

Likebehandlingsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-12 a første ledd bokstav f sitt lønnsvilkår

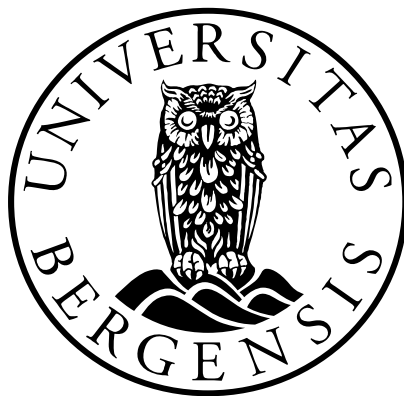
*Med fokus på om ytelser i forbindelse med legitimert fravær
inngår i lønnsbegrepet*

Kandidatnummer:

2

Antall ord:

14 869



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

7. juni 2021

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	3
1.1 En presentasjon av avhandlingens tema og problemstilling	4
1.2 Aktualitet	5
1.3 Begrepsavklaringer.....	6
1.4 Metode og rettskildebildet.....	6
1.5 Avgrensninger av oppgaven.....	7
1.6 Den videre fremstillingen.....	7
2 Kort om innleie	8
2.1 Kort om trepartsforholdet.....	9
3 Det nærmere innholdet i likebehandlingskravet	10
3.1 Kort introduksjon.....	10
3.2 Rettslig grunnlag.....	11
3.3 Hjemmelsgrunnlagene for likebehandlingsprinsippet.....	12
3.4 Sammenligningsgrunnlaget.....	13
3.5 Bestemmelsens hensyn og formål.....	14
4 Lønnsbegrepet	15
4.1 Kort introduksjon.....	15
4.2 Lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.....	16
4.2.1 Innledende betraktninger.....	16
4.2.2 Andre lovers lønnsbegrep.....	17
4.2.3 Lønnsbegrepets rekkevidde i lys av sentrale rettskilder.....	18
4.2.4 Tolkningsbidrag fra EUs bemanningsbyrådirektiv.....	24
4.2.5 EU-rettens lønnsbegrep.....	25
4.2.6 Formålsbetraktninger.....	26
4.2.7 Sammenfatning av lønnsbegrepet.....	28
5 Avhandlingens analysegjensstand	28
5.1 Innledende betraktninger.....	28

5.2 Kort om tariffestede ytelser ved legitimert fravær.....	29
5.2.1 Innledende betraktninger.....	29
5.2.2 Inngår tariffestede lønnskomponenter i likebehandlingskravet?.....	30
5.2.3 Omfatter lønsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f ytelser ved legitimert fravær?.....	31
5.2.4 Tolkningsbidrag fra sentrale rettskilder.....	33
5.2.5 Formålsbetraktninger og reelle hensyn.....	39
5.2.5 Sammenfatning av analysen.....	41
5.2.6 Avsluttende bemerkninger.....	41

1 Innledning

1.1 En presentasjon av avhandlingens tema og problemstilling

Det følger av lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) § 14-12 a første ledd første ledd bokstav f at bemanningsbyråansatte skal likebehandles med innleievirksomhetens direkte ansatte av hensyn til «lønn». Regelen implementerer Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/104/EF (bemanningsbyrådirektivet) artikkel 5 nr. 1, jf. artikkel 3 nr. 1 i norsk rett.¹

Temaet for avhandlingen er konstruert rundt arbeidsgivers økonomiske forpliktelser i et arbeidsforhold. Det overordnede spørsmålet for avhandlingen er om ytelser ved legitimert fravær som strekker seg *utover lovfestede regler* omfattes av aml. § 14-12 a første ledd bokstav f sitt lønnsvilkår. Med legitimert fravær menes fravær fra arbeid som skyldes sykdom hos arbeidstakeren eller avvikling av permisjon. Spørsmålet er aktuelt der arbeidstakers lønn strekker seg over folketrygdens maksimum, eller for permisjoner hvor folketrygden ikke yter dekning.² Problemstillingen forutsetter at rett til full lønn ved slikt legitimert fravær fremgår av en tariffavtale som innleievirksomheten er bundet av.

Utbetaling av lønn anses som arbeidsgivers hovedforpliktelse.³ Hva som er å regne som *lønn* finnes det imidlertid ikke et enhetlig og klart svar på i norsk rett.⁴ En alminnelig definisjon er at lønn omfatter vederlag fra arbeidsgiver for arbeid utført av arbeidstaker.⁵ Definisjonen bygger på den gjensidighetsbetraktning av partenes ytelsers som karakteriserer arbeidsforholdet.⁶ Innholdet i lønnforpliktelsene er overlatt til arbeidsaktørenes avtalefrihet, og reguleres både i individuelle arbeidsavtaler og i tariffavtaler.⁷

En *tradisjonell* forståelse lønnsbegrepet omfatter månedlige pengevederlag fra arbeidsgiver til arbeidstaker for utført arbeid.⁸ Dagens komplekse arbeidsliv har imidlertid medført at økonomiske

¹ Heretter «bemanningsbyrådirektivet» eller «direktivet».

² Tine Eidsvaag, «Fleksibilitet overfor fleksible arbeidstakere? Om tilrettelegging for vikarbyråansatte», *Tidsskrift for arbeidsrett* nr. 2 2018, s. 135-163, på s. 150 og Lov 28. februar 1997 om folketrygd (folketrygdloven).

³ Anette Hemmingby, *Ensidig endring av økonomiske ytelser arbeidsavtaleforhold*, doktoravhandling forsvart ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2021 s. 99.

⁴ Se HR-2020-2109-A avsnitt 57.

⁵ Jan Tormod Dege, *Den individuelle Arbeidsrett Del 1*, 1. utg., Minerva 2009 s. 305.

⁶ Hemmingby (2021) s. 24.

⁷ Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utg., Gyldendal 2020 s. 228.

⁸ Hemmingby (2021) s. 99.

ytelser fra arbeidsgiver ofte består av ulike *lønnskomponenter*. Månedlige vederlag og øvrige lønnskomponenter fungerer stadig oftere som en «samlet lønnspakke» for arbeidstakeren.⁹

Lønnskomponentene omfatter økonomiske ytelser som arbeidstaker har krav på i kraft av arbeidsforholdet, som et tilskudd til den månedlige og ordinære lønnsutbetalingen.¹⁰ Ofte har disse ytelsene kun en indirekte, eller ingen, sammenheng med arbeidstakerens arbeidsytelse. De øvrige lønnskomponentene kan anses som påskjønnelser fra arbeidsgivers side, eller økonomiske goder, og har ofte stor økonomisk verdi for arbeidstakeren. Endringene i arbeidslivet har imidlertid medført det ikke er lenger er lett å trekke noe skarpt skille av som skal forbeholdes selve lønnsbegrepet, og hvilke ytelser som faller utenfor.¹¹

Da rett til full lønn ved legitimert fravær inkluderer vederlag fra arbeidsgiver uten noen tilhørende arbeidsplikt for arbeidstaker, befinner problemstillingen seg i skjæringspunktet av en tradisjonell og en mer fleksibel forståelse av lønnsbegrepet.

1.2 Aktualitet

Lønnsvernet for bemanningsbyråansatte er et stadig tilbakevendende tema.¹² Tematikken er aktuell i skrivende stund, særlig i lys av det høye sykefraværet under koronapandemien. Fra kyndige hold er det videre fremmet bekymring om et dårlig beskyttet lønnsvern gjør innleide arbeidstakere tilbaketrukne med å benytte seg av rett til permisjon.¹³ En tariffestet rett til full lønn ved legitimert fravær kan dessuten karakter hevdes å ha karakter av normal avlønning, ettersom at ytelsene vil strekke seg utover lovfestede krav.

I fravær av et enhetlig og generelt nasjonalt lønnsbegrep, har forståelsen av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 første ledd bokstav f vært gjenstand for debatt siden implementeringen av bemanningsbyrådirektivet i 2013.¹⁴ Det har rådet uenighet både mellom hovedorganisasjonene i arbeidslivet og i juridisk litteratur om hva som omfattes av bestemmelsens krav til likebehandling av «lønn».¹⁵

Høyesterett har behandlet to saker om lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f som gir enkelte holdepunkter for hvordan vilkåret bør forstås. Den første dommen er fra 2018 og den andre fra

⁹ Til eksempel pensjonsordninger, bonusordninger, bilgodtgjørelse, rabattavtaler og gratis medlemskap på treningssenter eller betalt rengjøringshjelp. Se Hemmingby (2021) s. 113 for flere eksempler.

¹⁰ Hemmingby (2021) s. s. 99.

¹¹ Hemmingby (2021) s. 97-99.

¹² Til eksempel var den utstrakte bruken av ansettelsesformen «fast ansatt uten garantilønn» en av grunnene til den relativt nye legaldefinisjonen av «fast ansettelse» i aml. § 14-9, se Prop. 73 L (2017-2018).

¹³ Eidsvaag (a) (2018) s. 136.

¹⁴ Prop. 74 L (2011-2012) s. 15.

¹⁵ Se til eksempel Prop. 74 L (2011-2012) s. 14 og Eidsvaag (a) (2018) s. 148.

2020.¹⁶ I dommene kom retten til at reisetidsgodtgjørelse og selskapsbonus omfattes av lønnsbegrepet i bestemmelsen, og i begge sakene kom Høyesterett med prinsipielle uttalelser vedrørende lønnsvilkårets innhold. I kjølvannet av dommene oppstår dermed spørsmålet av uttalelsenes rekkevidde for andre økonomiske ytelser.

Avhandlingens tematikk er med andre ord relevant av flere grunner. Ettersom at rettskildesituasjonen er uavklart er det interessant med en rettslig analyse av det nærmere innholdet i lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.

1.3 Begrepsavklaringer

Det anses hensiktsmessig med en innledende begrepsavklaring. Forutsetningen for at likebehandlingskravet aml. § 14-12 a første ledd skal komme til anvendelse er at det foreligger et *innleieforhold* av en *arbeidstaker* fra et *bemanningsforetak* til en *oppdragsgivende virksomhet*.

I første rekke er det dermed nødvendig med en begrepsavklaring av hva som menes med *innleie*. Arbeidsmiljøloven inneholder ingen definisjon av innleiebegrepet. Det kan dermed ses hen til legaldefinisjonen av «utleie» i arbeidsmarkedsloven § 25 annet ledd.¹⁷ Adgangen til innleie og utleie av arbeidskraft reguleres nemlig i et samspill mellom arbeidsmarkedsloven og arbeidsmiljøloven, og begrepene er overlappende.¹⁸ Arbeidsmarkedsloven § 25 annet ledd definerer utleie som «leie av arbeidstakere fra en arbeidsgiver (utleier) til en oppdragsgiver (innleier) der de innleide er underlagt oppdragsgivers ledelse». Den nære sammenhengen mellom begrepene gjør at definisjonen av *innleie* følger implisitt av legaldefinisjonen av utleie.¹⁹

Etter arbeidsmarkedsloven § 25 annet ledd defineres «innleier» som den *oppdragsgivende virksomheten*. Ved innleie av arbeidstakere vil dermed arbeidstakeren arbeide i innleievirksomheten under virksomhetens ledelse, selv om vedkommende formelt sett fremdeles vil være ansatt hos bemanningsforetaket.²⁰ Mer om dette under pkt. 2.2.

Bemanningsforetak legaldefineres i aml. § 14-12 første ledd som «virksomhet som har som formål å drive utleie». Om en virksomhet skal regnes som et bemanningsforetak beror på en helhetsvurdering av virksomhetens art og hyppigheten og omfanget av utleien.²¹ Enkelt sagt omfatter begrepet virksomheter som hovedsakelig inngår ansettelsesavtaler med personer med formål om å leie dem ut

¹⁶ HR-2018-1037-A og HR-2020-2109-A.

¹⁷ Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven).

¹⁸ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2020) s. 155.

¹⁹ Ot.prp.nr.62 (2003-2004) s. 36.

²⁰ Prop. 74 L (2011-2012) s. 25.

²¹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 52.

til andre brukervirksomheter.²² *Arbeidstakerbegrepet* er legaldefinert i aml. § 1-8 første ledd. Etter bestemmelsens første ledd er omfatter begrepet «enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste».

I det videre vil oppgaven betegne «utleieren» som «bemanningsforetaket», og den oppdragsgivende virksomhet som «innleier» eller «innleievirksomheten». «Arbeidstakeren» vil enten benyttes som nettopp det, som «den ansatte» eller den «bemanningsbyråansatte».

1.4 Metode og rettskildebildet

Rettskildebildet på området er sammensatt og nokså snevert. Bemanningsbyrådirektivet overlater det som nevnt til medlemslandene å benytte sitt nasjonale lønnsbegrep.²³ Ved tolkningen lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f må det derfor hovedsakelig tas utgangspunkt i norske rettskilder.

De mest sentrale rettskildene for analysen er lovt tekst, forarbeider, rettspraksis fra Høyesterett og underrettspraksis, juridisk teori og litteratur, formålsbetraktninger og reelle hensyn. En særlig viktig rettskilde for fastleggelsen av lønnsvilkåret i bestemmelsen er imidlertid lovforarbeidene i Prop. 74 L (2011-2012). Ved implementeringen i 2013 foretok departementet en nærmere analyse av hva som skal inngå i bestemmelsens lønnskrav, og uttalelsene vil dermed være viktige for å kaste lys over avhandlingens problemstilling. Gjennomgående vil det også vises særlig til Høyesteretts avgjørelser i *Manpower-dommen*, HR-2018-1037-A, og *Semco-dommen*, HR-2020-2109-A, ettersom at disse spesifikt omhandler rekkevidden av lønnsvilkåret i bestemmelsen.

Selv om hovedvekten vil ligge på norske rettskilder i fremstillingen, er rettskildesituasjonen i noen grad preget av at bestemmelsen implementerer bemanningsbyrådirektivet. Underveis vil det derfor i enkelte ganger vises til EU-rettslige kilder der dette fremstår som formålstjenlig

1.5 Avgrensninger av oppgaven

Innleie av arbeidskraft er et vidtfavnende tema. Av hensyn til avhandlingens omfang vil det måtte foretas avgrensninger. For det første vil avhandlingen avgrense mot en redegjørelse av skillet mellom innleie fra virksomhet som har som formål å drive utleie i aml. § 14-12, og innleie fra virksomhet som ikke har som formål å drive utleie i aml. § 14-13. Oppgaven vil heller ikke gå inn på skillet mellom innleie og entrepriser.

Siden avhandlingen er spisset inn mot lønnsvilkåret, vil det i tillegg vil avgrenses mot de øvrige arbeidsvilkår som omfattes av likebehandlingsregelen i aml. § 14-12 a første ledd. Disse er

²² NOU 2004:5 s. 295.

²³ Bemanningsbyrådirektivets art. 3 nr. 2.

uttømmende regulert i bestemmelsens bokstav a-e. Analysen vil og reservere seg mot en inngående drøftelse av det alternative vilkåret knyttet til «utgiftsdekning» i bokstav f.

Av plasshensyn vil det heller ikke redegjøres for aml. § 14-12 a annet ledd. Dette leddet gir innleid arbeidstaker rett til samme tilgang til «felles goder og tjenester» som innleievirksomhetens egne ansatte har.²⁴ Tilsvarende gjelder adgangen til å gjøre unntak fra kravet til likebehandling etter aml. § 14-12 a tredje ledd, om at departementet kan gi forskrift om adgang til å fravike reglene om likebehandling ved utleie fra bemanningsforetak ved tariffavtale.

Endelig avgrenses det mot aml. §§ 14-12 b og 14-12 c. Førstnevnte bestemmelse hjemler en opplysnings- og innsynsrett i forbindelse med innleieforholdet, og sistnevnte et solidaransvar for bemanningsforetaket og innleievirksomheten av for utbetaling av lønn til arbeidstaker. Det avgrenses mot disse en redegjørelse av disse bestemmelsene ettersom de hovedsakelig hjemler tiltak som skal sikre at likebehandlingsprinsippet i aml. § 14-12 a etterleves effektivt.

1.6 Den videre fremstillingen

Den ovennevnte innledningen i danner et bakteppe for avhandlingens tema. Jeg har valgt å dele avhandlingen inn i tre *hoveddeler*. Det er vanskelig å gi en presis og stringent fremstilling av oppgavens problemstilling uten å gi en oversiktspreget redegjørelse for innleie av arbeidskraft og hva likebehandlingskravet innebærer. I den første delen av denne oppgaven vil det derfor gis en introduksjon med hva som kjennetegner innleie av arbeidskraft og det generelle innholdet i likebehandlingsprinsippet i aml. § 14-12 a første ledd. Kapittel 2 tar for seg innleie, og i kapittel 3 vil det redegjøres for innholdet i likebehandlingsprinsippet.

Annen hoveddel av avhandlingen vil ta for seg det nærmere innholdet av lønnsbegrepet i bestemmelsen. Rent metodisk er det nødvendig med en juridisk analyse av lønnsvilkåret, og i denne delen vil rekkevidden av lønnsvilkåret skisseres generelt. Tolkningen av lønnskravet i bestemmelsen har betydning for rekkevidden av likebehandlingsprinsippet. Desto videre lønnsbegrepet er, jo større betydning vil det ha for innleid arbeidstaker.²⁵ Analysen av lønnsbegrepets rekkevidde er inntatt i kapittel 4.

I den tredje hoveddelen av avhandlingen vil analysegjgenstanden være om økonomiske ytelser i forbindelse med sykefravær eller permisjoner som strekker seg utover lovfestede krav inngår i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f sitt lønnsvilkår. Dette er som nevnt aktuelt der slike rettigheter er nedfelt i tariffavtale som innleievirksomheten er bundet av. I denne delen vil relevante rettskilder på området

²⁴ Eksempler på dette er kantine, transport og bedriftsbørnehage, jf. Prop.74 L (2011-2012) s. 107.

²⁵ Andreas van den Heuvel, «Bemanningsdirektivet, EF-direktivet om arbeidsleie, fremvekst, regler og konsekvenser for nasjonal rett», *Tidsskrift for arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 5 2011, s. 155-286 på s. 184.

presenteres, drøftes og vektet. Avslutningsvis vil avhandlingen under siste punkt komme med noen avsluttende kommentarer. Dette utgjør avhandlingens kapittel 5.

2 Kort om innleie

Hovedregelen i norsk rett er at arbeidstaker skal ansettes *fast og uten tidsbegrensning*.²⁶ Dette følger eksplisitt av aml. § 14-9 første ledd første punktum. Hovedregelen om fast ansettelse anses som et overordnet politisk mål, da det er bred enighet om at fast ansettelse best sikrer stabile og forutsigbare rammebetingelser for partene i arbeidslivet.²⁷

Rettslig grunnlag for adgang til innleie fra bemanningsforetak er regulert i aml. § 14-12 første ledd. Det heter i bestemmelsen at innleie er «tillatt i samme utstrekning som kan det avtales midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 andre ledd bokstav a til e». Innleie vil eksempelvis være lovlig der arbeidet er av midlertidig karakter eller det gjelder vikariatarbeid. Den generelle adgangen til å ansette midlertidig på generelt grunnlag for en periode inntil tolv måneder etter aml. § 14-9 andre ledd f gjelder imidlertid ikke for innleie.

Innleie av arbeidskraft er et alternativ til *midlertidig ansettelse*, og fellesnevneren for begge ansettelsesformene er at arbeidstakerne rekrutteres *tidsbestemt*.²⁸ Midlertidige ansettelser og innleie utgjør mer tilfeldige tilknytningsformer til arbeidslivet, og unntak fra hovedregelen om fast ansettelse. Til forskjell fra midlertidige ansettelser, innebærer innleie at innleievirksomheten leier inn arbeidskraften den innleide arbeidstakeren kan stille med uten at det inngås noen arbeidsavtale med vedkommende.²⁹ Jeg kommer tilbake til dette under pkt. 2.2.

Målsettingen bak innleiereglene er at de gir alternative måter for en virksomhet til å dekke sitt behov for korttidsarbeidskraft. Slike behov kan til eksempel oppstå i situasjoner med behov for vikariater, dersom det oppstår uforutsette arbeidstopper, eller ved behov for innhenting av spesialkompetanse.³⁰ Ansettelsesformen har dessuten lavere rekrutteringskostnader, noe som er gunstig for virksomhetene med midlertidige behov.³¹ Innleie kan dermed være med på å bidra til *effektiv utnyttelse av arbeidskraft*, ved at den allokeres dit hvor behovet er størst på et gitt tidspunkt.³²

²⁶ Op.prp.nr.49 (2004-2005) s. 203.

²⁷ Prop. 73 L (2017-2018) s. 9.

²⁸ NOU 2004:5 s. 294.

²⁹ Skjønberg, Hognestad og Hotved (2020) s. 155.

³⁰ Prop. 73 L (2017-2018) s. 9.

³¹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 21.

³² Prop. 74 L (2011-2012) s. 21.

Fra 2000 ble det lovlig å leie inn arbeidskraft innenfor alle yrkesområder. Siden liberaliseringen har bemanningsbransjen vokst sterkt, og i dag spiller bransjen en viktig rolle for et velfungerende arbeidsmarked i Norge.³³

2.1 Kort om trepartsforholdet

Som begrepsavklaringen i pkt. 1.3 illustrerer, oppstår det et *triangulært arbeidsforhold* ved innleie av arbeidskraft. Arbeidsforholdet inkluderer alle tre parter, både arbeidstakeren, bemanningsforetaket og innleievirksomheten. Trepartsforholdet skiller seg fra det alminnelige topartsforholdet i norsk arbeidsliv, og innebærer at partenes rettigheter og plikter ovenfor hverandre er noe annerledes fordelt enn ved det alminnelige topartsforholdet.³⁴

Mellom bemanningsbyrået og arbeidstakeren vil det foreligge et *ordinært ansettelsesforhold*. Det er med andre ord bemanningsbyrået som har ansvaret for arbeidstakerens arbeids- og lønnsvilkår, og som er den *juridiske* arbeidsgiveren.³⁵ Det er også bemanningsforetaket som er pliktsubjekt for at likebehandlingsregelen i aml. § 14-12 a første ledd overholdes.³⁶

Mellom bemanningsbyrået og innleievirksomheten vil det foreligge det et *alminnelig kontraktsforhold*. Det overlatt til partenes avtalefrihet å bestemme både prisen for innleien og innleieperiodens varighet.³⁷ Et annet viktig aspekt ved kontraktsforholdet er at innleievirksomheten er pålagt en opplysningsplikt etter aml. § 14-12 b om hvilke lønns- og arbeidsvilkår den innleide ville hatt ved direkte ansettelse i innleievirksomheten. Kontraktsforholdet mellom bemanningsforetaket og innleievirksomheten fordrer dermed et samarbeidsforhold mellom partene av hensyn til lønnsfastsettelsen. Innleievirksomheten står imidlertid helt fritt til å si opp kontrakten uten å forholde seg til arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern.

Mellom innleievirksomheten og arbeidstakeren vil det ikke være noe ansettelsesforhold eller kontraktsforhold.³⁸ Arbeidsforholdet mellom partene vil imidlertid ligne mer på et regulært ansettelsesforhold enn et oppdragsforhold da innleievirksomheten både har ansvar for arbeidstakeren arbeid og instruksjonsmyndighet innen den avtalte oppdragstiden.³⁹ Spesielt ettersom at innleieforholdet kan strekke seg fra alt fra noen dager til *flere år*.⁴⁰ Innleievirksomheten har og

³³ Prop. 74 L (2011-2012) s. 9.

³⁴ Nils H. Storeng, Tom H. Beck, Arve Due Lund, Kari B. Andersen, Terje G. Andersen og Thomas Svendsen, *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utg. Universitetsforlaget 2020, s. 136.

³⁵ Prop. 74 L (2011-2012) s. 30.

³⁶ Ordlyden av «[b]emanningsforetaket skal sørge for» i aml. § 14-12 a første ledd.

³⁷ Prop. 74 L (2011-2012) s. 27.

³⁸ Storeng, Beck og Lund mfl. (2020) s. 136-137.

³⁹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 29.

⁴⁰ Prop. 74 L (2011-2012) s. 17.

arbeidsgiveransvaret med hensyn til HMS og arbeidstidsspørsmål.⁴¹ Ettersom at innleieforholdene kan vare nokså lenge, kan det imidlertid argumenteres for at innleid arbeidstaker i enkelte tilfeller kunne oppleve å ha en sterkere tilhørighet til innleievirksomheten enn til bemanningsforetaket som den formelle arbeidsgiveren.

3 Det nærmere innholdet i likebehandlingskravet

3.1 Kort introduksjon

Likebehandlingsprinsippet utgjør kjernen i bemanningsbyrådirektivet.⁴² Men hvilket innhold og hvilken funksjon har det egentlig? Dette spørsmålet vil være temaet i det videre.

Før innføringen av likebehandlingsprinsippet var det i det hovedsakelig opp til bemanningsforetaket og innleievirksomheten å fastlegge lønns- og arbeidsvilkårene for bemanningsbyråansatte. Innføringen av bemanningsbyrådirektivet brøt imidlertid med denne frie praksisen.

Likebehandlingsprinsippet er ment å gi stabile og forutberegnelige rammer for bemanningssektoren. I korte trekk går likebehandlingsprinsippet ut på at innleid arbeidstaker ikke skal forskjellsbehandles med innleievirksomhetens direkte ansatte av hensyn til lønns- og arbeidsvilkår. Regelen fordrer med andre ord en sammenligning av arbeids- og lønnsvilkårene til innleievirksomhetens direkte ansatte. Ved at norsk arbeidsliv er sterkt preget av faste og direkte ansettelser, motvirker prinsippet også at bemanningsbyråansatte har vesentlig dårligere vilkår og standarder enn det som gjelder innen resten av arbeidslivet.⁴³

⁴¹ Se aml. § 2-2 første ledd bokstav c og b.

⁴² Andreas van den Heuvel, «Bemanningsbyrådirektivet, EF-direktivet om arbeidsleie, fremvekst, regler og konsekvenser for nasjonal rett», *Tidsskrift for arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 5 2011 s. 155-286, på s. 228.

⁴³ Prop. 74 L (2011-2012) s. 8.

3.2 Rettslig grunnlag

Likebehandlingsprinsippet er regulert i aml. § 14-12 a første ledd. Som nevnt innledningsvis gjennomfører bestemmelsen bemanningsbyrådirektivets art. 5 nr. 1, jf. art. 3 nr. 1. Det heter i bestemmelsens første ledd at:

«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) overtidarbeid
- c) varighet og plassering av pauser og hvileperioder
- d) nattarbeid
- e) ferietid, feriepenger, fridager og godtgjøring på slike dager, og
- f) lønn og utgiftsdekning».

For det første bør det bemerkes at det er bemanningsforetaket som er pliktsubjektet etter bestemmelsen, og som således er ansvarlig for likebehandlingen. Dette følger eksplisitt av ordlyden av «[b]emanningsforetaket skal sørge for».

Dernest tilsier ordlyden av «minst» at det kan gis bedre vilkår for bemanningsbyråansatte enn hva som følger av bestemmelsen. Dette har sammenheng med at bemanningsbyrådirektivet er et såkalt minimumsdirektiv.⁴⁴ Kravet til likebehandling er begrenset til de arbeids- og lønnsvilkårene som fremgår av bestemmelsens a til f. Vilkårene i bestemmelsen er kumulative, og samtlige av dem må innfris for at innled arbeidstaker skal anses likebehandlet.⁴⁵ Likebehandlingen av de oppramsede vilkårene skal videre finne sted fra første dag den bemanningsbyråansatte starter arbeidet for innleier.⁴⁶

Etter bemanningsbyrådirektivets art. 5 nr. 1 følger det at de ”væsentligste arbeids- og ansættelsesvilkår, der gjelder for vikaransatte under deres udsendelse til en brugervirksomhed, skal mindst svare til dem, der ville være gældende, hvis de vikaransatte havde været ansat direkte af denne virksomhed til udførelse af samme arbejdsopgave”.

⁴⁴ Se bemanningsbyrådirektivets art. 9 nr. 1.

⁴⁵ Nicolay Skarning, *Midlertidige ansettelser, innleie og vikarbyrådirektivet*, Universitetsforlaget 2013 s. 123.

⁴⁶ Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.), *Arbeidsmiljøloven Kommentarer og praksis*, 4. utg., Fagbokforlaget 2017, kommentarer av Lill Egeland, s. 916.

Hva som skal regnes som «væsentlige arbeids- og ansættelsesvilkår» i art. 5 nr. 1 er nærmere definert i direktivets artikkel 3 punkt 1 bokstav f. Her står det at følgende vilkår skal være gjenstand for likebehandling:

- i) arbeidstidens lengde, overarbejde, pauser, hvileperioder, natarbejde, ferie og helligdage
- ii) aflønning.

Som det ovennevnte illustrerer, er definisjonen i direktivet er i stor grad sammenfallende med vilkårene i aml. § 12-14 a første ledd bokstav a til f. Det bør imidlertid bemerkes at departementet gikk noe lenger i beskyttelsen av bemanningsbyråansatte enn hva direktivet krever ved implementeringen. Blant annet går norsk rett lengre ved at også arbeidstidens «plassering» og «utgiftsdekning» skal likebehandles etter aml. § 14-12 a første ledd bokstav a og f.

3.3 Hjemmelsgrunnlagene for likebehandlingsprinsippet

Som nevnt oppstiller likebehandlingsprinsippet et krav om at de nevnte lønns- og arbeidsvilkårene for den bemanningsbyråansatte skal være like gode som for direkte ansatte innleievirksomheten. Under pkt. 3.1 ble det imidlertid fremhevet at det ikke vil være mulig å praktisere likebehandlingsprinsippet uten et sammenligningsgrunnlag. Vurderingen etter likebehandlingsprinsippet skal gjøres ut fra den situasjonen at arbeidstakeren ikke er innleid i virksomheten, men ansatt direkte i den.⁴⁷

Etter aml. § 14-12 a første ledd heter det at det er «*de vilkår* som ville kommet til anvendelse på» direkte ansatte som skal være gjenstand for likebehandling. Siden avhandlingen spisser seg inn på lønnsvilkåret, blir spørsmålet i det videre hvor lønnsvilkårene må finne sin *forankring*. Ordlyden av aml. § 14-12 a første ledd gir liten veiledning for denne problemstillingen.

I bemanningsbyrådirektivets art. 3 nr. 1 bokstav f heter det at de vesentlige arbeids- og lønnsvilkårene må ta utgangspunkt i hva som er fastsatt i «love og administrative bestemmelser, kollektive overenskomster og/eller andre bindende bestemmelser» som gjelder for innleievirksomheten.

I lovens forarbeider er direktivets anvisninger fulgt opp, og det følger at de arbeids- og lønnsvilkår som utgjør grunnlaget for likebehandlingen skal ta høyde for det som fremkommer av «lov eller forskrift, tariffavtale eller andre bindende bestemmelser som innleievirksomheten er underlagt».⁴⁸

Eksempler på «andre bindende bestemmelser» inkluderer «reglement som gjelder generelt i virksomheten», samt ensidige fastsatte bestemmelser av arbeidsgiver i «personall håndbøker, eller andre generelle rutiner og retningslinjer».⁴⁹ Ettersom at innholdet i lønnsforpliktelsene i norsk rett i

⁴⁷ Prop. 74 L (2011-2012) s. 24.

⁴⁸ Prop. 74 L (2011-2012) s. 105

⁴⁹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 53.

utgangspunktet ikke er lovregulert, men overlatt til partsautonomien, vil særlig anvisningen til tariffavtaler og øvrige bindende reglement være aktuelle hjemmelsgrunnlag for lønnsammenligningen.⁵⁰

De nevnte hjemmelsgrunnlagene inkluderer *objektive kriterier* for lønnsfastsettelsen, og gjør det klart at det er innleiers *systemer* for fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår som skal anvendes ved praktiseringen av likebehandlingsprinsippet.⁵¹ Har innleievirksomheten systemer for å behandle arbeidstakere ulikt basert på for eksempel ansiennitet, vil det imidlertid være adgang til dette.⁵² Utenfor de objektive kriteriene faller også rettigheter som er fremforhandlet gjennom *individuelle* arbeidsavtaler eller andre personlige goder.⁵³

Men hvordan stiller det seg dersom innleievirksomheten ikke har konkret regulering for lønnsfastsettelsen for det arbeidet innleid arbeidstaker utfører? For tilfeller hvor det ikke foreligger objektive kriterier for lønnsfastsettelsen, må det foretas en mer *hypotetisk* vurdering av hva innleievirksomheten alminneligvis ville gitt i lønn for det aktuelle arbeidet. Den legislative begrunnelsen for bak den hypotetiske vurderingen, er at likebehandlingsprinsippet skal gjelde uavhengig av om innleier har generelle bestemmelser for lønnsfastsettelse eller ei. Den hypotetiske vurderingen er slik ment å hindre omgåelser av reglene om likebehandling, og strekker seg lengre enn direktivets krav.⁵⁴

I den hypotetiske vurderingen vil det være relevant å se hen til vederlaget arbeidstakere i innleievirksomheten mottar for tilsvarende arbeid. Foreligger det ikke slik informasjon heller, vil *tariffavtaler* for tilsvarende arbeid i området kunne fungere som et tolkningsbidrag. Til tross for at den hypotetiske vurderingen kan bli utpreget skjønnsmessig, understrekes det i forarbeidene at det må foretas en *reell vurdering* av hva slags lønn den innleide arbeidstakeren ville hatt krav på som direkte ansatt i virksomheten.⁵⁵ Samtidig fremholdes det at bemanningsforetakene bør ha en viss skjønnsmargin i slike tilfeller.⁵⁶

⁵⁰ Skjønberg, Hognestad, Hotvedt (2020) s. 229.

⁵¹ Egeland (2017) s. 918.

⁵² Prop. 74 L (2011-2012) s. 24.

⁵³ Prop. 74 L (2011-2012) s. 53.

⁵⁴ Prop. 74 L (2011-2012) s. 54-55.

⁵⁵ Prop. 74 L (2011-2012) s. 53-54

⁵⁶ Prop. 74 L (2011-2012) s. 105.

3.4 Sammenligningsgrunnlaget

Et annet spørsmål som heller ikke løses direkte i loven, er om innleid arbeidstaker skal sammenlignes med seg selv som fast eller midlertidig ansatt i innleievirksomheten ved lønnsammenligningen.

Aml. § 14-12 a første ledd viser kun til at «utleid arbeidstaker minst [skal] sikres de vilkår som ville kommet til anvendelse dersom arbeidstaker hadde vært *ansatt* hos innleier for å utføre samme arbeid». Ordlyden gir imidlertid ikke svar på om innleid arbeidstaker skal sammenlignes med seg selv av hensyn til lønn som fast eller midlertidig ansatt.

Det følger av lovens forarbeider at den innleide skal sammenlignes med «direkte ansatte» eller «ansatte». ⁵⁷ Noe klart tolkningsbidrag på dette punkt gir forarbeidene ikke. Spørsmålet berøres så vidt i departementets etterfølgende veiledning av likebehandlingsprinsippet, hvor det heter at den innleide skal sammenlignes med seg selv enten som «midlertidig eller som fast ansatt». ⁵⁸ Heller ikke departementets etterfølgende veiledning avklarer den rettslige situasjonen for sammenligningsspørsmålet.

Problemstillingen er imidlertid lite praktisk, ettersom at arbeidsmiljøloven oppstiller et diskrimineringsforbud for midlertidige ansettelser hva gjelder «lønns- og arbeidsvilkår». ⁵⁹ Av denne grunn vil det ikke redegjøres for diskusjonen som har vært i litteraturen vedrørende denne problemstillingen. ⁶⁰

3.5 Bestemmelsens hensyn og formål

Det kan være relevant for analysen å nevne de hensyn som likebehandlingsprinsippet er ment å realisere. Det rådet i lang tid store forskjeller innenfor EU av hensyn til innleides rettslige situasjon, status og arbeidsvilkår. Av denne grunn har det blitt vedtatt flere direktiv, med formål om å beskytte innleide arbeidstakere. Bemanningsbyrådirektivet ble imidlertid først vedtatt av EU i 2008. ⁶¹

Bemanningsbyrådirektivets art. 2 peker ut tre bakenforliggende formål med direktivet. Det første formålet er å «beskytte vikaransatte og forbedre kvaliteten af vikararbejde». Innføringen av likebehandlingsprinsippet var å hjelpe med dette. Det andre formålet er å anerkjenne bemanningsbyråer som arbeidsgivere. Det tredje og siste formålet er å «etablere passende rammer for

⁵⁷ Prop. L 74 (2011-2012) s. 53

⁵⁸ Veiledning fra Arbeids- og sosialdepartementet: EUs vikarbyrådirektiv – gjennomføring i norsk rett fra 1.1.2013, sist oppdatert 06.07 2018, hentet fra [EUs vikarbyrådirektiv – gjennomføring i norsk rett fra 1.1.2013 - regjeringen.no](https://www.regjeringen.no) (besøkt 16.05.2021).

⁵⁹ Aml. § 13-1 tredje ledd, jf. aml. § 13-2.

⁶⁰ Se til eksempel Jan Fougner, Tarjei Thorkildsen, Tron Løkken Sundet og Lars Holo, *Arbeidsmiljøloven Lovkommentar*, 3. utg., Universitetsforlaget 2018 s. 757 og Egeland (2017) s. 918.

⁶¹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 10-11.

anvendelsen av vikararbejde», slik at innleie er utgjør en fleksibel ansettelsesform som igjen kan stimulere til å skape arbeidsplasser.⁶²

Ved implementeringen av kravet om likebehandling i aml. § 14-12 a) gikk imidlertid departementet noe videre i målsetningen for likebehandlingsprinsippet. Formålene ble tilpasset norsk rett, og er i likhet med direktivet flere. Det heter det i forarbeidene at departementet i ville påpeke at det:

«[U]avhengig av vikarbyrådirektivet, er behov for reguleringer som sikrer likebehandling av innleide med direkte ansatte på viktige områder, først og fremst for å sikre at omfanget og arbeidsvilkårene ved innleie ikke undergraver målene om et arbeidsmarked med en hovedvekt på *faste og direkte ansettelser*».⁶³

Departementet fant det også relevant at innføringen av likebehandlingsprinsippet ville forminske motivasjonen med «reduerte lønnskostnader» ved bruk av innleie, og motvirke «sosial dumping».⁶⁴ Som forarbeidene gir antydning på, er det flere hensyn enn de som nevnes direkte i direktivet som ligger bak likebehandlingsprinsippet i aml. § 14-12 a) første ledd. Det er bred enighet om at formålsanvisninger utgjør relevant rettskildemateriale når en skal anvende loven.⁶⁵ Hensynene kan gi viktige tolkningsbidrag ved den nærmere tolkningen rekkevidden av lønnsvilkåret bestemmelsen oppstiller, hvilket bringer avhandlingen over i neste del.

4 Generelt om lønnsbegrepet

4.1 Kort introduksjon

Spørsmålet i det videre vil omhandle rekkevidden av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Siktemålet med denne delen av avhandlingen er slik å gi et metodisk verktøy som kan brukes når avhandlingens konkrete analysegjenstand skal vurderes opp mot lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Et slikt grep anses hensiktsmessig ettersom at avhandlingen i sin kjerne omhandler klassifiseringer av økonomiske ytelser i et arbeidsforhold, og i forlengelsen bredden av bestemmelsens lønnsbegrep.

Som nevnt har ikke lønnsbegrepet noe samlet og enhetlig innhold i norsk rett, til tross for at vi har lover med ulike definisjoner.⁶⁶ Lønn regnes dermed et relativt begrep, og vil ha et varierende innhold

⁶² Prop. 74 L (2011-2012) s. 23.

⁶³ Prop. 74 L (2011-2012) s. 52.

⁶⁴ Prop. 74 L (2011-2012) s. 52.

⁶⁵ Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019 s. 189.

⁶⁶ Eksempelvis Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven) § 10, Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) § 5-10 og 12-2 litra a., og Lov 8 juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) § 2-7.

fra rettsområde til rettsområde. Forståelsen av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f i denne delen må derfor avgjøres med utgangspunkt i den konkrete bestemmelsen.

For oversiktens skyld kan gis det en nærmere forklaring av innholdet i de forskjellige tolkningsresultatene av lønnsbegrepet. Med et *snevert* og *tradisjonelt* lønnsbegrep forbeholdes lønnsbegrepet vederlag som er knyttet direkte opp mot selve utførelsen av arbeidet.⁶⁷ Som nevnt innledningsvis vil dette oftest utgjøre den månedlige pengeutbetalingen fra arbeidsgiver, ettersom at dette er den vanligste praksisen i Norge.⁶⁸ En snever tolkning av lønnsbegrepet medfører at vederlag som ikke har slik *konkret* forbindelse til arbeidsutførelsen vil falle utenfor lønnsvilkåret.⁶⁹

Ved et *vidt lønnsbegrep* derimot, vil tolkningsresultatet strekker seg utover det tradisjonelle lønnsbegrepets ramme. Et vidt lønnsbegrep kan igjen deles i to. For det første kan et vidt lønnsbegrep inkludere *ethvert vederlag* eller *gode* fra arbeidsgiver som er oppebåret i arbeidsforholdet, uten noen tilhørende arbeidsplikt for arbeidstaker.⁷⁰ Denne forståelsen utgjør imidlertid ytterkanten av det vide lønnsbegrepet. Jeg regner tolkningsresultatet også som vidt dersom mer *avledede* økonomiske ytelser enn dem som står i et direkte forhold til arbeidstakers arbeidsinnsats, omfattes. Felles for tolkningsalternativene er at de åpner for øvrige avtalte motytelser fra arbeidsgiver kan omfattes av vilkåret.⁷¹

Dersom lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f skal forstås snevert, vil det være vanskelig å argumentere for at tariffestede rettigheter ved legitimert fravær inngår i likebehandlingskravet, ettersom ytelsene kan anses som mer avledet av at det foreligger et ansettelsesforhold.⁷² Målet med lovtolkningsprosessen i denne delen blir slik å kartlegge hvilket tolkningsresultat som skal gjelde for lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.

4.2 Lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f

4.2.1 Innledende betraktninger

I tråd med alminnelig juridisk metodelære må utgangspunktet for analysen starte med lovens ordlyd for å kartlegge hvilket av de ovennevnte tolkningsresultatene som skal legges til grunn ved tolkningen av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.⁷³

⁶⁷ Thomas Keiserud og Kristine Ringstad Vartdal, «De nye innleiereglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14 – praktiske tolknings- og gjennomføringsspørsmål», *Tidsskrift for arbeidsrett*, nr. 1 2013, s. 147-179, s. 159.

⁶⁸ Hemmingby (2021) s. 100.

⁶⁹ Keiserud og Vartdal (2013), s. 159.

⁷⁰ Hemmingby (2021) s. 97.

⁷¹ Hemmingby (2021) s. 99.

⁷² Keiserud og Vartdal (2013) s. 159.

⁷³ Mads Henry Andenæs, *Rettskildelære*, 2. utg., M.H. Andenæs s. 15.

Ordlyden av «lønn» omfatter etter en alminnelig språklig forståelse vederlag fra arbeidsgiver til arbeidstaker for en løpende personlig arbeidsinnsats.⁷⁴ Som oftest vil denne motytelsen fra arbeidsgiver omfatte rene pengevederlag, men ordlyden stenger prinsipielt sett ikke for at naturalytelser også kan falle innenfor.

Det kan imidlertid innvendes at uttrykket «lønn» gir liten veiledning vedrørende begrepets rekkevidde. Som nevnt innledningsvis har endringene i arbeidslivet gjort at det rent semantisk det hevdes at vederlag fra arbeidsgiver igjen kan deles opp i underkategoriene «tradisjonell lønn» og andre «økonomiske lønnskomponenter».⁷⁵ Ordlyden oppstiller ingen rigid grense mellom disse tolkningsalternativene.⁷⁶

Likevel bør det bemerkes at bruken av det alternative vilkåret «utgiftsdekning» i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f, kan indikere en vid forståelse av lønnsbegrepet. En kontekstuell fortolkning av vilkårene i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f kan tale svakt i retning av et vidt lønnsbegrep.

Ettersom at ordlyden er tvetydig vedrørende problemstillingen, må det imidlertid ses hen til andre rettskildedefaktorer.

4.2.2 Andre lovers lønnsbegrep

Forståelsen av lønnsbegrepet er relativ og har et varierende innhold avhengig av rettsområde. Jeg har likevel valgt å begynne analysen med tolkningsbidrag fra lønnsbegrep i andre lover. For det første har lovene den største demokratiske legitimiteten bak seg, og er også den av rettskildene med mest autoritativ vekt. Av hensyn til koherens- og systembetraktninger bør det derfor først undersøkes om lønnsbegrepene i annen lovgivning kan tjene som tolkningsbidrag ved den nærmere fortolkningen av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.

Eksempler på definisjoner som er trukket frem i Høyesterettspraksis er likestillings- og diskrimineringsloven § 34 fjerde ledd, ferieloven § 10 første ledd og arbeidsmiljøloven § 13-2 første ledd bokstav c.⁷⁷

I likestillings- og diskrimineringsloven § 34 fjerde ledd defineres lønn som «det alminnelige arbeidsvederlaget og alle andre tillegg, fordeler og andre goder som ytes av arbeidsgiveren», i ferieloven § 10 første ledd som «arbeidsvederlag» og i arbeidsmiljøloven § 13-2 første ledd bokstav c) som «lønns- og arbeidsvilkår». En kontekstuell fortolkning av legaldefinisjonene i andre lover trekker

⁷⁴ Se HR-2020-2109-A avsnitt 58.

⁷⁵ Se fotnote 7 for eksempler på innholdet i de to økonomiske underkategoriene.

⁷⁶ Hemmingby (2021) s. 20. Høyesteretts uttalelser i HR-2018-1037-A avsnitt 26 og trekker samme retning.

⁷⁷ Lov 16. juni nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) og Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven).

i retning av et vidt lønnsbegrep. Særlig ordlyden i likestillings- og diskrimineringsloven § 34 fjerde ledd legger opp til en svært vid og fleksibel forståelse av lønnsvilkåret.

Samtidig er det fremholdt i samstemt Høyesterettspraksis at definisjonene av lønn i annen lovgivning har begrenset verdi som tolkningsbidrag til lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. I Manpower-dommen, HR-2018-1037-A, uttalte retten at:

«Det kan [...] ikke ha vært noe aktuelt alternativ for departementet å benytte en slik tilnærming som i likestillings- og diskrimineringsloven, hvor alle goder fra arbeidsgiveren er inkludert. Heller ikke reguleringen i ferieloven kan ha vært aktuell som mønster for likebehandlingsregelen. [...] Noe bidrag til forståelsen av lønnsbegrepet i tjenestemannsloven § 3 B [...] gir [aml. § 13-2 heller] ikke».⁷⁸

Høyesterett kommer med tilsvarende uttalelser i Semco-dommen, HR-2020-2109-A, hvor det fremholdes i avsnitt 57 at:

«Det finnes riktignok lover som definerer lønnsbegrepet i vedkommende lov, se for eksempel likestillings- og diskrimineringsloven § 34. Men i mangel av et generelt lønnsbegrep bør man være *varsom med å tolke lønnsbegrepet i likebehandlingsregelen på grunnlag av andre bestemmelser om lønn*».

Dommene gir klart uttrykk for at lønnsbegrepene i annen lovgivning ikke utgjør veldig relevante tolkningsbidrag for lønnsvilkåret i likebehandlingsregelen. Det legges dermed begrenset vekt på slutningene fra andre lovers lønsdefinisjoner i vurderingen av om lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bør forstås vidt eller snevert.

4.2.3 Lønnsbegrepets rekkevidde i lys av sentrale rettskilder

Forarbeidenes anvisninger er både en relevant og tungtveiende rettskilde ved lovtolkningen.⁷⁹ I forbindelse med implementeringen av bemanningsbyrådirektivet foretok Arbeids- og sosialdepartementet en noe sjablongmessig avgrensning av hva som inngår i lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Til tross for at det ikke finnes en enhetlig og generell forståelse av begrepet i norsk rett, la imidlertid departementet som et utgangspunkt til grunn at:

«Utgangspunktet er [...] at alt *vederlag for arbeid* skal omfattes av lønnsbegrepet.»⁸⁰

⁷⁸ HR-2018-1037-A avsnitt 37.

⁷⁹ Høgberg og Sunde (2019) s. 85.

⁸⁰ Prop L 75 (2011-2012) s. 55.

Uttrykket «vederlag for arbeid» tilsier etter en alminnelig språklig forståelse at arbeidsgivers ytelser må stå i et forhold til arbeidstakers arbeidsinnsats. Isolert sett *kan* dette tale for et snevert lønnsbegrep. Samtidig er termen «vederlag for arbeid» imidlertid uklar, og kan sies å åpne for skjønn. Forarbeidene er heller ikke entydige på om «vederlag for arbeid» skal anses som en *definisjon* eller som et *utgangspunkt* for hvordan lønnsbegrepet i bestemmelsen skal forstås.⁸¹ Forarbeidenes anvisning gir slik opphav til grunnleggende tolkningsspørsmål. Uttrykket «vederlag for arbeid» behøver en klarere konkretisering, hvor svaret må bero på en kontekstuell fortolkning av forarbeidenes anvisninger.

Forarbeidene oppstiller i noen tilfeller klare eksempler på hva som skal regnes som «vederlag for arbeid», og derfor anses som «lønn». For det første vises det til at «vederlag for arbeid» inkluderer «*faste* vederlag for utført arbeid», *uavhengig av hvilken form vederlagene ytes i*.⁸² Det vil si at lønn i form av *naturalia* omfattes av vilkåret.⁸³ Det bør bemerkes at bruken av «*faste*» og «*utført arbeid*» kan tale i retning av departementet ønsket en mer snever tolkning av lønnsbegrep i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f, ettersom at slike vederlag vil omfatte kompensasjon for en *løpende* arbeidsinnsats.

Rettslig sett har lønnsbegrepet en nær forbindelse til *arbeidstid*. Vedrørende dette aspektet av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f presiseres forarbeidene at tillegg for uregelmessige arbeidstider omfattes skal omfattes av bestemmelsens lønnsvilkår. Eksempelvis inkluderes overtidbetaling, tillegg for ubekvem arbeidstid, utkallingstillegg og skifttillegg. Tilsvarende tankegang gjør seg gjeldende for tillegg for *type arbeid*. Til eksempel vil lønnstillegg for risikofylt arbeid eller smusstillegg inngå likebehandlingsbestemmelsens lønnsvilkår.⁸⁴

Det finnes ulike lønnsystemer i norsk rett, hvor hovedskillet står mellom «fast lønn» og «variabel lønn». Førstnevnte baserer seg på fast arbeidstid med fast måneds- eller årslønn, mens den variable lønnen vil være snarere vil være relativ og basert på arbeidstakerens prestasjoner.⁸⁵ Etter forarbeidene er det imidlertid uten betydning hvilken måte lønnen opptjenes på, så fremt innleid arbeidstaker lønnes etter den gjengse avlønningsformen for den type arbeid som arbeidstaker er leid inn for å utføre. Lønnsbegrepet i bestemmelsen vil derfor kunne inkludere akkordlønn eller provisjonslønn, også som tillegg til en viss fastlønn så lenge det utgjør den vanlige avlønningsformen hos innleievirksomheten.⁸⁶

Det ovennevnte gir et bakteppe for departementets synspunkter vedrørende sentrale sider ved lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Hovedfokuset for denne avhandlingen er

⁸¹ Se HR-2020-2109-A avsnitt 21.

⁸² Prop. 74 L (2011-2012) s. 56.

⁸³ Prop. 74 L (2011-2012) s. 55.

⁸⁴ Prop. 74 L (2011-2012) s. 55.

⁸⁵ Hemmingsby (2021) s. 103.

⁸⁶ Prop. 74 L (2011-2012) s. 55.

imidlertid lønnsbegrepets *rekkevidde*, og i forlengelsen om det kan strekkes så langt at mer atypiske økonomiske ytelser enn det som tradisjonelt er lagt til grunn, omfattes av bestemmelsens lønnsvilkår

Spørsmålet knyttet til *konkrete* økonomiske ytelser, drøftes i forarbeidene i henhold til to typeeksempler. De to eksemplene som blir trukket frem er knyttet til bonuser og pensjon.

Vedrørende bonusordninger synes departementet å holde døren åpen, men under tvil. Avgjørende for om bonusordninger omfattes av likebehandlingsprinsippet ble funnet å være om innleid arbeidstaker «ville ha krav på den aktuelle bonusen ved en direkte ansettelse hos innleier, sett hen til type arbeid, varighet av oppdraget/arbeidet o.l.».⁸⁷

Videre tilsier departementets drøftelser vedrørende pensjonsordninger at denne ytelsen skal pensjon skal holdes utenfor bestemmelsens lønnsbegrep. Bakgrunnen for dette var at det ville medføre «store praktiske problemer, betydelige kostnader og administrative byrder». Dessuten ble det fremholdt at slik inkludering ville ha skapt en uavklart side til pensjonslovene, samt at bemanningsforetakene uansett vil være forpliktet til å sørge for obligatorisk tjenstepensjon for sine ansatte.⁸⁸

En annen problemstilling som ble fremhevet knyttet seg til utgiftsdekning ved arbeid utenfor hjemstedet. Eksempler på dette var utgifter til kost, losji og arbeidstøy. Mange høringsinstanser hadde imidlertid fremholdt at de ikke fant det naturlige å innfortolke slike utgiftsposter i lønnsbegrepet. Ettersom at slike utgifter på enkel måte kan komme til å utgjøre betydelige beløp, fant departementet at det var nødvendig å inkludere det alternative vilkåret «utgiftsdekning» i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f for å sikre at likebehandlingskravet ble etterlevd også for slike arbeidsgiverytelser.⁸⁹ En eventuell ekskludering av slike utgifter ble funnet å kunne utgjøre en *vesentlig forskjellsbehandling* av innleide og direkte ansatte.⁹⁰

Til sist gav departementet ut en veiledning om gjennomføringen av bemanningsbyrådirektivet i norsk rett hvor en konkret økonomisk ytelse drøftes. I denne gis det uttrykk for at lønnsvilkåret ikke omfatter kollektive forsikringer hos innleier, ettersom at slike ordninger ikke kan anses som «vederlag for arbeid».⁹¹

Det klare inntrykket etter forarbeidene er slik at alle ytelser som kan karakteriseres som «vederlag for arbeid» skal omfattes av likebehandlingskravets lønnsvilkår. Uttrykket «vederlag for arbeid» bygger på hovedsakelig på en «ytelse mot ytelse»-tankegang mellom arbeidsgivers og arbeidstakers bidrag i arbeidsforholdet. Særlig bruken av «for arbeid» indikerer at lønnsbegrepet i bestemmelsen i

⁸⁷ Prop. 74 L (2011-2012) s. 56.

⁸⁸ Prop. 74 L (2011-2012) s. 56.

⁸⁹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 56.

⁹⁰ Prop. 74 L (2011-2012) s. 57.

⁹¹ Departementets etterfølgende veiledning.

utgangspunktet forbeholdes ytelser som står i et direkte forhold til arbeidstakers arbeidsinnsats. Også anvisningen til «faste vederlag» understøtter som nevnt denne innfallsvinkelen.

På den annen side bør det bemerkes at de eksempler av konkrete ytelsene som opplistes kan tilsi at et vidt lønnsbegrep er mer nærliggende. Særlig diskusjonen vedrørende bonuser og pensjonsordninger tilsier at departementet ikke utelukket at ytelser som ikke nødvendigvis har noen nær eller direkte tilknytning til arbeidsutførelsen skal inngå i lønnsbegrepet. Anvisningen til at utgiftsdekning skal omfattes av likebehandlingskravet kan også peke i retning av et vidt lønnsbegrep, ved at slike utgifter i noen tilfeller ikke nødvendigvis behøver å ha noen nær forbindelse med arbeidstakers utføring av arbeidet.

Forarbeidenes bidrag er med andre ord uklare hva gjelder om lønnsvilkåret skal undergis en vid eller snever fortolkning. Det er dermed nødvendig å supplere forarbeidene med ytterligere rettskilder for å finne ut av hvilket tolkningsresultat av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f som skal anlegges.

Høyesterett har avsagt to nyere dommer knyttet til konkrete økonomiske ytelser sin inkludering i lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Den første dommen fra Høyesterett er inntatt i Manpower-dommen, HR-2018-1037-A.⁹² Saken gjaldt i korte trekk en vikaransatt som utførte oppdrag for Statens Vegvesen med avtalt tjenestested Tønsberg trafikkstasjon. Spørsmålet var om den bemanningsbyråansatte hadde krav på *godtgjørelse for reisetid* mellom hjemmet og Larvik trafikkstasjon i forbindelse med ambulerende tjeneste der, på lik linje med de faste ansatte i virksomheten.

Av Manpower ble det anført at «lønn» i tjenestemannsloven § 3B bokstav f bare omfattet vederlag for arbeid. Videre hevdet bemanningsbyrået at lønnsbegrepet ikke omfatter andre godtgjørelser i form av økonomiske goder som ikke kunne knyttes til utførelsen av arbeidet eller arbeidstiden.⁹³ Retten fant imidlertid at godtgjørelsen for reisetid var å regne som «lønn» i tjenestemannsloven § 3B sin forstand, selv om reise godtgjørelsen verken var direkte forbundet til arbeidstakers arbeidsytelse eller arbeidstiden. Av prinsipiell karakter uttalte førstvoterende at:

«Gjennomgangen i [forarbeidene] av forskjellige ytelser og opptjeningsmåter er detaljert. Men jeg oppfatter den ikke som en *uttømmende angivelse* av hva som skal omfattes.»⁹⁴

Dernest ble det uttalt at:

⁹² Det bør bemerkes at dommen gjaldt den nå opphevede tjenestemannsloven § 3B. Bestemmelsen var sammenfallende med aml. § 14-12 a, og nå erstattet med statsansatteloven § 11 sjette ledd.

⁹³ HR-2018-1037-A avsnitt 13.

⁹⁴ HR-2018-1037-A avsnitt 33

«De eksemplene som gjennomgås – sammenholdt med tilføyelsen av uttrykket «utgiftsdekning» - viser at regelen er ment å omfatte *mer enn rent vederlag for arbeid*. Formålet – *reell likebehandling* av vikarer og faste ansatte – ser ut til å ha vært styrende for avgrensningen og at departementet derfor ønsket *et vidt anvendelsesområde*.»⁹⁵

Retten la videre til grunn at det ikke var en nødvendighet at ytelsen knyttet seg opp til arbeidstiden.⁹⁶ Det avgjørende synes snarere å være at vikaren reelt sett hadde fått mindre kompensasjon enn ansatte som utførte samme arbeid og som hadde samme møtetid- og sted, hvilket igjen ville undergravd hensynet til reell likestilling mellom bemanningsbyråansatte og direkte ansatte. Rettens tolkning av forarbeidene, sammenholdt med det reelle hensynet knyttet til reell likebehandling, synes å være de avgjørende rettskildene for rettens standpunkt i saken.

Særlig uttalelsene om at lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f skal omfatte «*mer enn rent vederlag for arbeid*» og ha «et vidt anvendelsesområde» er viktige for oppgavens problemstilling under denne del. Dommen synes dermed å gi uttrykk for at lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f skal angis en vid fortolkning, samt at det særlig bør legges vesentlig vekt på formålsbetraktninger ved tolkningen av lønnsvilkårets konkrete rekkevidde.

Den andre avgjørelsen som tar opp rekkevidden av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f er Semco-dommen, HR-2020-2109-A. Arbeidstakerne i saken var ansatt i Semco Maritime AS og innleid hos Aker BP over en periode på fire år. Spørsmålet som reiste seg var hvorvidt de innleide arbeidstakere i kraft av likebehandlingskravet i aml. § 14-12 a hadde krav på resultatbasert selskapsbonus, på lik linje med faste ansatte i innleieselskapet. Selskapsbonusen utgjorde en insentivordning på virksomhetsnivå for å belønne arbeidstakernes samlede arbeidsinnsats.⁹⁷ Med andre ord var ikke bonusen direkte knyttet til de enkelte arbeidstakernes arbeidsinnsats, men knyttet en samlet gruppeinnsats. Retten besvarte spørsmålet bekreftende, slik at de innleide hadde krav på den aktuelle selskapsbonusen på lik linje med direkte ansatte hos Aker BP.

Vedrørende spørsmålet om bonusordningen skulle anses som «lønn» etter aml. § 14-12 a første ledd bokstav f uttaler førstvoterende at:

«Ved avgjørelsen av om bonus er lønn i lovens forstand, vil målsettingen om å oppnå reell likestilling mellom avlønningen av fast ansatte og innleide, [...] være av betydning som tolkningsmoment. Dette gjelder både ved *lovtolkningen* og ved den konkrete rettsanvendelsen.»⁹⁸

⁹⁵ HR-2018-1037-A avsnitt 33

⁹⁶ HR-2018-1037-A avsnitt 39 og 41

⁹⁷ HR-2020-2109-A avsnitt 54.

⁹⁸ HR-2020-2109-A avsnitt 76.

Høyesterett opprettholder også uttalelsene knyttet til et vidt lønnsbegrep slik de ble fremmet i HR-2018-1037-A, Manpower-dommen, hvor det ble uttalt at lønnsvilkåret er ment å omfatte «mer enn rent vederlag for arbeid».⁹⁹ Samtidig gir Høyesterett i Semco-dommen uttrykk for at lønnsbegrepet ikke kan forstås så vidt at alle goder fra arbeidsgiver er inkluderes.¹⁰⁰ Sammenlagt synes imidlertid uttalelsene å være klare på at lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a i alle fall ikke bør tolkes snevert. Snarere synes synspunktene i dommen å legge til rette for et vidt lønnsbegrep, i tråd med formålet om reell likebehandling av bemanningsbyråansatte og direkte ansatte hos innleievirksomheten.

Samlet synes de ovennevnte dommene å gi uttrykk for at rettspraksis tar til orde for et vidt lønnsbegrep. Felles for dem begge er retten anlegger formålsrettede fortolkninger av lønnsvilkåret for å oppnå reell likebehandling av innleide arbeidstakere og direkte ansatte hos innleievirksomheten. Siden begge dommene konkluderer med at økonomiske ytelser som strekker seg utover den tradisjonelle lønnsutbetalingen omfattes av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f, anses dette som et prinsipielt begrunnet standpunkt for lønnsvilkårets rekkevidde. Dommene anses derfor som vektige argument for at lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f bør forstås *vidt*.

Temaet knyttet til et vidt eller snevert lønnsbegrep har også vært hyppig diskutert i juridisk litteratur. Til eksempel argumenterer Lil Egeland for at lønnsbegrepet er nødt til å tolkes i lys av forarbeidenes rettslige utgangspunkt, og slik må ses ut fra et «ytelse- mot ytelse-prinsipp». Et hvert vederlag som direkte kan knyttes opp mot utført arbeid vil derfor falle innenfor. Ytelser som er avledet av at det foreligger et ansettelsesforhold, faller etter forfatterens syn utenfor lønnsbegrepets rekkevidde.¹⁰¹

Også Thomas Keiserud og Kristine Ringstad Vartdal behandler problemstillingen om lønnsvilkåret omfatter ethvert vederlag som er oppebåret i arbeidsforholdet, eller om den skal avgrenses til vederlag for utførelsen av arbeid som i snever forstand. Etter deres oppfatning synes både ordlyden av «lønn» og de nærmere synspunktene om «vederlag for arbeid» slik de fremholdes i lovens forarbeider å tale for et lønnsbegrep i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f bør tolkes snevert. Samtidig er forfatterne usikre i sin konklusjon, og nevner den vil kunne åpne for forskjellsbehandling mellom innleide arbeidstakere og direkte ansatte i innleievirksomheten.¹⁰²

Noe vanskeligere er det imidlertid å tolke Nicolay Skarning sin holdning til problemstillingen. Forfatteren fremholder at synspunktene i forarbeidene klart taler for et «vidt lønnsbegrep».¹⁰³ Samtidig fremhever han at det sentrale med ytelsene *må* være vederlag for arbeid, altså en *ytelse mot en ytelse*. Videre poengterer han at dersom en ordning *ikke står i et forhold* til arbeidsytelsen til den ansatte, altså

⁹⁹ HR-2020-2109-A avsnitt 65.

¹⁰⁰ HR-2020-2109-A avsnitt 65-66.

¹⁰¹ Egeland (2017) s. 921-922.

¹⁰² Keiserud og Vartdal (2013) s. 159

¹⁰³ Skarning (2013) s. 124.

et lojalitetsgode, vil denne ordningen falle utenfor likebehandlingskravet¹⁰⁴. Sistnevnte synspunkt synes å tale for at forfatteren argumenterer for at lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a) første ledd bokstav f bør tolkes snevert.

På den annen side finnes det også eksempler hvor juridiske forfattere argumenterer for et videre lønnsbegrep bør anlegges etter aml. § 14-12 a) første ledd bokstav f. Til eksempel nevner Atle Stønsteli og Einar Stueland at hovedformålet med likebehandlingsprinsippet i aml. § 14-12 a) første ledd er å verne innleide arbeidstakere. De benytter formålet som et argument for at også ytelser som gis i kraft av et arbeidsforhold må omfattes av lønnsbegrepet for at likebehandlingen skal bli mest mulig reell. Forfatterne nyttiggjør seg også av et annet formål bak innleiereglene, hvilket er å sikre en viss fleksibilitet for arbeidsgiver. Herunder mener de at det ikke ligger innenfor dette formålet at arbeidskraften skal være billigere, og på den måten bidra til å undergrave hovedregelen i norsk rett om fast ansettelse¹⁰⁵.

Som de ovennevnte synspunktene i rettslitteraturen illustrerer, er det uenighet om lønnsbegrepet i likelønnsbestemmelsen skal forstås på en vid eller snever måte. Forfatterne har gode argumenter for sine standpunkt, og begge tolkningsresultat fremstår dermed som legitime.

4.2.4 Tolkningsbidrag fra EUs bemanningsbyrådirektiv

I denne delen av analysen vil det drøftes hvorvidt direktivets, og i forlengelsen EU-retten som sådan, kan kaste lys over rekkevidden av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a) første ledd bokstav f.

Det var opp til medlemsstatene å definere lønnsbegrepet i relasjon til direktivet i forbindelse med implementeringen.¹⁰⁶ I utgangspunktet taler dette for at kun nasjonale kilder er relevante for den rettslige analysen av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a) første ledd bokstav f. Særlig siden det ikke foreligger rettspraksis fra EU-domstolen som avklarer grensene for statens lønnsbegrep i relasjon til direktivet.¹⁰⁷

Samtidig vises det i forarbeidene til en uttalelse fra EU Kommisjonens ekspertgruppe.¹⁰⁸ I denne rapporten understrekes det at EU-domstolen i en sak vedrørende lønnsdefinisjonen i bemanningsbyrådirektivet kan komme til å bruke lønnsdefinisjonen i TFEU art. 157, som definerer lik lønn for mannlige og kvinnelige arbeidstakere, som tolkningsinspirasjon.¹⁰⁹ Selv om denne type

¹⁰⁴ Skarning (2013), s. 124-125

¹⁰⁵ Johansen og Stueland, *Arbeidsmiljøloven Kommentarer og praksis*, 3 utg., Gyldendal 2020, s. 667.

¹⁰⁶ Bemanningsbyrådirektivets art. 3 nr. 2.

¹⁰⁷ HR-2020-2109-A avsnitt 60.

¹⁰⁸ Prop. 74 L (2011-2012) s. 56.

¹⁰⁹ Transposition of Directive 2008/104/EC on temporary agency work – Report on the work of the Expert Group (August 2011) s. 19. Hentet fra <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=706&langId=en&intPageId=207> (besøkt 29.03.2021).

uttalelser sjelden blir tillagt vekt av EU-domstolen, kan de likevel tas til inntekt for at ekspertgruppen med tilslutning fra Kommisjonen anser TFEU art. 157 som et utgangspunkt for tolkningen av bemanningsbyrådirektivets likelønnsbestemmelse, og slik som en relevant rettskilde for analysen.¹¹⁰

Rettskildene knyttet til det underliggende direktiv vil også kunne anses som relevante for analysen gjennom presumsjonsprinsippet.¹¹¹ Spesielt ettersom at rekkevidden av lønnsbegrepet i gjennomføringsregelen i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f er uklar.

4.2.5 EU-rettens lønnsbegrep

Lønnsbegrepet fremgår i mange forskjellige EU-regelverk, både i traktatene og i ulike direktiv. Rettskildematerialet er rikholdig.¹¹² Ettersom at både EU Kommisjonens ekspertgruppe og lovens forarbeider viser til TFEU art. 157 sin relevans for lønnsbegrepet i bemanningsbyrådirektivet og dermed også aml. § 14-12 a første ledd bokstav f, legges det imidlertid avgjørende vekt på tolkningsbidraget av denne artikkelen i analysen. TFEU art. 157 nr. 2 inneholder følgende definisjon av lønnsbegrepet:

«... «pay» means the ordinary basic or minimum wage or salary and *any other consideration* whether in cash or in kind, which the worker receives directly or indirectly, *in respect of his employment*, from his employer”.

Ordlyd av «any other consideration» indikerer lønnsbegrepet i prinsippet omfatte alle typer ytelser som betales til en arbeidstaker kun i egenskap av å være arbeidstaker. Ordlyden i traktatsdefinisjonen kan derfor ikke sies å bygge på en forutsetning om at det må være tale om godtgjørelse for utført arbeid for at en ytelse skal være å regne som lønn.¹¹³ Ordlyden i TFEU art. 157 nr. 2 kan dermed brukes som et argument for å anlegge en fleksibel og vid tolkning av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.

Ved analysen betydningen av lønnsbegrepet i TFEU art. 157 er rettspraksis fra EU-domstolen en sentral rettskilde. Et vidt lønnsbegrep har fått tilslutning i praksis fra EU-domstolen. I sak C-457/93 fra EU-domstolen uttaler retten følgende vedrørende uttrykket «any other consideration»:

«... as the Court has consistently held, the concept of pay within the meaning of Article 119 of the Treaty comprises any other consideration, whether in cash or in kind, whether immediate or future, provided that the worker receives it, albeit indirectly, *in respect of his*

¹¹⁰ Eidsvaag (a) (2018) s. 145.

¹¹¹ Andenæs (2009) s. 59.

¹¹² Rajvinder Singh Bains, «Lønn i EU-retten – Begreper, funksjoner og gjennomføring i norsk rett», *Tidsskrift for arbeidsrett*, nr. 1 2013 s. 2.

¹¹³ Bains (2013) s. 6.

*employment from his employer, and irrespective of whether the worker receives it under a contract of employment, by virtue of legislative provisions or on a voluntary basis”.*¹¹⁴

Også disse uttalelsene trekker klart i retning av et vidt lønnsbegrep. Det må imidlertid tas stilling til hvilken rettskildemessige vekt disse tolkningsbidragene kan ha for lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a, ettersom at medlemslandene etter direktivets art. 3 nr. 2 i utgangspunktet er overlatt til overlatt til å benytte sitt sedvanlige lønnsbegrep.

Av relevans for EU-rettens betydning i relasjon til lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f er særlig uttalelsene i Semco-dommen, HR-2020-2109-A. Her uttaler førstvoterende av prinsipiell karakter at:

«Lønnsbegrepet i traktaten om Den europeiske unions virkeområde (TEUV) artikkel 157 gir [...] ikke holdepunkter for hvordan lønnsbegrepet i [bemannings]byrådirektivet skal forstås, slik de ankende parter gjør gjeldende. [...] Den uttrykkelige anvisningen på et nasjonalt lønnsbegrep og fraværet av et enhetlig lønnsbegrep i EU gjør imidlertid at jeg ved fastsettelsen av hva som er «lønn», ikke finner grunn til å gå nærmere inn på EU-retten generelt, på artikkel 157 spesielt, og heller ikke på andre lands rett».¹¹⁵

Førstvoterende synes med disse uttalelsene å avfeie anvisningen forarbeidene gir til TFEU art. 157 nr. 2 sin relevans for tolkningen av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.¹¹⁶ Direktivet utgjør imidlertid et såkalt minimumsdirektiv som skal sikre en minimumsbeskyttelse av innleide arbeidstakerne.¹¹⁷ For at lønnsbeskyttelsen etter direktivet ikke skal uthules, kan det argumenteres for at det bør søkes å anvende mekanismer som stenger for omgåelsesproblematikk av minimumsbeskyttelsen direktivet er ment å fremme. Et slikt tiltak kan være å anlegge en vid tolkning av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.¹¹⁸

Den rettskildemessige vekten til EU-retten knyttet til forståelsen av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a synes i lys av rettskildebildet å være vanskelig definerbar. Høyesterett har i dom Semco-dommen, HR-2020-2109-A, lagt til grunn at EU-rettens lønnsbegrep har så godt som ingen relevans ved tolkningen av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a, samtidig som det finnes henvisninger i forarbeidene som kan indikere det motsatte.¹¹⁹ Noen nevneverdig vekt knyttet til problemstillingen vedrørende om et vidt

¹¹⁴ Dom av 6. februar 1996 [GC], Kuratorium für Dialyse, C-457/93, EU:C:1996 avsnitt 21.

¹¹⁵ HR-2020-2109-A avsnitt 61 og 62.

¹¹⁶ Prop. 74 L (2011-2012) s. 55.

¹¹⁷ Bemanningbyrådirektivets art. 9 nr. 1 og nr. 2.

¹¹⁸ Bains (2013) s. 58.

¹¹⁹ Prop. L 74 (2011-2012) s. 56.

eller snevert lønnsbegrep anlegges i relasjon til vilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f gir imidlertid ikke tolkningsbidragene fra EU-retten.

4.2.6 Formålsbetraktninger

Reelle hensyn er en samlekategori som omfatter ulike relevante vurderinger ved den nærmere lovtolkningen.¹²⁰ Hensynene kan inkludere alt fra generelle rettslige vurderinger til om løsningen er samfunnsøkonomisk effektiv, og kan være veiledende for hvilket tolkningsresultat som bør legges til grunn. Hvilke konkrete hensyn gjør seg så gjeldende vedrørende problemstillingen om lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f bør forstås vidt eller snevert? Avhandlingen vil forsøke å skissere dette i det videre. Det vil tas utgangspunkt i de hensyn som er blitt fremhevet i Høyesterettspraksis.

Under pkt. 4.2.3 er det vist til at Høyesterett stor vekt på reelle hensyn ved den nærmere fortolkningen av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Særlig hensynet til reell likebehandling av innleide arbeidstakeres lønnsvilkår har fått betydelig gjennomslagskraft.¹²¹ Hensynet til reell likebehandling taler dermed med tyngde for at innleid arbeidstaker også har krav på øvrige lønnskomponenter utover det tradisjonelle lønnsbegrepet, og slik for et vidt lønnsbegrep forutsatt at direkte ansatte hos innleievirksomheten har rett til den aktuelle økonomiske ytelsen.

Videre kan det argumenteres for at en vid fortolkning vil og være med på å hindre omgåelsesproblematikk, for eksempel ved at arbeidsgiver ikke definerer den økonomiske ytelsen som «lønn» i arbeidsavtalen.¹²² Et snevert lønnsbegrep vil potensielt kunne gi et økonomisk incitament til å bruke innleie fremfor faste ansettelse, noe som vil bryte med tanken bak likebehandlingsprinsippet.¹²³ I lys av faren for omgåelsesproblematikk, synes en vid fortolkning av lønnsbegrepet å fremstå som en fornuftig løsning. Et vidt lønnsbegrep i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f vil bidra til *effektivt lønnsvern* for innleide arbeidstakere, og minske motivasjonen med reduserte lønnskostnader ved bruken av innleie.

Andre hensyn er hvilke «praktiske vanskeligheter», «betydelige kostnader» og «administrative byrder» det vil medføre om lønnskomponenten omfattes av lønnsbegrepet relevante.¹²⁴ Felles for hensynene er at de kan samles under «sysselsettingshensynet». Som departementet påpeker i forarbeidene, gir arbeidsleie fra bemanningsfortak virksomhetene mulighet til å tilpasse svingninger i arbeidskraftbehovet og dekke opp midlertidig fravær blant de ansatte.¹²⁵ Innleie utgjør slik en fleksibel sysselsettingsform. Tolkes lønnsbegrepet for vidt kan dette medføre store beregningsvansker for

¹²⁰ Andenæs (2009) s. 55.

¹²¹ HR-2018-1037-A og HR-2020-2109-A.

¹²² Se til eksempel HR-2020-2109-A avsnitt 77.

¹²³ Se til eksempel HR-2020-2109-A avsnitt 77.

¹²⁴ Se HR-2018-1037-A avsnitt 41 og HR-2020-2109-A avsnitt 78.

¹²⁵ Prop. 74 L (2011-2012) s. 8.

bemanningsbyråene, noe som potensielt kan undergrave bemanningsbransjen sin rolle i et velfungerende arbeidsmarked.

Sysselsettingshensynet taler dermed for at lønnsbegrepets rekkevidde bør være relativt alt ettersom hvilken tyngde de ovennevnte hensynene slår inn med, da det vil være avhengig av den aktuelle ytelsen. Vurdert opp mot problemstillingen om et vidt eller snevert lønnsbegrep bør anlegges etter aml. § 14-12 a første ledd bokstav f, vil med andre ord vekten av reelle hensyn kunne slå ut forskjellig i lys av hvilken økonomisk tilleggsytelse det er snakk om.

4.2.7 Sammenfatning av lønnsbegrepet

Etter en konkret lovtolkningsprosess av de relevante rettskildene på området, er tolkningsresultatet av lønnsvilkåret etter aml. § 14-12 a første ledd bokstav f skal forstås *vidt*. Som nevnt under pkt. 4.1 tilsier et vidt lønnsbegrep at mer avledede økonomiske ytelser enn dem som står i et direkte forhold til arbeidstakers arbeidsinnsatsen omfattes. Det legges her spesielt vekt på synspunktene slik de kommer til uttrykk i nyere rettspraksis, ettersom at ytelsene i de nevnte dommene ikke stod i noe *direkte* forhold til arbeidstakernes utføring av arbeid.

5 Avhandlingens analysegjensstand

5.1 Innledende betraktninger

Spørsmålet i det videre om lønnsbegrepet aml. § 14-12 a første ledd bokstav f inkluderer økonomiske ytelser utover lovfestede regler i forbindelse med legitimert fravær. Problemstillingen forutsetter at direkte ansatte hos innleievirksomheten har krav på slike ytelser i kraft av tariffavtale. For at et likebehandlingskrav skal ha praktisk betydning for den aktuelle ytelsen, er det imidlertid en forutsetning for oppgavens problemstilling at de ansatte ikke har tilsvarende tariffestede rettigheter hos bemanningsbyrået.

Dersom avhandlingens tese gir positivt svar, vil slike lønnskomponenter inkluderes av bestemmelsens likebehandlingsprinsipp. Innleide arbeidstakere vil da ha krav på full lønn fra bemanningsbyrået på lik linje med de direkte ansatte hos innleievirksomheten i *tidsrommet for den avtalte oppdragsperioden*, selv om arbeidsinnsatsen uteblir.¹²⁶

¹²⁶ Eidsvaag (a) (2018) s. 150.

5.2 Kort om tariffestede ytelser ved legitimert fravær

5.2.1 Innledning

Dersom arbeidstakeren uteblir fra arbeidet, er utgangspunktet i norsk rett at arbeidstaker heller ikke har noe lønnskrav mot arbeidsgiver for det tidsrommet hvor arbeidstakeren er fraværende.¹²⁷

Utgangspunktet synes naturlig ettersom at utbetaling lønn i sin kjerne er en ytelser som har sammenheng med arbeidstakerens arbeidsinnsats.¹²⁸ Ved permisjon og sykefravær vil imidlertid arbeidstakeren midlertidig *fritas* fra arbeidspikten for et bestemt tidsperiode. Retten til å utebli fra arbeid på grunn av sykdom eller skader anses som en grunnleggende rettighet for arbeidstakere, og permisjonsinstituttet er viktig for å sikre velferden for den enkelte arbeidstaker.¹²⁹ Slikt fravær vil derfor være *lovlig*.¹³⁰

I arbeidslivet forekommer det at bedrifter etablerer systemer for sykelønns- og permisjonsordninger for sine ansatte. Arbeidsgivers ytelser ved slike ordninger vil typisk gå lengre enn hva som følger av folketrygdlovens regler.¹³¹ Til eksempel kan ordningene gi ansatte rett på lønn utover arbeidsgiverperioden, eller krav på full lønn dersom beløpet strekker seg over folketrygdlovens begrensning på seks ganger grunnbeløpet.¹³² Ytelsene vil kunne ha særlig økonomisk verdi for arbeidstakeren dersom vedkommende blir langtidssykemeldt eller går ut i fødselspermisjon.¹³³ Videre kan ordningene også hjemle rett til permisjon med lønn utover det som følger av lovfestede krav, eller gi adgang til lønnede velferdspermisjoner.¹³⁴ I det videre vil alle de aktuelle eksemplene omtales samlet som «ytelser i forbindelse med legitimert fravær».

Det bør bemerkes at det kan argumenteres for at det ikke lenger foreligger et innleieforhold av arbeidstakeren ved frafall på grunn av slikt fravær.¹³⁵ Av hensyn til avhandlingens omfang vil det imidlertid ikke tas høyde for denne problemstillingen.

Jeg har valgt å behandle avhandlingens problemstilling inn i to deler. For det første blir spørsmålet om *tariffestede lønnskomponenter* inngår i lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a) første ledd bokstav f. Forutsatt positivt svar, vil det være lettere å argumentere for at ytelser ved legitimert fravær utover lovfestede

¹²⁷ Rt. 1992 s. 1482, Soning-dommen, og Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2020) s. 227.

¹²⁸ Dege (2009) s. 306.

¹²⁹ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2020) s. 355 og Storeng, Beck og Lund mfl. (2020) s. 241.

¹³⁰ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2020) s. 355.

¹³¹ Hemmingby (2021) s. 16.

¹³² Hemmingby (2021) s. 16.

¹³³ Se til eksempel HTA Stat § 18 for tariffperioden 2020-2022, og Industriooverenskomstens for tidsrommet 2020-2022 pkt. 5.9 som gir rett til korte velferdspermisjoner med «ordinær lønn».

¹³⁴ Rett til sykepenges og ytelser under *permisjon fra folketrygden* anses klart ikke som lønn, se Eidsvaag (a) (2018) s. 150.

¹³⁵ Det kan argumenteres for at det ikke lenger foreligger noe leieforhold dersom bemanningsbyrået setter inn en vikar for vikaren, se Eidsvaag (a) (2018) s. 148.

regler omfattes av bestemmelsen om lik behandling av lønn for bemanningsbyråansatte. For det andre er blir spørsmålet om ytelser i forbindelse med legitimert fravær kan anses som *lønn* etter bestemmelsen, ettersom at arbeidstakers arbeidsinnsats uteblir ved det legitimerede fraværet.

5.2.2 Inngår tariffestede lønnskomponenter i likebehandlingskravet?

Spørsmålet under dette punktet er om *tariffestede lønnskomponenter*, altså økonomiske ytelser eller goder som ikke inngår i den ordinære lønnsutbetalingen, kan sies å omfattes av likebehandlingsprinsippet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Lønnskomponentene kan som nevnt omfatte flere forskjellige ytelser av økonomisk verdi for arbeidstakeren. Problemstillingen under dette punktet har en side til spørsmålet hjemmelsgrunnlagene for lønnsfastsettelse, slik det gjengis i pkt. 3.3.

Spørsmålet likebehandlingsreglen åpner om tariffestede lønnskomponenter omfattes kan derfor både anføres under ordlyden «lønn» og under «de *vilkår* som ville kommet til anvendelse» for direkte ansatte hos innleievirksomheten i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Det metodiske spørsmålet synes imidlertid ikke å være prinsipielt viktig, da spørsmålet synes å kunne hjemles under begge alternativer. Ordlyden i begge alternativ gir dessuten liten veiledning for problemstillingen.

Forarbeidene har imidlertid noen uttalelser som kan være av særlig verdi for om *tariffestede lønnskomponenter* omfattes av likebehandlingsreglen. Det påpekes blant annet at:

«... lønnsbegrepet i denne sammenheng bør ta utgangspunkt i de *aktuelle tariffavtaler* og de *komponenter som lønnen består av ifølge disse*.»¹³⁶

Uttalelsene gir uttrykk for at lønnsbegrepet i bestemmelsen bør ta høyde for hva som avtales mellom arbeidslivets aktører i tariffavtaler. Med andre ord kan uttalelsene åpne for at lønnsvilkåret kan omfatte tariffestede lønnskomponenter som strekker seg utover lovfestede krav ved legitimert fravær, så fremt de aktuelle ytelsene bygger på et slikt avtalegrunnlag hos innleievirksomheten.

De ovennevnte forarbeidsuttalelsene bygger på arbeidsdepartementets høringsnotat fra 1. september 2010, hvor det påpekes at: «Departementet finner det videre naturlig at lønnsbegrepet i denne sammenheng også bør ta utgangspunkt i *aktuelle tariffavtaler*. Det innebærer at *hvilke komponenter lønnen* kan bestå av vil bestemmes ut fra den *aktuelle tariffavtalen som gjelder for den aktuelle virksomheten*». ¹³⁷

¹³⁶ Prop. 74 L (2011-2012) s. 47 og 53.

¹³⁷ Høringsnotat 1 fra arbeidsdepartementet av 10 september 2010: Høring om konsekvenser av vikarbyrådirektivet, s. 28.

Uttalelsene er klare, og deres rettskildemessige vekt styrkes ved at de er fulgt opp i lovens forarbeider.¹³⁸ Sammenlagt taler kildene klart for at tariffestede lønnskomponenter omfattes av aml. § 14-12 a første ledd bokstav f sitt likebehandlingskrav. Oppgaven har imidlertid vist til at de økonomiske lønnskomponentene kan inneholde mange forskjellige økonomiske ytelser fra arbeidsgiver, noe som bringer avhandlingen over i neste del.¹³⁹

5.2.3 Omfatter lønnsvilkåret i aml. 14-12 a første ledd bokstav f ytelser ved legitimert fravær?

Det springende punktet for avhandlingens problemstilling blir slik om tariffestede rettigheter til full lønn ved legitimert fravær er å regne som «lønn» etter likebehandlingsregelen i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.

Innledningsvis bør det bemerkes at ordlyden av «lønn» gir liten veiledning for problemstillingen, da begrepet er uklart vedrørende dets rekkevidde.¹⁴⁰ Bruken av det alternative vilkåret «utgiftsdekning» i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f gir heller ikke holdepunkter for om lønnskomponenter i form av rett til ordinær lønn ved legitimert fravær omfattes. Vilket synes som nevnt i noen grad å forutsette at ytelsene fra arbeidsgiver utgjør nødvendige kostnader i henhold til *utføringen* av arbeidsoppgavene.¹⁴¹

Heller ikke forarbeidene tar eksplisitt stilling til om ytelser fra arbeidsgiver i forbindelse med legitimert fravær er å regne som «lønn». Drøftelsen av pensjonsordninger kan imidlertid indikere at økonomiske ytelser uten en tilhørende arbeidsplikt for arbeidstaker kan inngå i lønnsvilkåret. Eksempelet kan i noen grad tale for at ytelser i forbindelse med legitimert fravær også inkluderes av bestemmelsens likebehandlingskrav, spesielt ettersom at slike ytelser faktisk vil være tidsmessig knyttet opp til det bestående arbeidsforholdet.¹⁴²

Samtidig vil en slik konklusjon stride med forarbeidenes klare utgangspunkt om at lønnsbegrepet i utgangspunktet skal forbeholdes *vederlag for arbeid*.¹⁴³ Det rettslige utgangspunktet synes å forutsette at lønnen i alle fall i noen grad må knyttes opp mot arbeidstakerens arbeidsinnsats, noe som understøttes av departementets følgende uttalelse om at vilkåret inkluderer «*faste vederlag*».¹⁴⁴ Da de omtvistede lønnskomponentene som nevnt ikke står i noe forhold til arbeidstakers utføring av arbeid,

¹³⁸ Prop. 74 L (2011-2012) s. 47.

¹³⁹ Se til eksempel fotnote 7 med videre henvisninger.

¹⁴⁰ Se pkt. 4.2.1 i avhandlingen.

¹⁴¹ Prop. 74 L (2011-2012) s. 59.

¹⁴² Prop. 74 L (2011-2012) s. 59 og Eidsvaag (2018) s. 148.

¹⁴³ Prop. 74 L (2011-2012) s. 56.

¹⁴⁴ Prop. 74 L (2011-2012) s. 55.

og kun vil utbetales innen et gitt tidsrom, taler departementets utgangspunkt mot at slike ytelser omfattes av bestemmelsens lønnsvilkår.

I arbeidsdepartementets høringsnotat uttales imidlertid det at lønnsbegrepet må «være så omfattende at det fører til reell likebehandling». Det påpekes videre at lønnsbegrepet knytter seg opp mot arbeidstidsbestemmelsene i bemanningsbyrådirektivets artikkel 3 bokstav f (i), og at begrepet derfor omfatter «ferielønn» og «lønn på offentlige helligdager».¹⁴⁵

Uttalelsene er interessante for problemstillingen, siden de kan synes å forutsette at lønnsbegrepet i noen tilfelle omfatter rett til økonomiske ytelser uten en tilsvarende rett for arbeidstaker til å utføre arbeid. I rettslitteraturen er de konkrete eksemplene i høringsnotatet dessuten tolket som et minimum, og tatt til orde for at det ikke bør stenges for at godtgjøring for *andre perioder uten arbeid* omfattes av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.¹⁴⁶ De nevnte uttalelsene kan dermed indikere at lønnsvilkåret kan tolkes slik at arbeidstaker har krav på kompensasjon uten en tilhørende arbeidsplikt, noe som åpner for at ytelser ved legitimert fravær også kan inkluderes av aml. § 14-12 a første ledd bokstav f sitt lønnsvilkår.

I vurderingen bør det likevel tas høyde for at det i den etterfølgende veiledningen fra arbeidsdepartementet uttales lønnsbegrepet som et utgangspunkt omfatter «vederlag for arbeid».¹⁴⁷ Den etterfølgende veiledningen viderefører den opprinnelige linjen til forarbeidene. Uttrykket «vederlag for arbeid» bygger som nevnt i *sin kjerne* på en ytelse mot ytelse-tankegang, noe som taler mot at økonomiske ytelser fra arbeidsgiver ved fravær legitimert fravær omfattes. På den annen side *kan* full lønn under denne typen fravær karakteriseres som en type «vederlag for arbeid», i *vid* forstand, da retten vil opparbeides som en følge av arbeidsforholdet.¹⁴⁸ Særlig sett i lys av at lønnsammenligningen bør ta utgangspunkt i innleiers systemer for avlønningen av sine ansatte. Sett fra denne synsvinkelen kan det argumenteres for at ytelsene bør inngå i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f sitt lønnsvilkår.

Det foreligger ikke autoritativ rettspraksis som klarlegger om ytelser ved legitimert fravær faller innenfor lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. Det er imidlertid en dom fra Oslo tingrett av 17. januar 2017 som behandler spørsmålet som er av interesse for analysen. Spørsmålet i saken var om to innleide arbeidstakere hadde rett på lønnet omsorgspermisjon etter aml. § 12-3. Bestemmelsen hjemler kun *rett* til omsorgspermisjon. De innleide ville hatt krav på lønnede

¹⁴⁵ Høringsnotat 1 fra arbeidsdepartementet av 10 september 2010: Høring om konsekvenser av vikarbyrådirektivet, s. 29.

¹⁴⁶ Eidsvaag (a) (2018) s. 147.

¹⁴⁷ Departementets etterfølgende veiledning.

¹⁴⁸ Eidsvaag (a) (2018) s. 148.

permisjoner dersom de hadde vært direkte ansatte i innleievirksomheten, da bedriftens personallånbok ga fastansatte krav på full lønn ved avvikling av slike permisjoner.

Det avgjørende spørsmålet var slik om rett til lønnet omsorgspermisjon var å anse som «lønn» i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f sin forstand, noe retten besvarte dette avkrefte. Samtidig ble det påpekt at lønnsbegrepet som et utgangspunkt må tolkes så vidt at det medfører reell likebehandling, i tråd med høringsnotatet fra 2010, og rettens konklusjon synes dermed å være fremmet under noen tvil.

De avgjørende standpunktet for at den aktuelle ytelsen ikke ble ansett å omfattes av lønnsbegrepet, var imidlertid at de ikke kunne anses som *vederlag for arbeid*, og heller ikke var knyttet opp mot *arbeidstiden*. Det ble også fremholdt at ytelsene som forarbeidene lister opp lå nærmere opp til det rettslige utgangspunktet, og at lønnsvilkåret i alle fall bør forbeholdes ytelser som er «nært knyttet opp mot utført arbeid og arbeidstid».¹⁴⁹ Da ytelser i forbindelse med legitimert fravær vil være et resultat av at arbeidsytelsen uteblir totalt, synes rettens standpunkt naturlig i lys av de fremhevede begrunnelsene.

Ettersom at tingrettsdommen er det eneste eksempelet fra rettspraksis som direkte tar standpunkt til om ytelser i forbindelse med legitimert fravær omfattes av lønnsbegrepet, har dommen utvilsomt *argumentasjonsverdi*. Men som annen underrettspraksis har den imidlertid liten rettskildemessig vekt.¹⁵⁰ Dette understøttes dessuten av synspunktene i HR-2018-1037-A, Manpower-dommen, hvor retten legger til grunn at lønnsvilkåret verken skal forbeholdes av ytelser som knytter seg opp mot arbeidstid, samt at det er ment å omfatte mer enn rent vederlag for arbeid.¹⁵¹ Mer om dette like nedenfor.

5.2.4 Tolkningsbidrag fra sentrale rettskilder

Høyesterett har som nevnt ikke har tatt stilling til om ytelser fra arbeidsgiver ved legitimert fravær inngår i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f sitt lønnsvilkår. I det videre vil imidlertid analysen drøfte om tidligere Høyesterettspraksis kan gi prinsipielle føringer for om ytelser ved legitimert fravær omfattes av lovens lønnsbegrep.

I Manpower-dommen, HR-2018-1037-A, kom retten i til at ytelser for reisetidsgodtgjørelse var å anse som «lønn» i lovens forstand.¹⁵² I dommen landet retten på et vidt lønnsbegrep, altså at begrepet skal omfatte «mer enn rent vederlag for arbeid». Den omtvistede ytelsen – reisetidsgodtgjørelse – var ikke *direkte* knyttet til utførelsen av arbeidstakerens arbeidsoppgaver. Snarere var den aktuelle ytelsen å

¹⁴⁹ TOSLO-2016-15486.

¹⁵⁰ Se til eksempel diskusjonen om den rettskildemessige betydningen av underrettspraksis i Erik Magnus Boe, *Rettskildelære under debatt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2021 s. 397-405.

¹⁵¹ HR-2018-1037-A avsnitt 33 og 39.

¹⁵² Se avhandlingens pkt. 4.3.

anse som kompensasjon for en handling i forbindelse med utføringen av arbeidsoppdraget, nemlig å kjøre til arbeidsstedet.

I saken ble det vist til synspunktene i forarbeidene, som legger opp til et «relativt vidt anvendelsesområde, med reell likebehandling som siktemål». ¹⁵³ Et viktig premiss for problemstillingen under denne delen av oppgaven er inntatt i avsnitt 39, hvor det uttales:

«Heller ikke kan jeg slutte meg til Manpowers anførsel om at bare ytelser som er knyttet opp til *arbeidstiden*, omfattes. Allerede bestemmelsen om utgiftsdekning – hvor kost og losji er blant eksemplene på det som skal falle inn under likebehandlingsbestemmelsen – viser at loven ikke kan oppfattes så snevert. En slik forståelse vil dessuten komme i strid med formålet om *reell likebehandling*.» ¹⁵⁴

Videre ble det uttalt følgende:

«Videre legger jeg vekt på at formålet om reell likebehandling ikke ville nås om en slik reisetidsgodtgjørelse som i saken her faller utenfor. Realiteten er at når Manpower nektet Venås reisetidsgodtgjørelsen de fast ansatte mottok, fikk han mindre utbetalt fra sin arbeidsgiver enn han ville fått om han hadde vært ansatt i vegvesenet.» ¹⁵⁵

Uttalelsene er svært interessante sett opp mot oppgavens problemstilling. Ved legitimert fravær fritas som nevnt arbeidstaker for arbeidsplikten og står dermed ikke til arbeidsgivers disposisjon. Anvendt på avhandlingens problemstilling synes denne uttalelsen å åpne om at lønnsvilkåret ikke bare omfatter ytelser som står i forhold til arbeidstiden, noe som igjen kan legge til rette for at ytelser ved legitimert fravær kan inngå i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f sitt lønnskrav.

Samtidig kan dommens standpunkt knyttet til ytelser uten forbindelse til arbeidstid nyanseres. I Manpower-dommen, HR-2018-1037-A, var som nevnt ikke reisetidsgodtgjørelsen direkte knyttet til utførelsen av arbeidsoppgavene. Samtidig var det var tale om kompensasjon for aktivitet som var nødvendig for at arbeidstakerens skulle kunne *levere og prestere sin arbeidsytelse*. På dette punkt skiller ytelsen seg fra ytelser ved legitimert fravær på vesentlige punkter. Ytelser fra arbeidsgiver i forbindelse med legitimert fravær står ikke i noen forbindelse med arbeidstakers arbeidsplikt. Fraværet er snarere legitimert. Det kan dermed argumenteres for at det potensielt må oppstilles et krav om at en økonomisk ytelse må være «nært knyttet opp mot utført arbeid og arbeidstid» for å omfattes av aml. § 14-12 a første ledd bokstav f. ¹⁵⁶ Siden Høyesterett unnlot å ta stilling til spørsmålet om det er vilkår at

¹⁵³ HR-2018-1037-A avsnitt 41.

¹⁵⁴ HR-2018-1037-A avsnitt 39.

¹⁵⁵ HR-2018-1037-A avsnitt 42.

¹⁵⁶ Se den ovennevnte TOSLO-2016-15486.

ytelsen knytter seg til gjennomføringen av arbeidsoppdraget, etterlater dommen noen slik noen ubesvarte spørsmål.

Hensynet til reell likebehandling, slik Høyesterett bygger på i Manpower-dommen, indikerer imidlertid at ytelser ved sykdom og permisjoner bør omfattes dersom slike ytelser er tariffestet hos innleievirksomheten. Det er det på det rene at innleid arbeidstaker vil få mindre utbetalt dersom vedkommende ikke tilkjennes samme ytelser som direkte ansatte innenfor den avtalte oppdragstiden.¹⁵⁷ Hensynet til reell likebehandling taler derfor for at ytelser ved legitimert fravær bør inngå i bestemmelsens lønnsbegrep.

I det videre må det undersøkes om Høyesteretts uttalelser i Semco-dommen, HR-2020-2109-A, kan tjene som tolkningsbidrag for problemstillingen. Som tidligere nevnt var det sentrale spørsmålet i saken var om den generelle bonusordningen på virksomhetsnivå i Aker BP var omfattet av lønnsbegrepet i bestemmelsen, noe retten besvarte bekreftende. I dommen ble standpunktene i Manpower-dommen, HR-2018-1037-A opprettholdt, og forstått slik at lønnsvilkåret i likebehandlingsregelen skal forstås vidt, ved at den er ment å omfatte «mer enn rent vederlag for arbeid».¹⁵⁸ Av prinsipiell karakter for avhandlingens problemstilling uttaler førstvoterende at:

«De ankende parter har tatt til orde for en rettssetning om at lønnsbegrepet omfatter *alle godtgjørelser* som en fast ansatt mottar i kraft av arbeidsforholdet, med unntak av pensjon. Men Høyesterett har i [Manpower-dommen] [...] gitt tydelig uttrykk for at lovgiver ikke har ment at begrepet skal forstås så vidt».¹⁵⁹

Dernest uttales det at:

«Aker BPs bonusordning oppfyller etter mitt syn samtlige rettslige karakteristika for å være «lønn» i arbeidsmiljøloven § 14-12 a første ledd bokstav f's forstand. Bonusordningen er en form for resultatlønsordning og en del av det *samlede systemet for vederlag for arbeid*».¹⁶⁰

I førstnevnte uttalelse gir Høyesterett uttrykk for at lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f ikke har det innhold som ytterkanten i det vide lønnsbegrepet som nevnt i pkt. 4.1, altså slik at *enhver* ytelse som oppstår i forbindelse med arbeidsforholdet skal anses som «lønn». Ettersom at lønn ved legitimert fravær *kan* regnes som et økonomisk gode som oppebåret i arbeidsforholdet som sådan, kan dette premisset tale for en ekskludering av ytelsene for lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd

¹⁵⁷ Tine Eidsvaag (b), «Omfanget av likebehandlingsprinsippet for innleide fra vikarbyråer», HR-2018-1037-A, *Tidsskrift for nytt i privatretten*, nr. 3 2018.

¹⁵⁸ HR-2020-2109-A avsnitt 65.

¹⁵⁹ HR-2020-2109-A avsnitt 67.

¹⁶⁰ HR-2020-2109-A avsnitt 85.

bokstav f. Spesielt ettersom at disse ytelsene verken vil stå i noen forbindelse med arbeidstakers arbeidsinnsats, ei heller til arbeidstiden.

Det andre premisset, knyttet til «det samlede systemet for vederlag for arbeid», etterlater på den ene siden et inntrykk at ytelsen må stå i noe form for forhold til arbeidstakerens arbeidsinnsats, samtidig som det ikke synes og oppstilles strenge krav til hvor direkte forbindelsen må være.¹⁶¹ På den annen side kan det også argumenteres for at rett til full lønn ved slikt fravær kan inngå i det «samlede systemet» for vederlag for arbeid i vid forstand, og i forlengelsen fremstå som en «samlet lønnspakke» for arbeidstakeren. Full kompensasjon fra arbeidsgiver ved legitimert fravær vil dekke løpende utgifter til livsopphold, på lik linje som ordinær lønn.¹⁶² Slike ytelser vil dessuten kunne ha stor økonomisk betydning for arbeidstakerne, noe som kan trekke i retning av at godtgjøring ved legitimert fravær bør anses som «lønn» i aml. § 14-12 a ledd bokstav f s forstand. Uttalelsenes overføringsverdi for problemstillingen er dermed tvetydige.

Det bør imidlertid bemerkes retten i Semco-dommen, HR-2020-2109-A, også behandlet spørsmål om det skulle gjøres fradrag i bonusen for tidsrom hvor den innleide ikke hadde nedlagt noen arbeidsinnsats på grunn av sykdom. Arbeidstaker hadde vært sykemeldt i perioden fra 13. til 23. juni og fra 14. til 27. Det var enighet mellom partene om at fast ansatte ved sykemelding ikke tapte rett til bonus. Retten kom her til at det *ikke* skulle gjøres fradrag i bonusopptjeningen for sykemeldingsperiodene. Herunder uttales det at:

«Sykdom er [...] i utgangspunktet utleiers økonomiske risiko som arbeidsgiver. [...] Etter mitt syn er bortfall av bonus ikke en naturlig rettslig konsekvens av kortvarige sykemeldingsperioder i et mangeårig innleieforhold som her. Jeg legger da særlig vekt på at *de fast ansatte ikke taper rett til bonus ved sykemelding som dette*».¹⁶³

Høyesterett behandlet ikke spørsmålet om lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f kan sies å omfatte avtalte ytelser fra arbeidsgiver ved sykefravær eller permisjoner direkte. Frafallsgrunnlaget var imidlertid legitimert, og det var klart at en avkortning av bonusen ville stride med hensynet til reell likebehandling. Standpunktet kan slik tas til inntekt for at ytelser ikke står i noen direkte sammenheng med arbeidstakers avleggelse av arbeidsytelsen eller arbeidstiden inkluderes i lønnsvilkåret, så fremt hjemmelsgrunnlaget for avlønningen i innleievirksomheten gir direkte ansatte krav på den aktuelle ytelsen ved legitimert frafall fra arbeidet. Uttalelsene regnes å ha nokså overføringsverdi for at ytelser

¹⁶¹ Tine Eidsvaag (c), «Omfanget av likebehandlingsprinsippet ved innleie fra bemanningsforetak – selskapsbonus. HR-2020-2019-A», *Tidsskrift for nytt i privatretten*, nr. 4 2020.

¹⁶² Eidsvaag, s. 148.

¹⁶³ HR-2020-2109-A avsnitt 91 og 93.

ved legitimert fravær bør omfattes av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f, forutsatt at direkte ansatte hos innleievirksomheten har rett på slike ytelser i kraft av tariffavtale.

Etter en konkret vurdering synes tolkningsbidragene fra nyere Høyesterettspraksis samlet sett å åpne for at ytelser ved legitimert fravær kan omfattes av likebehandlingsregelen i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f sitt lønnsvilkår. Det legges særlig vekt på at Høyesterett ikke anser lønnsvilkåret i bestemmelsen spesielt nært bundet opp arbeidstiden, hensynet til reell likebehandling og anvisningene til «det samlede systemet for vederlag for arbeid», vidt fortolket. Samtidig er ikke tolkningen åpenbar. I det videre må det undersøkes om også andre rettskildefaktorer kan kaste lys over problemstillingen.

Hvilke oppfatninger er fremmet i rettslitteraturen vedrørende ytelsenes inkludering i likelønnsbestemmelsens lønnsvilkår? Som et startpunkt for slutningene fra synspunktene i litteraturen og teorien kan det bemerkes at det lenge har rådet uenighet knyttet til ytelser under sykefravær og permisjoner sin klassifisering ved lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a) første ledd bokstav f.

Keiserud og Vartdal argumenterer for at utbetalinger i forbindelse med legitimert fravær ikke inngår i lønnsbegrepet. Begrunnelsen er ytelsene utgjør utslag av at det foreligger et ansettelsesforhold, og at utbetalingene nettopp vil finne sted grunnet fravær fra arbeidet. Det bør imidlertid nevnes at forfatterne mener at lønnsbegrepet skal forstås snevert, under tvil. Med andre ord ville en inkludering av de nevnte ytelser stride med synet forfatterne fremholder knyttet til lønnsbegrepets rekkevidde. Avgjørende for forfatternes syn er forarbeidenes anvisning til «vederlag for arbeid», tolket i snever forstand.¹⁶⁴

Samme vei trekker Skarning. Grunnlaget for forfatterens konklusjoner er langt på vei sammenfallende med Keiserud og Vartdal. Skarning fremholder at ytelsene ikke omfattes av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f fordi ordninger som hjemler tilleggsytelser utover folketrygdens grenser fordi snarere bør regnes som et lojalitetsgode, og at slike ytelser derfor hovedsakelig bør reserveres for faste ansatte i innleiebedriften. Han fremholder også at ytelsene ikke kan omfattes av forarbeidenes veiledende utgangspunkt om at lønnsbegrepet skal forbeholdes «vederlag for arbeid».¹⁶⁵

Av særlig interesse kan det imidlertid vises til at Egeland opprinnelig til orde for at det ikke var naturlig å betegne tariffestede ytelser ved legitimert fravær som «lønn» etter likelønnsbestemmelsen. Grunnen for dette var i overensstemmelse med synspunktene de ovennevnte forfatterne, om at slike økonomiske goder ikke bygger på et «ytelse mot ytelse»-prinsipp.¹⁶⁶ Det bør imidlertid bemerkes at Egeland synes å ha endret syn på lønnskomponentens inkludering i lys av den nyere Høyesterettspraksisen på området. Til tross for at verken mellomlegg mellom lønn og folketrygdens

¹⁶⁴ Keiserud og Vartdal (2013) s. 159 og 162.

¹⁶⁵ Skarning (2013) s. 129.

¹⁶⁶ Egeland (2017) s. 922.

ytelser eller full lønn ved permisjoner etter forfatterens syn kan karakteriseres som «vederlag for arbeid», fremholder hun nå at Høyesteretts sterke vektlegging av formålet til reell likebehandling ikke kan utelukke at slike ytelser nå bør anses «lønn» i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f sin forstand.¹⁶⁷

Johansen og Stueland gir ikke noen konkrete bidrag til om slike ytelser kan sies å falle innenfor lønnsvilkåret. Samtidig fremholder forfatterne at hovedformålet bak likebehandlingsprinsippet er å gi et reelt vern for innleide arbeidstakere. I lys av dette formålet argumenterer de for at lønnsvilkåret bør omfatte ytelser som springer ut av at det foreligger et arbeidsforhold.¹⁶⁸ Til tross for forfatternes manglende konklusjon, synes de å fremme positive syn for at mer avledede økonomiske ytelser i arbeidsforholdet som sådan bør inkluderes i lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f.

Den mest inngående drøftelsen av om tilleggsetelser i forbindelse med legitimert fravær inngår i lønnsbegrepet er behandlet av Eidsvaag. Eidsvaag foretar en grundig analyse av relevante rettskilder før hun konkluderer med at likebehandlingskravet inkluderer lønn utover lovfestede regler ved legitimer fravær. For det første viser hun til uttalelsene i departementets høringsnotat, både knyttet til anvisningen om reell likebehandling samt henvisningene til «ferielønn» og «lønn på offentlige helligdager». Videre fremholder hun at både uttalelsene i lovens forarbeider knyttet til at lønnsbegrepet «bør ta utgangspunkt i de aktuelle tariffavtaler og de komponenter lønnen består av ifølge disse», henvisningen til vide lønnsbegrepet etter TFEU art. 157 og at nyere rettspraksis, taler for et slikt standpunkt.¹⁶⁹

Av relevans kan det dessuten vises til at både Eidsvaag og Hemmingby argumenterer for at tariffestede ytelser ved legitimert fravær har karakter av *alminnelig lønn*, ettersom at ytelsene er ment å dekke løpende utgifter til livopphold.¹⁷⁰ Hemmingby er nokså klar på at sykkelønns- og permisjonsordninger ligger tett opp mot ordinær lønn, og slik fremstår som en lønnsliknende ytelse.¹⁷¹

Som det ovennevnte illustrerer det motstrid i rettslitteraturen om tariffestet lønn ved legitimert fravær inkluderes i lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a) første ledd bokstav f). Samtidig bør det påpekes at forfatterne som har hatt et mer restriktivt syn både er eldre, og i noen tilfeller også fastsatt under tvil. I lys den nyere Høyesterettspraksisen på området har dessuten forfattere som tidligere stilte seg negative, endret standpunkt. Det samlede tolkningsinntrykket av rettslitteraturen kan dermed å trekke i retning av at kompensasjon i forbindelse med sykefravær og permisjoner faller inn under lønnsvilkåret i likebehandlingsbestemmelsen.

¹⁶⁷ Lill Egeland, kommentarer til aml. § 14-12 a) første ledd bokstav f) punkt 16, hentet fra: <https://arbeidsrett.no/r/ebook/arbeidsmiljolooven/master/para/14-12a.xhtml> (besøkt 11.05.2021).

¹⁶⁸ Johansen og Stueland (2020) s. 666-667.

¹⁶⁹ Eidsvaag (a) (2018) s. 149.

¹⁷⁰ Eidsvaag (a) (2018) s. 148 og Hemmingby (2021) s.

¹⁷¹ Hemmingby (2021) s. 99.

Som nevnt avhandlingens pkt. 4.5. foreligger det ikke rettspraksis fra EU-domstolen som fastlegger grensene for statenes lønnsbegrep i relasjon til bemanningsbyrådirektivet. I analysen kan det imidlertid vises til bemanningsbyrådirektivets art. 5 nr. 4, som oppstiller et unntak fra likebehandlingsprinsippet. Unntaket gjelder for medlemsland hvor det ikke finnes lovbestemmelser eller praksis for å erklære kollektive overenskomster som allment gyldige.¹⁷²

Det heter i artikkelen at medlemsstatene ved anvendelsen av unntaksbestemmelsen i art. 3 nr. 2 må presisere om «*erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, herunder pensjon- og sygesikringsordninger eller medarbejderaktieordninger, inngår i de væsentlige arbeids- og ansættelsesvilkår i stk. 1*». Til tross for at direktivet overlater det til medlemsstatene å anvende sitt nasjonale lønnsbegrep, er det i rettslitteraturen tatt til orde for at ytelsene unntaksbestemmelsen *kan*, men ikke behøver, inkluderes i det nasjonale lønnsbegrepet. Både Bains og Eidsvaag synes å forutsette at bestemmelsen oppstiller en svak forutsetning om at de nevnte ytelsene bør omfattes.¹⁷³ Rettskilden kan dermed tas til inntekt for at ytelser i forbindelse med legitimert fravær bør inngå i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f sitt lønnsvilkår.

5.2.5 Formålsbetraktninger og reelle hensyn

At målsettingene bak likebehandlingsregelen er relevante tolkningsmoment for om en økonomisk ytelse omfattes av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f er eksplisitt fremhevet i Høyesterettspraksis.¹⁷⁴ Som nevnt i avhandlingens pkt. 3.5 var formålet med bemanningsbyrådirektivet å forene hensynet til fleksibilitet for arbeidsgiveren med beskyttelse for bemanningsbyråansatte.¹⁷⁵ En avveiningen mellom disse hensynene kan dermed gi argumentasjonsverdi for om ytelser ved legitimert fravær bør omfattes av likebehandlingsregelens lønnsvilkår.

For det første kan det vises til beskyttelseshensyn. Bemanningsbyråansatte er i liten grad organisert.¹⁷⁶ Undersøkelser viser også at innleide arbeidstakere er særlig risikoutsatt for skader.¹⁷⁷ En inkludering av tariffestede ytelser ved legitimert fravær vil dermed kunne være av stor økonomisk verdi for den nevnte gruppen arbeidstakere. Spesielt dersom den avtalte oppdragsperioden er lang, og arbeidstaker har en lønn som strekker seg over folketrygdens tak på 6 G. For det annet vil en slik inkludering kunne legge til rette for at arbeidstakerne i større grad kan benytte seg av permisjonsrettigheter, og dermed bidra til deres velferd på arbeidsmarkedet.

¹⁷² van den Heuvel (2013), s. 241.

¹⁷³ Eidsvaag (a) (2018) s. 146-147 og Bains (2013) s. 34.

¹⁷⁴ HR-2020-2109-A avsnitt 63 og 64.

¹⁷⁵ Bemanningsbyrådirektivets art. 2.

¹⁷⁶ Prop. 74 L (2011-2012) s. 18.

¹⁷⁷ Prop. 73 L (2017-2018) s. 13.

Anvisningen til fleksibilitetsformålet viser imidlertid at bemanningsbyrådirektivet ikke er et rent arbeidstakerbeskyttelsesdirektiv. Næringshensyn vil derfor også kunne være et relevante ved tolkningen av lønnsvilkåret i gjennomføringsbestemmelsen. Det kan argumenteres for at en inkludering av ytelsene potensielt kunne føre til prisen for innleien blir bli høyere. Eventuelt kan dette gjøre at innleie av arbeidstakere blir en mindre fleksibel ansettelsesform. Bruken av innleie som ansettelsesform er i vid utstrekning ment å gi billigere arbeidskraft ved at bedriftene blant annet unngår store utgifter i forbindelse med nyansettelser. Høyere priser ved leie vil dermed kunne svekke bemanningsbyråselskapenes konkurranseevne på arbeidsmarkedet. Flexibilitetshensyn taler dermed mot at slike ytelser bør inngå i lønnsbegrepet.

Av andre hensyn enn dem som fremgår direkte av direktivet selv, kan det vises til tilknytningshensyn. Det er ingen tvil om at innleide arbeidstakere vil en svak *tilknytning* til arbeidsplassen hos innleier ved sykdom eller avvikling av permisjon.¹⁷⁸ Den i mange tilfeller manglende stabiliteten i innleieforholdene og selve trepartskonstellasjonen denne ansettelsesformen bygger understøtter dette. Argumentet kan tale i retning av at full lønn ved legitimer fravær ikke bør anses som «lønn» i aml. § 14-12 a første ledd bokstav f sin forstand.

På den annen må vurderingen ta høyde for forutberegnelighetshensyn ved lønnsfastsettelsen. Overordnet bør lønnsbegrepet være oversiktlig og enkelt for virksomhetene å kontrollere.¹⁷⁹ Ettersom at rett til full lønn ved sykdom og permisjoner eventuelt vil være tariffestet hos innleievirksomheten, vil opplysningene være lett tilgjengelige.¹⁸⁰ Det synes dermed ikke å forbindes noe nevneverdig merarbeid eller andre store praktiske vanskeligheter med beregningen av lønnen ved en slik inkludering. Tilgjengeligheten og klarheten i opplysningene kan videre lette på etterlevelsen av opplysningsplikten etter aml. § 14-12 b første ledd. Ytelser utover folketrygdens maksimum vil og kunne søkes tilbake av bemanningsforetaket.¹⁸¹ Hensynet til et oversiktlig og kontrollerbart lønnsbegrep taler dermed for at ytelser ved legitimert fravær bør omfattes.

Ytterligere i denne retning taler forutberegnelighetshensyn for den bemanningsbyråansatte. Det kan nemlig argumenteres for at dersom det først er inngått en innleiekontrakt mellom bemanningssselskapet og en innleievirksomhet, vil den bemanningsbyråansatte kunne hevdes å ha en berettiget forventning om at vedkommende innen kontraktsperioden skal ha krav på samme økonomiske vilkår vil gjelde for direkte ansatte i virksomheten.¹⁸²

¹⁷⁸ Eidsvaag (a) (2018) s. 148.

¹⁷⁹ Se HR-2020-2109-A avsnitt 31.

¹⁸⁰ Relevansen av dette hensynet er særlig fremhevet i HR-2018-1037-A avsnitt 41 og HR-2020-2109-A avsnitt 78 og 79.

¹⁸¹ Storeng, Beck og Lund mfl. (2020) s. 279-280.

¹⁸² Eidsvaag (a) (2018) s. 148.

Gjennomgående er det vist til at Høyesterett har lagt stor vekt på de *nasjonale* formålsbetraktningene ved tolkningen av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a) første ledd bokstav f). Hensynet til å hindre undergraving av det overordnede politiske målet om faste og direkte ansettelser, samt å forminske motivasjonen ved reduserte lønnskostnader ved innleie, har satt store preg på rettens fortolkning av lønnsvilkåret. Målsetningen om å fremme et arbeidsmarked med hovedvekt på faste ansettelser og hensynet til *reell likebehandling* henger nært sammen. Dersom lønnsbegrepet reserveres for tariffestede ytelser i forbindelse med legitimert fravær kan det hevdes at eksklusjonen bryter med tanken bak likebehandlingsprinsippet. En eksklusjon vil medføre at innleide arbeidstakere i realiteten vil forskjellsbehandles med innleievirksomhetens direkte ansatte. At tariffestede ytelser ved legitimert fravær inkluderes av lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a) første ledd bokstav f) synes utvilsomt å være den løsning som best tjener formålet om reell likebehandling av ansettelsesformene.

4.2.6. Sammenfatning av analysen

Etter en konkret helhetsvurdering av relevante rettskilder synes det mest nærliggende at ytelser i forbindelse med legitimert fravær som strekker seg utover lovfestede krav omfattes av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a) første ledd bokstav f). Det legges avgjørende vekt på synspunktene i Høyesterettspraksis og tolkningsbidragene fra nyere juridisk teori.

Avhandlingens tese har gitt bekreftende svar, og innleide arbeidstakere vil dermed ha krav på tariffestede ytelser ved legitimert fravær på lik linje med direkte ansatte i innleievirksomheten innenfor den avtalte oppdragsperioden.

4.2.6 Avsluttende bemerkninger

Formålet med denne avhandlingen har vært å klargjøre rekkevidden av lønnsbegrepet i aml. § 14-12 a) første ledd bokstav f), samt å undersøke hvorvidt ytelser i forbindelse med legitimert fravær bør inkluderes i bestemmelsens sitt lønnsvilkår. Økonomiske ytelsers klassifisering i henhold til lønnsbegrepet er et vanskelig rettslig tema, og avhandlingens konklusjon er ikke åpenbar. Etter mitt syn taler imidlertid synspunktene i de nevnte rettskildene for at inkluderingen fremstår som naturlig. Klassifiseringen av økonomiske ytelser er praktisk viktig i arbeidslivet, særlig ettersom at utbetaling av lønn anses som kjerneelementet i arbeidsforholdet. Endrede samfunnsforhold har dessuten gjort at er grensen mellom ordinær lønn og andre økonomiske ytelser ofte er flytende. Hensynet til forutberegnelighet for arbeidslivets aktører i bemanningsbransjen etterlyser slik en videre konkretisering av øvrige økonomiske lønnskomponenters inkludering i lønnsvilkåret i aml. § 14-12 a) første ledd bokstav f).

Kilderegister

Lover

Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven)

Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven)

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

Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

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

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

Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Lovforarbeider

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

NOU 2004:5 Arbeidslivsutvalget Et arbeid for trygghet, inkludering og vekst

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

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

Prop. 73 L (2017-2018) Endringer i arbeidsmiljøloven (fast og midlertidig ansettelse og innleie fra bemanningsforetak)

Litteratur

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave, M.H Andenæs 2009.

Bains, Rajvinder Singh, *Lønn i EU-retten – Begreper, funksjoner og gjennomføring i norsk rett*, Tidsskrift for arbeidsrett, nr. 1 2013, s. 1-81.

Boe, Erik Magnus, *Rettskildelære under debatt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2021.

- Dege, Jan Tormod, *Den individuelle Arbeidsrett Del 1*, Minerva 2009.
- Eidsvaag, Tine (a), *Fleksibilitet overfor fleksible arbeidstakere?*, Tidsskrift for Arbeidsrett, Vol 15 nr. 2 2018, s. 135-161.
- Eidsvaag, Tine (b), *Omfanget av likebehandlingsprinsippet for innleide arbeidstakere for innleide vikarbyråer*, HR-2018-1037-A, Tidsskrift for Nytt i privatretten, nr. 3 2018. Hentet fra rettsdata.no (krever innlogging).
- Eidsvaag, Tine (c), *Omfanget av likebehandlingsprinsippet ved innleie fra bemanningsforetak – selskapsbonus*. HR-2020-2109-A, Tidsskrift for nytt i privatretten, nr. 4 2020. Hentet fra rettsdata.no (krever innlogging).
- Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven Lovkommentar 3. utgave*, Universitetsforlaget 2018.
- Hemmingby, Anette, *Ensidig endring av økonomiske ytelser i er arbeidsforhold*, Doktoravhandling forsvart ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo Nr. 165, ISSN 1890-2375 2021.
- Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019.
- Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.), *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, 4. utgave, Fagbokforlaget 2017.
- Johansen, Atle Stønsteli og Einar Stueland (red.), *Arbeidsmiljøloven Kommentarer og praksis*, 3. utgave, Gyldendal 2020.
- Keiserud, Thomas og Kristine Ringstad Vartdal, *De nye innleiereglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14 – praktiske tolknings- og gjennomføringsspørsmål*, Tidsskrift for Arbeidsrett, nr. 1 2013, s. 147-179.
- Skarning, Nicolay, *Midlertidige ansettelser, innleie og vikarbyrådirektivet*, Universitetsforlaget 2013.
- Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, Gyldendal 2020.

Storeng, Nils H., Tom H. Beck, Arve Due Lund, Kari B. Andersen, Terje G. Andersen, Thomas B. Svendsen, *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utgave, Universitetsforlaget, 2020.

van den Heuvel, Andreas, *Bemanningsbyrådirektivet, EF-direktivet om arbeidsleie, fremvekst, regler og konsekvenser for nasjonal rett*, Tidsskrift for Arbeidsrett og arbeidsliv, Bind 5 2011, s. 155-286.

Rettspraksis

Rt. 1992 s. 1482

TOSLO-2016-15486

HR-2018-1037-A

HR-2020-2109-A

Annet

Høringsnotat 1 fra Arbeidsdepartementet av 10 september 2010: Høring om konsekvenser av vikarbyrådirektivet. Hentet fra:

www.regjeringen.no/globalassets/upload/ad/publikasjoner/hoeringer/2010/ams/vikarbyraadirektivet/hoeringsnotat_horing_om_konsekvenser_av_vikarbyradirektivet.pdf (besøkt 15.03.2021).

Veiledning fra Arbeids- og sosialdepartementet: EUs vikarbyrådirektiv – gjennomføring i norsk rett fra 1.1.2013, 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> (besøkt 11.05.2021).

Kommentarer av Lill Egeland til aml. § 14-12 a fra arbeidsrett.no, punkt 16. (Krever innlogging). Hentet fra:

<https://arbeidsrett.no/r/ebook/arbeidsmiljolooven/master/para/14-12a.xhtml> (besøkt 11.05.2021).

HTA Stat for tariffperioden 2020-2022. Hentet fra:

https://www.regjeringen.no/contentassets/43efadcb4e394a5fa57176b00f7b07ea/2021/hovedtariffavtalen_2020-22_mellomoppgjor21_akademikerne_m_innh.pdf (besøkt 03.06.2021)

Industrioverenskomsten for tidsrommet 2020-2022. Hentet fra:

<https://www.fellesforbundet.no/globalassets/lonn-og-tariffsaker/tariffavtaler/overenskomster-2020-2022/industrioverenskomsten-2020-2022.pdf> (besøkt 03.06.2021).

Direktivet og andre EU-rettslige kilder

Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2008/104/EF om vikararbeid (bemanningsbyrådirektivet). Dansk versjon hentet fra:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0104&from=DA>.

(besøkt 04.04.2021).

Transportation of Directive 2008/104/EC on temporary agency work – Report on the work of the Expert Group. Fra 2011. Hentet fra:

<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=706&langl=en&intPageId=207> (besøkt 29.03.2021).

Dom av 6 Februar 1996 [GC], *Kuratorium für Dialyse*, C-457/93, EU:C:1996:33 avsnitt 21. Hentet fra:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0457> (besøkt 23.03.2021).

-