artikkel 5 nr. 1 jf. artikkel 3 nr. 1. Direktivet inneholder imidlertid ingen definisjon av lønn, og det uttrykkes klart i artikkel 3 nr. 2 at Direktivet ikke påvirker nasjonal lovgivning når det kommer til reguleringen av begrepet «lønn». Utgangspunktet etter Direktivet er dermed at hvert medlemsland skal anvende sitt sedvanlige lønnsbegrep ved implementeringen av Direktivets bestemmelser.

Arbeidsmiljøloven inneholder imidlertid ingen definisjon av lønnsbegrepet etter likebehandlingsreglene, og ordlyden av «lønn» gir i seg selv liten veiledning angående begrepets nærmere innhold og omfang.

Det finnes videre ikke noe enhetlig og generelt lønnsbegrep i norsk rett som kan gi veiledning ved fastsettelsen av lønnsbegrepets innhold.¹⁰⁰ De varierende definisjonene av lønn inntatt i ferieloven, dekningsloven, og foretakspensjonslovene illustrerer godt denne mangelen på et felles lønnsbegrep. Også diskrimineringsreglene i arbeidsmiljøloven¹⁰¹ gir en egen definisjon av lønn.¹⁰²

¹⁰⁰ Prop. 74 L (2011-2012) s. 55.

¹⁰¹ Aml. § 13-2 første ledd bokstav c.

¹⁰² Keiserud og Vartdal, *op.cit.*, s. 158.

Fastsettelse av lønnsvilkår etter norsk rett skjer primært gjennom individuelt forhandlede arbeidsavtaler eller ved større, kollektive tariffavtaler. Preseptorisk lovgivning regulerer sjelden detaljene for lønnsfastsettelse. I tråd med denne tradisjonen finnes det ingen generell, lovfestet minstelønn i norsk arbeidsrett.¹⁰³ Lønn- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskrift fungerer som ufravikelige minstekrav, men er utelukkende bindende for arbeidsforhold som omfattes av forskriften.¹⁰⁴ En forståelse av lønnsbegrepets innhold kan dermed ikke kan basere seg på et generelt minstelønnsbegrep.

Det finnes altså svært få rettskilder som kan gi veiledning for avgrensningen av lønnsbegrepets innhold etter norsk rett. Arbeidsmiljølovens forarbeidsuttalelser tilknyttet likebehandlingsreglene er dermed den mest sentrale rettskilden for å fastsette innholdet og omfanget av lønnsbegrepet.

3.1.2 Lønnsbegrepet etter forarbeidene – kort beskrevet

Forarbeidene legger innledningsvis til grunn at antallet relevante rettskilder for å avklare lønnsbegrepets innhold er begrenset, som vist over. Departementet må dermed selv foreta en «nærmere avgrensning» av hvilket innhold og omfang lønnsbegrepet etter likebehandlingsreglene skal ha.¹⁰⁵

For å foreta denne avgrensningen gjengir Departementet innledningsvis Kommisjonens ekspertgruppe sine uttalelser om lønnsbegrepets omfang. Vikarbyrådirektivet berører som nevnt ikke nasjonal regulering av lønnsbegrepet. Kommisjonens ekspertgruppe uttaler likevel at de ikke «ser bort i fra» at EU-domstolen vil bruke lønnsdefinisjonen i TEUF artikkel 157 som «inspirasjon» ved fremtidige tolkninger av lønnsbegrepet etter Vikarbyrådirektivet.¹⁰⁶

Formålet med TEUF artikkel 157 er å sikre likebehandling av lønn mellom kvinner og menn.¹⁰⁷ Artikkel 157 nr. 2 definerer lønn slik:

«(...) den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbeidstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.»

¹⁰³ Prop. 74 L (2011-2012) s. 31.

¹⁰⁴ Prop. 74 L (2011-2012) s. 32.

¹⁰⁵ Prop. 74 L (2011-2012) s. 51.

¹⁰⁶ Kommisjonsrapporten, s 19-20.

¹⁰⁷ TEUF artikkel 157 nr. 1.

Rettspraksis fra EU-domstolen viser at artikkelen gir henvisning på et omfattende lønnsbegrep. Det omfatter alle ytelser, fordeler og goder som gis fra arbeidsgiver til arbeidstaker, enten det er i penger eller naturalia.¹⁰⁸ Tilknytningskravet etter artikkelen dikterer at det må finnes en forbindelse mellom den aktuelle ytelsen og *arbeidsforholdet som helhet*. Det er irrelevant om ytelsen klassifiseres som et vederlag for arbeid, en bonus eller noe annet. Arbeidsgivers formål med å gi ytelsen er også uten betydning. Det avgjørende er om ytelsen gis til arbeideren som en følge av arbeidsforholdet.¹⁰⁹

Etter en gjennomgang av denne artikkelen legger departementet til grunn at lønnsbegrepet som et utgangspunkt skal omfatte «alt vederlag for arbeid».¹¹⁰ Departementet lister deretter opp en rekke ytelser og vederlagstyper som omfattes av lønnsbegrepet, eksempelvis fastlønn, overtid, risikotillegg og mer. Det presiseres ikke om gjennomgangen skal anses som en uttømmende liste over omfattede ytelser eller ikke.

3.1.3 Et grunnleggende tolkningsspørsmål

Det finnes ulike oppfatninger om hvordan departementets utgangspunkt og gjennomgang av ytelser skal forstås. Forarbeidenes utgangspunkt om at lønnsbegrepet omfatter «alle vederlag for arbeid», gir ikke svar på hvordan lønnsbegrepet skal avgrenses.

Et alternativ er at «vederlag for arbeid» skal tolkes innskrenkende, slik at det kun gir rett til likebehandling av vederlag som kan knyttes direkte opp mot utførelsen av selve *arbeidet*. Tidligere juridisk teori og underrettspraksis har under noe tvil lagt til grunn at forarbeidsuttalelsene gir henvisning på et slikt snevert lønnsbegrep.¹¹¹

I Manpower-dommen la imidlertid Høyesterett til grunn et ganske annet tolkningsresultat. Høyesterett hevder at forarbeidsuttalelsene gir henvisning på et vidt lønnsbegrep hvor formålet om reell likebehandling er styrende for avgrensningen. Ved en slik utvidende, formålsrettet tolkning vil flere ytelser enn rene vederlag for arbeid være omfattet av lønnsbegrepet etter aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Høyesteretts tolkning er basert på tre hovedargumenter; en forståelse av at forarbeidenes liste over omfattede vederlag ikke var uttømmende, at hensynet til reell likebehandling tilsier et vidt anvendelsesområde, samt at

¹⁰⁸ Sak C-124/11 *Bundesrepublik Deutschland v Karen Dittrich, m.fl.*, ECLI:EU:C:2012:771, avsnitt 37.

¹⁰⁹ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Cruz Villalón, sak C-125/11 *Bundesrepublik Deutschland v Karen Dittrich m.fl.*, ECLI:EU:C:2012:398, fotnote 11.

¹¹⁰ Prop. 74 L (2011-2012) s. 55.

¹¹¹ Keiserud og Vartdal, *op.cit.*, s. 160.

tilføyelsen av begrepet «utgiftsdekning» ga henvisning på at likebehandlingsregelen var ment å omfatte mer enn bare vederlag for arbeid.

Hvilken tolkning av lønnsbegrepet som er riktig, vil måtte avgjøres etter en helhetlig tolkning av alle relevante momenter.

Oppgaven vil vurdere om forarbeidene har ment å fastsette et snevert lønnsbegrep som kun omfatter vederlag direkte knyttet opp mot selve arbeidsutførelsen, eller om en utvidende tolkning basert på lovens formål skal legges til grunn.

3.2 Forarbeidenes gjennomgang av omfattede ytelser

I forarbeidenes kapittel 8.3.7.2 lister Departementet opp en rekke ytelser som er omfattet av lønnsbegrepet etter likebehandlingsreglene.¹¹²

Departementet legger til grunn at lønnsbegrepet omfatter alt fast vederlag for utført arbeid, både i form av naturalia og pengeytelser. Faste «personlige tillegg» basert på kompetanse og erfaring skal også anses som fast vederlag for arbeid, så fremt den ansatte ville hatt rett på dem. Lønnsbegrepet knytter seg videre til «arbeidstid», og eventuelle tillegg for arbeid til «særlig ugunstig tid». Dette omfatter «også» uregelmessige tillegg «som for eksempel» overtidsbetaling, tillegg for ubekvem arbeidstid, skifttillegg og utkallingstillegg.¹¹³ Videre skal andre «uregelmessige tillegg» på bakgrunn av særskilte arbeidsforhold eller oppgaver omfattes. Dette kan «for eksempel» omfatte tillegg for risikofylt arbeid og smusstillegg. Likebehandling av vederlagene forutsetter naturligvis at den vikarbyråansatte ville hatt rett på dem ved direkte ansettelse hos innleier, se oppgavens punkt 2.3.1 om fastsettelse av lønnsvilkår.

Alle ytelsene som nevnes i departementets gjennomgang har en direkte tilknytning til selve utførelsen av arbeidet, arbeidstiden eller arbeidets karakter. Dersom gjennomgangen skal anses som en uttømmende liste over alle ytelser som skal omfattes av lønnsbegrepet, omfatter lønnsbegrepet etter forarbeidene kun ytelser som har en direkte tilknytning til arbeidsutførelsen. Dette vil klart trekke i retning av at lovgiver mente å legge til grunn et

¹¹² Prop. 74 L (2011-2012) s. 55.

¹¹³ Prop. 74 L (2011-2012) s. 55.

snevert lønnsbegrep, hvor det avgjørende ved vurderingen av lønnsbegrepets omfang er om den aktuelle ytelsen er et rent «vederlag for arbeid».

Departementet gjør imidlertid hyppig bruk av fraser som «blant annet», «for eksempel» og «også» i sin gjennomgang av omfattede vederlag. Dette tilsier at vederlagene som nevnes, er ment å være nettopp det; *eksempler* på ytelser som omfattes av lønnsbegrepet. Dette tilsier at også ytelsestyper som ikke nevnes i forarbeidene gjennomgang, kan omfattes av lønnsbegrepet.

Departementets gjennomgang av omfattede ytelser og opptjeningsmåter er videre detaljert og omfattende. Dette indikerer at lovgiver har forsøkt å adressere så mange spørsmål som kan oppstå i praksis som mulig. Dette kan tilsi at gjennomgangen er ment å fungere som en uttømmende liste over omfattede ytelser. Et lovforarbeid kan imidlertid ikke forventes å ta opp og vurdere alle situasjoner og tolkningsspørsmål som kan oppstå i praksis.¹¹⁴ At et forhold ikke nevnes i forarbeidene, kan derfor ikke uten videre tas til inntekt for at regelen ikke omfatter tilfellet.

Dette gjelder særlig for tilfeller hvor forarbeidene ikke eksplisitt uttrykker at reguleringen er uttømmende. Det finnes en klar oppfordring til å uttrykkelig presisere at en gjennomgang av omfattede forhold er uttømmende, dersom den skal oppfattes slik. Å tydelig formidle slik informasjon er viktig for forutberegnelighet, og for å sikre korrekt anvendelse av reglene. Departementet uttrykker imidlertid ikke på noe punkt i lovens forarbeider at gjennomgangen i kapittel 8.3.7.2 er ment å være uttømmende. Dette taler med tyngde for at gjennomgangen er ment som liste over praktiske eksempler, heller enn en uttømmende gjennomgang av lønnsbegrepets innhold.

Forarbeidene gjennomgang kan dermed ikke forstås som en uttømmende regulering av lønnsbegrepets omfang. Den må forstås som en liste over praktisk viktige ytelser som i alle fall omfattes av lønnsbegrepet. Listen vil kunne brukes som sammenligningsgrunnlag ved vurderingen av om andre, ikke omtalte ytelser skal omfattes av lønnsbegrepet etter bestemmelsen.

¹¹⁴ LA-2016-70793, s. 12

At gjennomgangen ikke er uttømmende, fører til at andre ytelser enn kun de opplistede kan omfattes av lønnsbegrepet etter likebehandlingsreglene. Dette trekker i retning av at lovgiver har ment å legge til grunn et lønnsbegrep som omfatter mer enn rene vederlag for arbeid.

3.3 Tilføyelsen av begrepet «utgiftsdekning»

Høyesterett legger til grunn at tilføyelsen av uttrykket «utgiftsdekning» i arbeidsmiljølovens ordlyd viser at lovgiver har ment at «mer enn bare vederlag for arbeid» skal likebehandles etter aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.

Oppgaven vil i det videre vurdere om tilføyelsen av begrepet «utgiftsdekning» kan forstås på denne måten.

Utgiftsdekning er en ytelse som gis arbeidstaker for å dekke eventuelle utgifter som har oppstått i forbindelse med arbeidsutførelsen. En arbeidsgiver vil eksempelvis dekke utgifter tilknyttet arbeidstøy, verktøy eller kost og losji ved arbeid utenfor fast arbeidssted.

Utgiftsdekninger er dermed ikke direkte vederlag for selve arbeidsutførelsen, og vil ikke naturlig omfattes av en tradisjonell, naturlig ordlydstolkning av begrepet «lønn».

Til tross for dette uttaler Departementet i et Høringsnotat fra 2010 at deres ønske er at arbeidsmiljølovens lønnsbegrep også skal omfatte vederlag for dekning av utgifter tilknyttet arbeidet. Det uttales at vederlag for «*kost, losji og arbeidstøy utgjør etter departementets vurdering viktige elementer i et lønnsbegrep med sikte på likebehandling.*» (min utheving)¹¹⁵ Bakgrunnen for at også utgiftsdekning skulle anses som lønn etter likebehandlingsreglene, var at «lønnsbegrepet må være så omfattende at det fører til reell likebehandling».¹¹⁶

Flere høringsinstanser påpekte imidlertid at vederlag tilknyttet utgiftsdekning ikke naturlig kunne innfortolkes i begrepet «lønn» slik det tradisjonelt har vært forstått. Et eksempel på en slik tradisjonell forståelse gis i Ferielovens forarbeider. Her uttales det at lønn eller arbeidsfortjeneste skal omfatte «*alt som er vederlag for en arbeidsprestasjon.*»¹¹⁷

Lønnsbegrepet etter ferieloven omfatter alle vederlag som kan anses som direkte eller indirekte betaling for en arbeidsprestasjon. Derimot omfattes *ikke* tillegg som knytter seg til utgifter ved kost og losji, arbeidstøy, verktøy og liknende.

¹¹⁵ Høringsnotatet av 2010, s. 28-29.

¹¹⁶ *Ibid.*, s. 28-29.

¹¹⁷ NOU 1982:12 Lov om ferie, kapittel 7.

Høringsinstansene på arbeidsgiversiden hevdet derfor at vederlag tilknyttet utgiftsdekning enten måtte falle utenfor likebehandlingsreglene, eller så måtte det fastsettes uttrykkelig i lovteksten at likebehandlingsregelen også omfattet slike vederlag. I frykt for at lønnsbegrepet ikke ville gis det omfanget som var tiltenkt dersom det kun pekte på likebehandling av «lønn», besluttet Departementet at utgiftsdekning skulle tas inn som et «selvstendig element» i lovteksten.¹¹⁸ Dette ble gjort for å klargjøre at utgiftsdekning, til tross for at det ikke er rent vederlag for arbeid, skulle omfattes av det samlede lønnsbegrepet som skal likebehandles etter aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.

At lovgiver velger å ta inn en vederlagstype som avviker fra den mer tradisjonelle forståelsen av lønnsbegrepets omfang, ble i Høyesteretts avgjørelse tatt til inntekt for at likebehandlingsreglene er ment å omfatte mer enn rent vederlag for arbeid.

Dette utgangspunktet kan imidlertid kritiseres noe. Lovgivers valg om å endre arbeidsmiljølovens ordlyd til å omfatte både «lønn og utgiftsdekning» trenger ikke å forstås som en utvidelse av lønnsbegrepets omfang. Dette kan ses som en presisering av at «utgiftsdekning» også skal likebehandles, til tross for at dette ikke egentlig er «lønn».¹¹⁹

Etter min mening må tilføyelsen av begrepet utgiftsdekning tolkes slik:

Departementets opprinnelige ønske var å sikre reell likebehandling av innleide arbeidstakere ved å sørge for at praktisk viktige ytelser tilknyttet utgiftsdekning var omfattet lønnsbegrepet etter likebehandlingsreglene. Da det ble klargjort i høringsrundene at det ikke var sikkert at utgiftsdekning naturlig ville innfortolkes som en del av begrepet «lønn», valgte Departementet å uttrykkelig lovfeste denne vederlagstypen. Målet med å ta utgiftsdekning inn som et selvstendig element, var å sikre at regelen om likebehandling av lønnsvilkår skulle få et tilstrekkelig vidt anvendelsesområde.

At utgiftsdekning ble fastsatt som et «selvstendig element» tilsier at tilføyelsen ikke kan tas til inntekt for en direkte utvidelse av begrepet «lønn» slik det tradisjonelt forstås. Det er imidlertid klart at lovgiver har ment å utvide virkeområdet og omfanget av likebehandlingskravet for lønnsytelser, slik det fremkommer av aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Kjernen av denne oppgavens vurdering ligger ikke i det tekniske skillet mellom begrepene lønn og utgiftsdekning. Oppgavens kjerne er en klargjøring av hvilke ytelser som

¹¹⁸ Prop. 74 L (2011-2012) s. 56.

¹¹⁹ LA-2016-70793, s. 13.

skal anses omfattet av likebehandlingsregelen i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f, og det samlede omfanget av lønnsbegrepet etter denne bestemmelsen.

Tilføyelsen av begrepet utgiftsdekning, sammenholdt med at forarbeidenes gjennomgang ikke uttømmende, viser at det er grunnlag for å si at likebehandlingsregelen i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f omfatter mer enn bare rene vederlag for arbeid. Dette taler for at Høyesteretts utgangspunkt om en utvidende tolkning av det samlede lønnsbegrepet er holdbar.

3.4 Formålsbetraktninger

I sin utvidende tolkning av lønnsbegrepet legger Høyesterett vekt på at formålet om reell likebehandling av vikarer og fast ansatte «ser ut til å ha vært styrende for avgrensningen» av lønnsbegrepets omgang.¹²⁰

I forarbeidenes kapittel 8.3.7.2 presiserer Departementet at måten innleide arbeidstakeres lønn opptjenes på og avlønningsformen som anvendes, ikke bør være avgjørende for om vederlaget skal omfattes av lønnsbegrepet etter likebehandlingsreglene. Det avgjørende for hvorvidt akkordlønn, prestasjonslønn og liknende ytelser skal likebehandles, er om den innleide arbeidstakeren ville hatt rett på den aktuelle avlønningsordningen ved direkte ansettelse hos innleier.¹²¹

Ved denne presiseringen legger forarbeidene avgjørende vekt på hva den vikarbyråansatte faktisk ville fått ved direkte ansettelse. Hensynet til å hindre omgåelse av reglene og sikre reell likebehandling antas å ligge til grunn for denne presiseringen av lønnsbegrepets innhold. En ordning hvor innleide arbeidstakere ikke har rett på samme lønn som direkte ansatte fordi innleievirksomheten bruker en utradisjonell avlønningsform som for eksempel akkordlønn, ville skape rom for omgåelse av likebehandlingsreglene. Innleier kunne da valgt å anvende avlønningsformer som ikke var omfattet av likebehandlingsreglene, slik at omfanget av vikarbyråansattes lønnskrav etter likebehandlingsreglene ble redusert. Ved å legge til grunn at den innleide har krav på likebehandling uavhengig av avlønningsform, lukkes døren for slike omgørelser, og hensynet til en reell likebehandling av innleide arbeidstakere styrkes.

¹²⁰ Manpower-dommen, avsnitt 33.

¹²¹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 56.

At avlønnsformen ikke bør være avgjørende for om ytelsen omfattes av lønnsbegrepet, illustrerer at hensynet til reell likebehandling av innleide ansatte har vært avgjørende ved forarbeidenes avgrensning av lønnsbegrepets omfang. Hensynet til reell likebehandling var også avgjørende for Departementets valg om at vederlag tilknyttet utgiftsdekning skulle likebehandles, som vist over. Dette taler for at hensynet til reell likebehandling har vært avgjørende for avgrensningen av lønnsbegrepets innhold, og at forarbeidene legger til grunn et vidt anvendelsesområde for likebehandlingsreglene i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.

Det er imidlertid ikke slik at alle avgrensninger av lønnsbegrepets innhold og omfang er basert på hensynet til ivaretagelse av reell likebehandling.

Som vist i oppgavens andre kapittel skal arbeidsmiljølovens likebehandlingsregler også ivareta praktiske hensyn. Dette er nødvendig for å sikre etterlevelse, samt å forhindre at likebehandlingsplikten som pålegges vikarbyråene blir urimelig tyngende eller umulig å etterleve. Likebehandlingsreglene skal være oversiktlige, praktiske og enkle å følge.¹²² Dette gjelder særlig ved fastsettelse av lønnsvilkår.

Pensjonsytelser er den eneste ytelsen forarbeidene uttrykkelig holder utenfor lønnsbegrepets omfang. Denne avgrensningen av lønnsbegrepets anvendelsesområde begrunnes i praktiske hensyn. Dersom lønnsbegrepet omfattet pensjonsytelser, ville vikarbyråenes likebehandlingsplikt bli vanskelig og byrdefull å oppfylle.¹²³ Antallet ulike pensjonsordninger ville variere i forhold til hvilken pensjonsordning innleiefirmaet til enhver tid la til grunn, og den enkelte arbeidstaker ville måtte bytte pensjonsordning hver gang den fikk ett nytt oppdrag. Et krav om likebehandling av pensjonsytelser ville også ha en uavklart side til pensjonslovene. Pensjonsytelser holdes derfor utenfor lønnsbegrepets omfang.

Lovgiver ga imidlertid ingen indikasjon på at pensjonsytelser ble utelatt fra likebehandlingskravet fordi pensjon ikke ble ansett som vederlag for arbeid. Departementet synes motsetningsvis å legge til grunn at pensjon kunne ha vært oppfattet som en del av lønnsbegrepet, da de fant grunnlag for å presisere at dette ikke var tilfellet. Unnlåtelsen av å omfatte pensjonsytelser kan dermed ikke brukes som et argument som taler imot en formålsrettet, utvidende tolkning av lønnsbegrepet.

¹²² Innst.326 L (2011–2012) s. 17.

¹²³ Prop. 74 L (2011-2012) s. 47.

Ved avgrensningen av lønnsbegrepets omfang har lovgiver foretatt en avveining av hensynet til ivaretagelse av reell likebehandling og hensynet til praktisk anvendelige regler. Både tilføyelsen av begrepet utgiftsdekning samt presiseringen av at avlønningsform ikke er avgjørende for lønnsbegrepets omfang, var begrunnet i lovgivers ønske om å ivareta formålet om reell likebehandling av innleide arbeidstakere. Kun valget om å utelate pensjonsytelser fra lønnsbegrepets omfang, var begrunnet i praktiske hensyn.

Formålsbetraktninger tilknyttet reell likebehandling av innleide og direkte ansatte har dermed vært det styrende hensynet ved de fleste vurderingene av likebehandlingsregelens virkeområde.

Dette tilsier at departementet har ønsket et vidt anvendelsesområde for likebehandlingsreglen i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Dette taler for en utvidende tolkning av lønnsbegrepet etter bestemmelsen.

3.5 Andre lovers lønnsbegrep

I Manpower-dommen løftet ankende part frem en generell innvending mot å legge til grunn en utvidende tolkning av lønnsbegrepet. Det hevdtes at dersom lovgiver mente å legge til grunn et lønnsbegrep som omfattet mer enn det tradisjonelle, snevre lønnsbegrepet, burde de ha vist dette ved å bruke et mer omfattende, allerede eksisterende lønnsbegrep som mønster for avgrensningen av lønnsbegrepet etter likebehandlingsreglene. Både likestillings- og diskrimineringsloven og ferielovens lønnsbegrep ble trukket frem.

3.5.1 Likestillings- og diskrimineringsloven

Manpower hevdte at dersom lovgiver hadde ment at likebehandlingsregelen i aml. § 14-12 a i skulle ha et like omfattende lønnsbegrep som likestillings- og diskrimineringsloven, fantes det en klar oppfordring til å uttrykke dette. Når lovgiver likevel ikke kom med en slik avklaring, bør dette forstås som et uttrykk for at arbeidsmiljølovens lønnsbegrep skal tolkes snevert, slik at det kun omfatter rene vederlag for arbeid.

Lønnsbegrepet etter likestillings- og diskrimineringsloven § 34 fjerde ledd er gitt et svært vidt innhold. Lønnsbegrepet omfatter ikke bare det alminnelige arbeidsvederlaget, men også «alle

andre tillegg, fordeler og andre goder» som ytes av arbeidsgiveren.¹²⁴ Dette omfatter både penger og naturalia, eksempelvis «rabattordninger (...) fri telefon, fri bil og avisabonnement». ¹²⁵ Også tjenestepensjoner skal anses som lønn etter likestillings- og diskrimineringslovens lønnsbegrep.¹²⁶

Valget av lovgivningsteknikk ved utformingen av arbeidsmiljøloven bygger på en opplisting av hvilke spesifiserte arbeids- og lønnsvilkår likebehandlingsprinsippet er ment å omfatte, jf. aml. § 14-12 a første ledd bokstav a-f. Dette viser at lovgiver ikke har ment at alle vederlag arbeidstaker mottar fra arbeidsgiver skal omfattes. Det er videre klart at lovgiver ikke har ment å gi arbeidsmiljøloven et like omfattende lønnsbegrep som etter likestillings- og diskrimineringsloven § 34 fjerde ledd. Departementets valg om å utelate tjenestepensjon fra illustrerer at arbeidsmiljølovens lønnsbegrep ikke er altomfattende.

Det ulike innholdet i lønnsbegrepene må forstås på bakgrunn av regelsettenes ulike formål. Likebehandlings- og diskrimineringsloven er en ren vernelov, hvis eneste formål er å «fremme likestilling og hindre diskriminering». ¹²⁷ Et vidt, altomfattende lønnsbegrep fungerer godt for å ivareta dette formålet. Arbeidsmiljølovens regler om likebehandling er imidlertid ment å ivareta to formål.¹²⁸ Reglene skal verne om innleide arbeidstakers rettigheter, men må samtidig unngå å legge unødvendige og upraktiske restriksjoner på organiseringen av bemanningsbransjen.¹²⁹ Dersom lønnsbegrepet omfattet alle vederlag, tillegg, fordeler og goder, ville vikarbyråenes likebehandlingsplikt i realiteten bli umulig å oppfylle.

Lønnsbegrepene er ment å ha et ulikt innhold og omfang. Det er dermed helt naturlig at likebehandlings- og diskrimineringsloven ikke brukes som mønster for avgrensningen av arbeidsmiljølovens lønnsbegrep, uten at dette kan tolkes som et uttrykk for at lovgiver mente å legge til grunn et mer snevert lønnsbegrep enn det forarbeidene ellers tilsier.

3.5.2 Ferieloven

¹²⁴ Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) § 34 fjerde ledd.

¹²⁵ Prop.81 L (2016–2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven), s. 335.

¹²⁶ Prop.81 L (2016–2017), s. 335.

¹²⁷ Likestillings- og diskrimineringsloven § 1.

¹²⁸ Se kapittel 2.1.2.

¹²⁹ Vikarbyrådirektivet artikkel 4 nr. 1.

Manpower argumenterte på tilsvarende måte for at forarbeidene burde ha lagt til grunn ferielovens lønnsbegrep,¹³⁰ dersom reisegodtgjørelser skulle anses omfattet av lønnsbegrepet. Argumentasjonen baserte seg på at «lønn under reiser» omfattes av ferielovens definisjon av arbeidsvederlag.¹³¹

Her er det tilstrekkelig å påpeke at ferielovens lønnsbegrep klart har et mer snevert anvendelsesområde enn lønnsbegrepet etter likebehandlingsreglene. Ferielovens lønnsbegrep omfatter for eksempel ikke ytelser tilknyttet utgiftsdekning. Departementet har imidlertid gjort det tydelig at utgiftsdekning skal omfattes av likebehandlingsregelen i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Dette er nødvendig av for å sikre reell likebehandling av innleide arbeidstakere. Ferielovens lønnsbegrep kan dermed ikke være aktuell som mønster for likebehandlingsregelen.

3.5.3 Konklusjon

Gjennomgangen har vist at både ferieloven og likebehandlings- og diskrimineringsloven har lønnsbegrep hvis innhold og omfang ikke passer med lønnsbegrepet etter arbeidsmiljøloven. Lovene gir henvisning på et svært vidt og et svært snevert lønnsbegrep. For at det todelte formålet bak likebehandlingsreglene skal bli tilstrekkelig ivaretatt, kan verken det snevre tradisjonelle lønnsbegrepet eller et svært vidt lønnsbegrep brukes som mønster for avgrensningen. Som vist over, må arbeidsmiljølovens lønnsbegrep defineres særskilt og avgrenses ut i fra både hensynet til reell likebehandling, samt hensynet til praktisk enkle og gjennomførbare regler som ikke legger unødvendige restriksjoner på bemanningsbransjen.

Lovgivers unnlattelse av å bruke de ovennevnte lønnsbegrepene som mønster for likebehandlingsregelen er dermed ikke et bevisst valg som tilsier et snevert lønnsbegrep, men en naturlig konsekvens av at regelsettene er ment å verne om ulike interesser.

3.6 Avsluttende betraktninger: En legitim, utvidende tolkning.

¹³⁰ Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven) § 10.

¹³¹ Ot.prp.nr.54 (1986–1987) Om lov om ferie, s. 163.

I Manpower-dommen la Høyesterett til grunn en tolkning som utvidet rammene for lønnsbegrepets omfang i forhold til forståelsen av lønnsbegrepet lagt til grunn i tidligere teori og praksis.

Gjennomgangen over har vist at en utvidende tolkning av forarbeidenes lønnsbegrep har de beste grunner for seg. Det finnes gode grunner for å forstå forarbeidenes gjennomgang som en ikke-uttømmende liste over ytelser som omfattes av lønnsbegrepet. At en ytelse ikke eksplisitt nevnes i forarbeidene, trenger altså ikke å tilsi at den ikke kan anses som lønn etter bestemmelsen. Lovgivers tilføyelse av begrepet «utgiftsdekning» viser at lønnsbegrepet skal tolkes så vidt at det sikrer reell likebehandling. Lønnsbegrepet etter arbeidsmiljøloven omfatter dermed flere ytelsetyper enn den tradisjonelle forståelsen av «lønn». Det samlede lønnsbegrepet etter likebehandlingsreglene er dermed ment omfatte mer enn rene vederlag for arbeid.

Oppgaven har videre vist at selv om likebehandlingsreglene skal ivareta flere formål, har formålet om reell likebehandling av innleide og direkte ansatte oftest vært styrende for avgrensingen av likebehandlingsregelens virkeområde. Dette viser at Departementet har ønsket et vidt anvendelsesområde for likebehandlingsreglen i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.

Etter en bred vurdering av rettskildene på området er oppgavens konklusjon at det finnes gode og holdbare grunner for å legge til grunn en utvidende og formålsrettet tolkning av lønnsbegrepet etter likebehandlingsreglene. Dette viser at Høyesteretts utvidende tolkning av lønnsbegrepets anvendelsesområde holder vann.

Oppgavens hypotese kan dermed besvares bekreftende. Høyesteretts avgjørelse i Manpower-dommen legger til grunn en legitim utvidelse rammene for lønnsbegrepets omfang i forhold til forståelsen av lønnsbegrepet lagt til grunn i tidligere teori og praksis.

4 I kjølvannet av Manpower-dommen

4.1 Innledning

Oppgaven har vist at Høyesteretts utvidende, formålsrettede tolkning av lønnsbegrepet legges til grunn.

Utgangspunktet etter Manpower-dommen er et lønnsbegrep med et vidt anvendelsesområde som omfatter «mer enn vederlag for arbeid». Lønnsbegrepets avgrensning skal primært styres av hensynet til å sikre reell likebehandling og verne om innleide arbeidstakere.

Resonnementet bak Høyesteretts formålsrettede avgrensning av lønnsbegrepet kan sammenfattes slik: Dersom den innleide arbeidstakeren ville hatt rett på en bestemt ytelse ved direkte ansettelse i innleievirksomheten, vil det stride mot formålet om reell likebehandling av innleide og direkte arbeidstakere dersom lønnsbegrepet ikke omfatter den aktuelle ytelsen. Da lønnsbegrepet skal være omfattende nok til å hindre forskjellsbehandling,¹³² er utgangspunktet etter et slikt resonnement at alle ytelser den vikarbyråansatte ville hatt krav på ved direkte ansettelse, bør likebehandles.

Det legges imidlertid til grunn i både forarbeidene og Høyesteretts avgjørelse at lønnsbegrepet ikke omfatter *alle vederlag* den vikarbyråansatte ville fått ved direkte ansettelse.¹³³

Lønnsbegrepets anvendelsesområde kan dermed ikke avgrenses på bakgrunn av hensynet til reell likebehandling betraktningene alene.

Manpower-dommen viser at lønnsbegrepet etter aml. § 14-12a omfatter «mer enn vederlag for arbeid», men mindre enn «alle ytelser fra arbeidsgiver».¹³⁴

I tomrommet mellom disse to ytterpunktene finnes det mange uavklarte spørsmål angående hvilke ytelser som skal likebehandles etter bestemmelsen. Høyesterett gir imidlertid ikke direkte anvisning på hvordan grensen for lønnsbegrepets anvendelsesområde skal trekkes mellom disse to ytterpunktene.

¹³² Høringsnotatet av 2010, s. 28-29.

¹³³ Manpower-dommen avsnitt 37 og Prop. 74 L (2011-2012) s. 51.

¹³⁴ Manpower-dommen, avsnitt 37.

Spørsmålet blir hvor grensene for lønnsbegrepets nye, utvidede anvendelsesområde skal trekkes. Hvilke ytelser ville den innleide arbeidstakeren hatt krav på ved direkte ansettelse, som likevel ikke skal likebehandles etter lønnsbegrepet i aml. § 14-12a?

4.2 Momenter for vurderingen av det utvidede lønnsbegrepets nærmere anvendelsesområde.

Høyesteretts avgjørelse i Manpower-dommen gir som nevnt ingen konkret anvisning på hvor rammene for lønnsbegrepets omfang går. Ved dommens konkrete vurdering av om reisegodtgjørelser skal omfattes av det utvidede lønnsbegrepet, trekker Høyesterett likevel frem et par momenter som kan ha relevans for en generell avgrensning av lønnsbegrepets anvendelsesområde. Enkelte momenter følger også implisitt av forarbeidenes avgrensning av lønnsbegrepet.

Oppgaven vil i det videre redegjøre for og vurdere disse momentene. Målet for gjennomgangen er å avklare om og eventuelt på hvilken måte forholdene som trekkes frem har innvirkning på rammene for lønnsbegrepets omfang mer generelt.

Av hensyn til oppgavens lengde avgrenses kapittelet mot å gå nærmere inn på enkelte typetilfeller og vurdere hvordan momentene som nevnes kan gi veiledning for en vurdering av disse.

4.2.1 Hensynet til klarhet og forutsigbarhet

Det første momentet Høyesterett legger vekt på i sin konkrete vurdering av hvorvidt reisegodtgjørelser skal omfattes av lønnsbegrepet, er hvorvidt ytelsen kan sammenlignes med andre, omfattede ytelser.

Det uttales i dommen at reisegodtgjørelsen ligger «nokså tett opptil» eksemplene på omfattede ytelser som gjennomgås i lovens forarbeider. Høyesterett går så langt som å anta at lovgiver, ut i fra hvordan de øvrige ytelsene ble behandlet, «ville ha inkludert også en slik ytelse om problemstillingen hadde vært løftet frem».¹³⁵

¹³⁵ Manpower-dommen, avsnitt 41.

Høyesterett legger altså til grunn at selv om lovforarbeidenes gjennomgang ikke er uttømmende, har den verdi som sammenligningsgrunnlag ved vurderingen av om andre ytelser omfattes av lønnsbegrepet. Som vist i oppgavens kapittel 3.2, har alle ytelsene i forarbeidenes gjennomgang en eller annen direkte tilknytning til arbeidet som utføres.

Til tross for at alle departementets eksempler kan anses omfattet av det tradisjonelle lønnsbegrepet, vederlag for arbeid, legger Høyesterett mye vekt på at reisegodtgjørelsen kan sammenlignes med disse eksemplene. Dette tilsier at ytelsene som skal omfattes av lønnsbegrepet, selv etter en utvidende tolkning, ikke bør avvike for mye fra det som tradisjonelt anses å være lønnsbegrepets kjerne.

At dette momentet skal være med i en avgrensning av lønnsbegrepets anvendelsesområde, har gode grunner for seg. Det kan antas at de fleste nordmenn anser «lønn» som en betaling eller kompensasjon man får for å jobbe. Dersom det utvidede lønnsbegrepets omfang avviker for mye fra denne alminnelige språklige forståelsen av begrepet, vil dette kunne skade arbeidsgivere og arbeidstakers mulighet til å forutsi og forstå sine rettigheter og plikter etter likebehandlingsreglene. Dette ville skade hensynet til klarhet og forutsigbarhet etter regelverket, som er særlig viktig ved reguleringen av lønns- og arbeidsforhold.

Hvorvidt ytelsen kan sammenlignes med andre, omfattede ytelser er dermed et moment ved vurderingen av hvilke ytelser som skal omfattes av lønnsbegrepet etter likebehandlingsreglene.

Det kan også være relevant å vurdere om det å omfatte ytelsen vil utvide lønnsbegrepets samlede omfang på en måte som avviker betraktelig fra allmennhetens forståelse av lønn. Jeg finner grunn til å bemerke at dette bare er et moment i en helhetlig vurdering, og at dette momentet ikke kan være avgjørende i seg selv. Dersom det var meningen, ville lovgiver simpelthen ha lagt til grunn et snevert lønnsbegrep.

4.2.2 Hensynet til praktisk anvendelige regler

I sin vurdering av om reisegodtgjørelser omfattes av lønnsbegrepet, uttaler Høyesterett at det «i motsetning til det som gjelder for pensjon» ikke er «opplyst (...) noen praktiske vanskeligheter forbundet med å la likebehandlingsregelen omfatte også

reisetidsgodtgjørelse». ¹³⁶ Høyesterett legger altså vekt på hvorvidt hensynet til praktisk anvendelige regler vil ivaretas dersom den aktuelle ytelsen omfattes av lønnsbegrepet.

Eksempelet fra forarbeidene, tjenestepensjon, er en rett til vederlag man opparbeider seg over tid ved å legge ned arbeid i et selskap. Det kan hevdes at pensjon er en form for «utsatt lønn», ¹³⁷ sammenlignbar med andre ytelser som omfattes av lønnsbegrepet. Likevel kom forarbeidene til at et krav om likebehandling av pensjonsytelser ville pålegge vikarbyråene så store administrative byrder at likebehandlingsplikten ville bli svært vanskelig å oppfylle. ¹³⁸ Å få oversikt over hvilke pensjonsytelser som til enhver tid skulle gjelde, samt sørge for å opprette pensjonsavtaler med samme innhold for sine egne ansatte, vil være urimelig tidkrevende og vanskelig.

Hensynet til praktiske løsninger har en side til Vikarbyrådirektivets artikkel 4 nr. 1. Artikkelen dikterer at «forbud mod og restriksjoner» på organiseringen av vikarbyråarbeid ikke aksepteres med mindre de begrunnes i allmenne hensyn, eksempelvis vern av vikarbyråansatte. Som vist i kapittel 2.2, er kravet til revisjon av eventuelle ubegrunnede forbud og restriksjoner etter artikkel 4 nr. 1 kun er bindende for Norges lovgivende myndighet. ¹³⁹ Artikkelen pålegger ikke nasjonale domstoler å vurdere om lovverkets restriksjoner kan begrunnes i allmenne hensyn.

Selv om artikkelen ikke skal vurderes konkret av nasjonale domstoler og dermed ikke vil anvendes direkte i en argumentasjon som den for Høyesterett, er hensynet bak regelen bærende: Reguleringen av bemanningsbransjen bør ikke gjøre det unødvendig eller urimelig vanskelig å drive vikarbyråvirksomhet, med mindre dette har gode grunner for seg.

Gjennomgangen viser at selv etter det utvidende lønnsbegrepet lagt til grunn i Manpower-dommen, er hensynet til praktisk gjennomførbare regler et moment ved den konkrete vurderingen av om en ytelse skal omfattes av lønnsbegrepet. Det samlede lønnsbegrepet bør ikke skal bli så omfattende at det fører til upraktiske regler, eller pålegger vikarbyråene urimelig vanskelige oppgaver.

Praktiske hensyn må vurderes opp mot hensynet til ivaretagelse av reell likebehandling. Avgjørende blir om de praktiske hensynene som tilsier at den aktuelle ytelsen ikke skal

¹³⁶ Manpower-dommen, avsnitt 41.

¹³⁷ Nicolay Skarning, *Midlertidig ansettelse, innleie og vikarbyrådirektivet*, Oslo 2013 s. 125.

¹³⁸ Prop. 74 L (2011-2012) s. 47-48.

¹³⁹ Sak C-533/13, *AKT v. SAF*, ECLI:EU:C:2015:173.

likebehandles, er så tungtveiende at de vikarbyråansatte må tåle å komme dårligere ut enn direkte ansatte.

4.2.3 Hensynet til reell likebehandling og ytelsens størrelse

Høyesterett legger som vist til grunn at det viktigste momentet for avgrensningen av lønnsbegrepets anvendelsesområde, er hensynet å sikre reell likebehandling og verne om innleide arbeidstakeres rettigheter.

Det avgjørende ved en samlet vurdering av dette momentet er om «formålet om reell likebehandling ikke ville nås» dersom den aktuelle ytelsen faller utenfor lønnsbegrepets omfang.¹⁴⁰ I Manpower-dommen la Høyesterett mye vekt på at innleide ansatte, ved å ikke motta reisegodtgjørelse på lik linje med direkte ansatte, rent faktisk fikk mindre utbetalt av vikarbyrået enn vedkommende ville fått ved direkte ansettelse hos innleier.

Jeg finner her grunn til å poengtere at vurderingen av om det foreligger en faktisk forskjellsbehandling, ikke avhenger av at det finnes direkte ansatte hos innleier som rent faktisk mottar mer for å utføre samme arbeid. Vurderingen av om det foreligger en reell forskjellsbehandling må skje basert på en vurdering av hva den innleide får nå, og hva vedkommende, sammenlignet med seg selv som direkte ansatt, mest sannsynlig ville ha fått som direkte ansatt hos innleier.¹⁴¹ Dersom det er en forskjell mellom disse to scenarioene, mottar den innleide arbeidstakeren faktisk mindre enn vedkommende ville ha fått ved direkte ansettelse, og det foreligger en forskjellsbehandling.

Det er imidlertid ikke slik at alle forskjeller automatisk skal likebehandles. Dersom hensynet til praktisk gjennomførbare regler, klarhet eller forutsigbarhet er tilstrekkelig tungtveiende, kan forskjellsbehandlingen måtte tales.

Et moment som tilsier at den aktuelle forskjellsbehandlingen ikke bør tales, og dermed omfattes i lønnsbegrepets omfang, er den aktuelle ytelsens størrelse. Dersom ytelsen utgjør et stort beløp, kan den innleide ansatte ende opp med en vesentlig forskjellig samlet betaling for samme arbeid som direkte ansatte. Dette tilsier at en unnlattelse av å likebehandle ytelsen er i

¹⁴⁰ Manpower-dommen, avsnitt 42.

¹⁴¹ Se kapittel 2.4.1.

strid med formålet, da dette vil resultere i en *vesentlig* forskjellsbehandling av innleide og direkte ansatte.

Høyesterett legger ikke direkte vekt på dette momentet i sin avgjørelse, men momentet ble trukket frem i lagmannsrettens vurdering av lønnsbegrepets omfang. De la vekt på at reisegodtgjørelsen pålydende 58'576 kroner utgjorde et «relativt stort beløp i løpet av et år.»¹⁴² Dette illustrerer at ytelsens størrelse generelt er et relevant moment ved den nærmere avgrensningen av det utvidede lønnsbegrepets omfang.

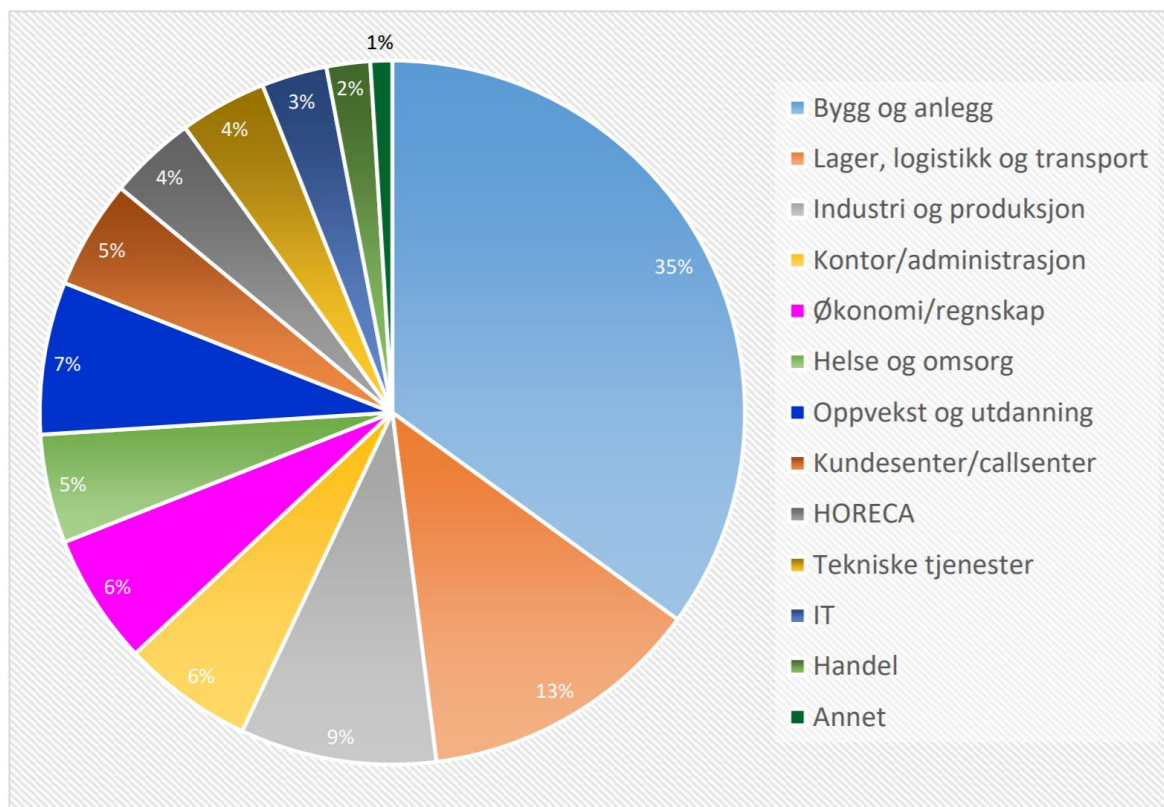
Departementet la også vekt på ytelsens størrelse ved vurderingen av om utgiftsdekning skulle omfattes av likebehandlingskravet. Departementet uttaler at utgiftsdekning ved arbeid utenfor hjemstedet «vil kunne utgjøre relativt store beløp».¹⁴³

Utgiftsdekning tilknyttet arbeid utenfor hjemstedet vil imidlertid ikke utgjøre store beløp innen alle yrkesområder. Bemanningsbarometeret¹⁴⁴ sammenfatter data og statistikk fra bemanningsbransjen, og ble utgitt av NHO og Prognosesenteret i februar 2019. På dokumentets side 8 finner man følgende oversikt over hvilke yrkesområder bemanningsbransjen leverer mest personell til:

¹⁴² LA-2016-70793, s. 11.

¹⁴³ Prop. 74 L (2011-2012) s. 56.

¹⁴⁴ NHO Service og Handel og Prognosesenteret, «4. kvartal 2018 Bemanningsbarometeret - Bemanningsbransjens utvikling», utgitt 22.02.2019. Hentet fra <https://www.nhosh.no/contentassets/f8bed75d340f4feb9d718a7b48ad5e7e/bemanningsbarometeret-4.-kvartal-2018.pdf> (sist besøkt 02.05.2019).



Figur nr. 1. Forholdet mellom yrkesområdene bemanningsbransjen leverer personell til. (Bemanningsbarometeret, side 8.)

Statistikken viser at de tre største yrkesområdene innen bemanningsbransjen er «bygg og anlegg», «lager, logistikk og transport» og «industri og produksjon». Disse er alle fysiske yrkesområder, hvor det i større grad enn innenfor eksempelvis kontortjenester eller varehandel må forventes at arbeiderne vil måtte utføre arbeid utenfor fast arbeidssted. Utgifter tilknyttet kost og losji ved arbeid utenfor hjemstedet vil dermed kunne utgjøre «relativt betydelige beløp» innenfor bemanningsbransjen spesielt.

At forarbeidene legger til grunn at utgiftsdekning for arbeid utenfor hjemsted kan utgjøre store beløp, illustrerer at vurderingen av ytelsens betydning og størrelse ikke utelukkende kan skje på det generelle plan. Vurderingen må skje med et henblikk på konteksten for arbeidsutførelsen; bemanningsbransjen og de arbeidstypene de vikarbyråansatte typisk utfører.

Dersom en unnlattelse av å likebehandle ytelsen vil føre til vesentlig forskjellsbehandling, bør ytelsen omfattes av det utvidede lønnsbegrepet. Om den aktuelle ytelsen gjelder store beløp,

både generelt og i kontekst, vil dermed være relevante momenter i en konkret vurdering av det utvidede lønnsbegrepets anvendelsesområde.

4.2.4 Avsluttende bemerkninger

Gjennomgangen har vist at det finnes rettskildemessig dekning for å si at de ovennevnte momentene kan være veiledende i en nærmere avgrensning av det utvidede lønnsbegrepets anvendelsesområde.

Hensynene som nevnes i det foregående er lagt til grunn basert på en tolkning av momentene Høyesterett selv anvender i sin konkrete vurdering, og uttalelser i arbeidsmiljølovens forarbeider. Momentene og hensynene bak dem vil altså kunne være veiledende i en konkret vurdering av det utvidede lønnsbegrepets anvendelsesområde.

Momentene som nevnes er imidlertid ikke eksplisitt trukket frem eller lagt til grunn som veiledende for lønnsbegrepets omfang i Høyesteretts domsavsigelse. Selv om det er rettskildemessig dekning for å vektlegge momentene i en rettslig vurdering, er det ingen grunn til å anta at aktørene i bemanningsbransjen vil legge vekt på noe annet enn momenter som uttrykkes eksplisitt i lov og rettspraksis, når de vurderer hvilken likebehandlingsplikt de har etter aml. § 14-12 a.

Momentene som skisseres over kan altså fungere som en rettesnor ved vurderingen av lønnsbegrepets omfang. De setter imidlertid ikke tydelige, konkrete rammer for avgrensningen av lønnsbegrepets nærmere innhold.

5 Avsluttende betraktninger

Oppgaven har vist at Manpower-dommen legger til grunn en legitim utvidelse av rammene for lønnsbegrepets omfang. Oppgaven tok også sikte på å avklare konsekvensene av og det nærmere anvendelsesområdet for dette utvidede lønnsbegrepet.

Høyesteretts uttalelser i Manpower-dommen ga imidlertid lite avklaring angående hvordan det utvidede lønnsbegrepets nærmere omfang skulle forstås. Momentene det redegjøres for i kapittel fire kan gi veiledning i en konkret vurdering, men kan neppe sies å være absolutte ytterrammer for lønnsbegrepets anvendelsesområde.

De eneste tydelige yttergrensene for lønnsbegrepets omfang som ble lagt til grunn av Høyesterett, var disse: Lønnsbegrepet omfatter mer enn rent vederlag for arbeid, men mindre enn alle ytelser fra arbeidsgiver.

Det utvidede lønnsbegrepets anvendelsesområde sammenfaller dermed verken med det snevre, tradisjonelle lønnsbegrepet eller det svært omfattende lønnsbegrepet som fremkommer av likestillings- og diskrimineringsloven og TEUF artikkel 157.

At Høyesterett ikke definerer lønnsbegrepets omfang tydeligere enn som et sted mellom to ytterpunkter, gjør det vanskelig å fastsette konkrete rammer for lønnsbegrepets anvendelsesområde. Det fører også til at det må foretas en konkret vurdering av lønnsbegrepets nærmere innhold hver gang en ny ytelsestype skal vurderes.

Det er ikke vanskelig å forstå hvorfor Høyesterett velger å la lønnsbegrepets omfang «falle mellom to stoler» på denne måten. Hensynet til å sikre reell likebehandling og vern av vikarbyråansatte har vært styrende for Høyesteretts vurdering. Ved å fastsette få konkrete rammer for lønnsbegrepets anvendelsesområde, holdes døren åpen for at ytelser som enda ikke er vurdert, vil kunne likebehandles etter regelen. Eventuelle tungtveiende praktiske hensyn som taler imot likebehandling, vil også kunne trekkes inn i den konkrete vurderingen av om ytelsen skal omfattes av lønnsbegrepet eller ikke.

Høyesteretts tolkning av lønnsbegrepet kan dermed sies å ivareta begge sider av likebehandlingsregelens todelte formål; Hensynet til reell likebehandling og vern av arbeidstakerne avveies mot hensynet til å fastsette praktisk anvendbare regler for bemanningsbransjen.

Høyesterett kan likevel kritiseres for å ikke ha tatt tilstrekkelig hensyn til viktigheten av å hindre uklare og uforutsigbare regler. Manpower-dommen utvidet rammene for lønnsbegrepets omfang uten å gi tydelige retningslinjer for den nærmere avgrensningen, og uten å avklare hvorvidt flere praktiske typetilfeller som for eksempel forsikringsordninger, bonusordninger, permisjonsytelser og sykelønn skal omfattes eller ikke.

Utformingen av det utvidede lønnsbegrepet har altså et uklart omfang som antakelig vil ha en prosessdrivende effekt i praksis. Vikarbyråene kan bli usikre på hvilke ytelser de er lovpålagt å likebehandle. Som følge av usikkerheten vil også de vikarbyråansatte fort befinne seg i en situasjon hvor de må være forberedt på å gå til sak dersom de ønsker å gjøre krav på rettighetene som lovens utvidede lønnsbegrep gir.

At Høyesterett legger til grunn et utvidet lønnsbegrep uten å ta tilstrekkelig hensyn til behovet for klare og enkle regler, kan etter min mening føre til at de vikarbyråansatte i praksis ikke får et like effektivt vern mot forskjellbehandling som Høyesterett har ment.

Kildeliste

Lovgivning

- 1983** Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.
(tjenestemannsloven)[OPPHEVET]
- 1988** Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven)
- 2004** Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester
(arbeidsmarkedsloven).
- 2005** Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
(arbeidsmiljøloven)
- 2012** Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven)

Lov 22. juni 2012 nr. 33 om endringer i arbeidsmiljøloven og
tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere mv.)
- 2017** Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering
(likestillings- og diskrimineringsloven)

Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven)

Forskrifter

- 2005** Forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere
- 2008** Forskrift 4. juni 2008 nr. 541 om bemanningsforetak
- 2013** Forskrift 11. januar 2013 nr. 33 om innleie fra bemanningsforetak
- 2015** Forskrift 6. juli 2015 nr. 874 om adgang til ved tariffavtale å fravike reglene
om likebehandling ved utleie fra bemanningsforetak

Forarbeider

Prop.74 L (2011–2012)	Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv).
Prop.81 L (2016–2017)	Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).
Innst.326 L (2011–2012)	Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv.
Ot.prp.nr.54 (1986–1987)	Om lov om ferie.
NOU 1982:12	Lov om ferie.

Internasjonale direktiver og traktater

Utsendingsdirektivet	Europaparlaments- og Rådskdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting.
Vikarbyrådirektivet	Europaparlaments- og Rådskdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid (vikarbyrådirektivet).
TEUF	Traktaten Om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

Rettspraksis

Høyesterett

HR-2018-1037-A (Manpower)

HR-2018-2371-A (Norwegian)

Rt. 2011 s. 1811

Rt. 2010 s. 1445

Rt. 2008 s. 856 (Theatercafe)

Rt. 2005 s. 826 (Braathen)

Lagmannsretten

RG. 2004 s. 105 (Frostating) (Maritim montasje)

LA-2016-70793 (Agder) (Manpower)

Tingretten

TOSLO-2016-15486 - TOSLO-2015-34731 (Oslo Tingrett)

Arbeidsretten

AR-2017-13, Saksnummer 16/2016

Avsagt 03.04.2017

EU-domstolen

Forente saker C-124/11, C-125/11 og C-143/11, *Dittrich, Klinke og Müller*.

06.12.2012, ECLI:EU:C:2012:771.

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Cruz Villalón,

Forente saker C-124/11, C-125/11 og C-143/11, *Dittrich, Klinke og Müller*.

28.06.2012, ECLI:EU:C:2012:398.

Sak C-533/13, *Auto-ja Kuljetusalan Työntekijäliitto ry (AKT) v. Öljytuote ry Shell Aviation Finland Oy (SAF)*.

17.03.2015, ECLI:EU:C:2015:173.

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat M. Szpunar,
Sak C 533/13, *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry (AKT) mot Öljytuote ry and Shell Aviation Finland Oy (SAF)*
20.11.2014, ECLI:EU:C:2014:2392.

EFTA-domstolen Sak E-12/10, *ESA mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 117
28.06.2014.

Etterarbeider og høringsnotater

Kommisjonsrapporten Europakommisjonen, «*Transposition of Directive 2008/104/EC on temporary agency work – report on the work of the expert group*» (August 2010). Funnet på:
<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=706&langId=en&intPageId=207> under «Implementation» (sist besøkt 02.06.19).

Veiledningen Arbeids- og sosialdepartementet, «*EUs vikarbyrådirektiv – gjennomføring i norsk rett fra 1.1.2013*» (sist oppdatert 06.07.2018). Funnet på:
<https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/arbeidsmiljo-og-sikkerhet/innsikt/vikarbyradirektivet/eus-vikarbyradirektiv--gjennomforing-i-n/id709611/> (sist besøkt 02.06.19).

Høringsnotat av 2010 Arbeidsdepartementet, «*Høringsnotat - Høring om konsekvenser av Vikarbyrådirektivet*», (2010). Funnet på:
https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ad/publikasjoner/hoeringer/2010/ams/vikarbyraadirektivet/hoeringsnotat_horing_

[om konsekvenser av vikarbyrådirektivet.pdf](#) (sist besøkt 02.06.19).

Høringsnotat av 2014

Arbeids- og sosialdepartementet, «*Høring om endringer i arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse og inn-/utleie fra bemanningsforetak*», (Juni 2014). Funnet på:

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/asd/dokumenter/2014/horing_ams/midlertidig_ansettelse_mm.pdf (sist besøkt 02.06.19)

Juridisk litteratur

Bøker

Falsner, Jacob, *Den europæiserede vikar – Arbejdsretlige problemstillinger vedrørende vikarer – for brukervirksomheder, vikarbureauer og vikarer* (København 2016)

Johansen, Alte Sønsteli og Einar Stueland, *Arbeidsmiljøloven – kommentarer og praksis*, (Oslo 2015)

Riesenhuber, Karl, *European Employment Law - A Systematic Exposition* (Cambridge 2012)

Skarning, Nicolay, *Midlertidig ansettelser, innleie og vikarbyrådirektivet* (Oslo 2013)

Storeng, Nils H., Tom H. Beck og Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler* (Oslo 2014)

Artikler

Bergene, Ann Cecilie og Keith D. Ewing, «Vikarbyrådirektivet: liberalisering eller likebehandling?» *Søkelys på arbeidslivet* 2015 Volum 32 (01/02) s. 137-157.

Eidsvaag, Tine, «Fleksibilitet overfor fleksible arbeidstakere? Om tilrettelegging for vikarbyråansatte», *arbeidsrett* 2018 Volum 15 nr. 2 s. 135–163.

Franklin, Christian N.K, «Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning» *Jussens Venner* 2012 s. 269-317.

Hotvedt, Marianne Jenum, «Tariffavtaler, rettsutvikling og organisasjonsfrihet»
Lov og rett 2017 s. 86-109.

Keiserud, Thomas og Kristine R. Vartdal, «De nye innleiereglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14 – praktiske tolknings- og gjennomføringsspørsmål» *Arbeidsrett* 2013 Volum 10 nr. 1, s. 147-179.

Van den Heuvel, Andreas, «Restriksjoner på innleie av arbeidskraft i finsk tariffavtale»
Nytt i privatretten 2015 17. årgang nr. 2 s. 1-2.

Elektroniske artikkelsamlinger

Jakhelln, Aune, Kroken og Lenth (red.), www.arbeidsrett.no, «Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12 a», kommentert av Lill Chr. Egeland (sist besøkt 30.05.2019)
(Forutsetter tilgang via abonnement)

Andre kilder

Norsk Industri og Fellesforbundet, «*Industrioverenskomsten av 2018-2020*»,
Tariffavtale for bemanningsbransjen. Gjelder fra 1. april 2018 til 31. mars 2020.

Funnet på:

<https://www.norskindustri.no/siteassets/dokumenter/tariffavtaler/2018/industrioverenskomsten-2018-2020.pdf> (sist besøkt 01.06.19)

NHO Service og Handel og Prognosesenteret, «*4. kvartal 2018 Bemanningsbarometeret - Bemanningsbransjens utvikling*» Statistikk for bemanningsbransjen utgitt 22.02.2019.

Funnet på:

<https://www.nhosh.no/contentassets/f8bed75d340f4feb9d718a7b48ad5e7e/bemanningsbarometeret-4.-kvartal-2018.pdf> (sist besøkt 02.06.2019).