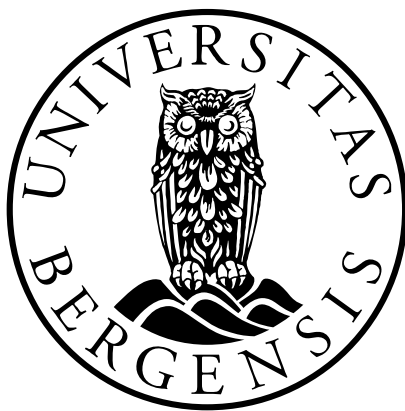


Grensen mellom innleie av arbeidskraft og entreprise

*Hvordan påvirker tilføyelsen av nytt femte ledd i
arbeidsmiljøloven § 14-12 rettstilstanden?*

Kandidatnummer: 23

Antall ord: 14 995



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
Innledning	4
1.1. Tema og aktualitet.....	4
1.2. Problemstilling og avgrensninger.....	5
1.3. Rettskildebildet, metode og metodiske utfordringer	6
1.4. Veien videre	8
2. Innleie og entreprise.....	9
2.1. Innleie.....	9
2.1.1. Begrepets innhold.....	9
2.1.2. Vilkår for innleie og rettigheter for innleide	10
2.2. Entreprise	11
2.3. Hvorfor reguleres innleie og entreprise ulikt	14
2.3.1. Innledning.....	14
2.3.2. Arbeidsmiljøloven som vernelovgivning	15
2.3.3. Innleieforholds påvirkning på ansettelsesforhold	16
2.3.4. Entreprisers påvirkning på ansettelsesforhold.....	17
2.3.5. Oppsummering	19
3. Grensen før lovendringen	20
3.1. Rettskildene av betydning for grensedragningen før lovendringen	20
3.1.1. Forarbeider	20
3.1.2. Rettspraksis	22
3.2.1. Arbeidsledelsen	24
3.2.2. Resultatansvar	28
3.2.3. Antallet arbeidstakere.....	29
3.2.4. Prisfastsettelsen	30
3.2.5. Oppdragets avgrensning	32
3.2.6. Materialer og utstyr	33
3.2.7. Formål	34
3.3. Helhetsvurderingen	35
4. Grensen etter lovendringen	37
4.1. Rettskildene av betydning for grensedragningen etter lovendringen.....	37
4.2. Vurderingsmomentene i aml. § 14-12 (5).....	39
4.2.1. Ledelsen av arbeidet.....	39
4.2.2. Ansvar for resultatet	40
4.2.3. Om det i hovedsak skal leveres arbeidskraft.....	41
4.2.4. Om arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet.....	46
4.2.5. Om arbeidet dekker et vedvarende arbeidskraftsbehov	48

4.2.6. Om arbeidet skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet.....	50
4.3. Helhetsvurderingen	53
5. Avslutning	55
Kildeliste.....	58

Innledning

1.1. Tema og aktualitet

Temaet i denne masteroppgaven er grensedragningen mellom innleie av arbeidskraft fra virksomheter som har til formål å drive utleie (bemanningsforetak) og entrepriser.

Utgangspunktet i norsk arbeidsliv er at arbeidstakere skal ansettes fast og arbeide direkte i den virksomheten de er ansatt i.¹ Behovet for fleksibilitet, kompetanse og produktivitet i arbeidsmarkedet gjør likevel at virksomheter også må kunne dekke sitt arbeidskraftsbehov på alternative måter.² Dette kan blant annet gjøres ved å innhente arbeidskraft fra andre virksomheter gjennom innleieavtaler, eller sette ut oppdrag til andre virksomheter gjennom entrepriseravtaler.³

Både innleieforhold og entrepriserforhold forutsetter at to virksomheter har inngått en kontrakt som forplikter oppdragstakervirksomheten til å involvere sine egne arbeidstakere for å oppfylle sin del av kontraktsforpliktelsen. I mange tilfeller er grensen mellom innleie og entrepriseravtaler enkel å trekke. Entrepriseravtaler kjennetegnes av at en oppdragstaker påtar seg en resultatforpliktelse om levering av et produkt, vare eller gjenstand, mens innleieavtaler kjennetegnes av at oppdragstaker hovedsakelig skal levere løpende arbeidskraft til oppdragsgiver.⁴ Grensen mellom entrepriseravtaler og innleieavtaler kan imidlertid bli vanskelig å trekke der kontraktsgjenstanden ikke er en ting, men en tjeneste, og hvor arbeidskraften står sentralt i leveransen.⁵ Entrepriseravtaler om levering av tjenester hvor arbeidskraft står sentralt, omtales gjerne som bemanningsentrepriser.⁶

Arbeidsmiljøloven oppstiller strenge vilkår for når en virksomhet kan inngå innleieavtaler med bemanningsforetak,⁷ og oppstiller en rekke rettigheter og forpliktelser for partene som berøres av innleieavtalen. Virksomheters adgang til å inngå entrepriseravtaler (herunder bemanningsentrepriseravtaler) faller på sin side utenfor arbeidsmiljølovens regulering.⁸

¹ Se HR-2020-2109-A avsnitt 77.

² Se f.eks. Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 40 og NOU 2021: 9 s. 102 og 293.

³ NOU 2021: 9 s. 289.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid. s. 290.

⁶ Se f.eks. Rt. 2013 s. 998 avsnitt 58, HR-2018-2371-A avsnitt 69 og NOU 2021: 9 s. 194.

⁷ Behandles nærmere i kapittel 2.1.2.

⁸ Se Prop. 131 L (2021-2022) s. 40.

Grensedragningen mellom innleie og entreprise får dermed avgjørende betydning for rettighetene og pliktene til både oppdragsgiveren (potensiell innleier), arbeidstakeren og arbeidsgiveren (potensiell utleier).

Ved lovendring 20. desember 2022⁹ ble vurderingsmomenter av betydning for grensen mellom innleie og entreprise lovfestet gjennom tilføyelse av et nytt femte ledd i arbeidsmiljøloven (aml.) § 14-12.¹⁰ Endringen trådte i kraft 1. april 2023. Før denne datoen ble grensen trukket med utgangspunkt i momenter som ble skissert i NOU 1998:15,¹¹ også kjent som Blaalid-utvalget. Mange av de nå lovfestede momentene skiller seg i formulering fra utvalgets momentliste, og Arbeids- og inkluderingsdepartementet påpeker i lovproposisjonen at lovfestingen innebærer en endring av gjeldende rett.¹² Hensikten med denne oppgaven er å undersøke om, og eventuelt på hvilken måte, vedtakelsen av nye aml. § 14-12 (5) har hatt en reell innvirkning på grensedragningen mellom innleie og entreprise.

1.2. Problemstilling og avgrensninger

Problemstillingen i denne oppgaven er om, og eventuelt på hvilken måte nye aml. § 14-12 (5) påvirker grensen mellom innleie av arbeidskraft og entreprise. Arbeidsmiljøloven § 14-12 (5) regulerer adgangen til å leie inn arbeidstakere fra virksomheter som har til formål å drive utleie. Slike virksomheter regnes som bemanningsforetak. Når innleie gjøres fra virksomheter som ikke har til formål å drive utleie reguleres innleieadgangen av aml. § 14-13. Slike virksomheter vil jeg omtale som *produksjonsbedrifter*.¹³ Hensynet bak innleieadgangen fra bemanningsforetak knytter seg til oppdragsgivervirksomhetens behov for kortsiktig arbeidskraft,¹⁴ mens hensynet bak innleieadgangen fra produksjonsbedrifter knytter seg til utleiebedriftens behov for å kunne leie ut egne arbeidstakere når det er midlertidig nedgang i virksomhetens interne arbeidskraftsbehov.¹⁵

Grensen mellom innleie og entreprise er lik uavhengig av om innleien gjøres fra bemanningsforetak eller produksjonsbedrift, fordi aml. § 14-13 (5) henviser til aml. § 14-12

⁹ Lov nr. 99/2022

¹⁰ Lov 17. juni 2005 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

¹¹ Se Rt. 2002 s. 1469, Rt. 2013 s. 998 avsnitt 75 og HR-2018-2371-A avsnitt 77.

¹² Prop. 131 L (2021-2022) s. 47.

¹³ Tilsvarende i Borgerud og Næss (2019) s. 210.

¹⁴ NOU 1998: 15 punkt 5.1.1 og 10.2.2.

¹⁵ Rt. 2013 s. 1730 avsnitt 52.

(5). I den videre fremstillingen forutsetter jeg likevel at oppdragstakervirksomheter er bemanningsforetak, og at eventuell innleie skal hjemles i aml. § 14-12 (5). Dette skyldes at innleiehjemmelen har betydning for konsekvensen av å kategorisere et oppdragsforhold som innleie. Innleieadgangen fra bemanningsforetak er snevrere enn fra produksjonsbedrifter, brudd på innleievilkårene gir rett til erstatning og fast ansettelse, og arbeidsmiljøloven gir særskilte rettigheter til innleide som sikrer dem anstendige arbeidsvilkår.¹⁶

Av hensyn til oppgavens omfang avgrensers jeg også mot en nærmere analyse av grensen mellom innleie fra bemanningsforetak og innleie fra produksjonsbedrift.

Grensedragningen mellom innleie og entrepriser kan ha betydning for partenes rettigheter og plikter etter annen lovgivning enn arbeidsmiljøloven.¹⁷ Ettersom oppgaven gjelder skillet mellom innleie og entrepriser på arbeidsrettens område, avgrensers jeg også mot nærmere redegjørelse av grensedragningens betydning for annet enn arbeidsrettslige spørsmål. Jeg avgrensers også mot å behandle innleiereguleringer som følger av eventuelle tariffavtaler.

1.3. Rettskildet, metode og metodiske utfordringer

For å svare på oppgavens problemstilling vil jeg foreta to rettsdogmatiske analyser i tråd med alminnelig juridisk metode.¹⁸ I kapittel 3 analyserer jeg grensen før lovendringen, og i kapittel 4 analyserer jeg grensen etter lovendringen. I tillegg vil jeg sammenligne de to grensedragningene løpende i kapittel 4. Formålet er å avklare hva som er gjeldende rett.

Rettskildet er ulikt for grensedragningen før og etter lovfesting. Det knytter seg derfor også ulike metodiske utfordringer til de ulike analysene. Før lovendringen fulgte vurderingsmomenter av betydning for grensedragningen primært av en momentliste i NOU 1998:15 Arbeidsformidling og arbeidsleie.¹⁹ Vurderingsmomentenes innhold og vekt er utpenslet i to sentrale høyesterettsdommer: Rt. 2013 s. 998 (Quality People) og HR-2018-2371-A (Norwegian).

¹⁶ Se Prop. 131 L (2021-2022) s. 45. Rettighetene behandles nærmere i kapittel 2.1.2.

¹⁷ Se f.eks. lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven) § 7-6.

¹⁸ Eckhoff (2001) s. 15.

¹⁹ NOU 1998: 15 punkt 5.1.4.

De metodiske utfordringene knytter seg hovedsakelig til at rettskildetilfanget er begrenset. NOU 1998:15 redegjør ikke inngående for vurderingsmomentenes innhold, og de er kun overflattisk omtalt i juridisk teori.²⁰ I begge rettsavgjørelsene fastslo Høyesterett at det klart forelå entrepriseforhold, hvilket innebærer at det begrenset med rettskilder som kan nyansere hvor terskelen for innleie går. Rettsavgjørelsene har likevel sentral betydning for utpenslingen av vurderingsmomentenes innhold. Høyesterettsavgjørelser er i utgangspunktet tungtveiende rettskildefaktorer, og deres rettskildemessige betydning styrkes når rettskildetilfanget ellers er sparsomt.²¹

Etter lovendringen er vurderingsmomentene i aml. § 14-12 (5) og tilhørende forarbeidsuttalelser bestemmende for hvor grensen mellom innleie og entrepris går. Så vidt meg bekjent finnes det verken juridisk teori eller rettspraksis som sier noe om hvordan vurderingsmomentene skal tolkes eller vektet.²² Fordi det finnes lite praksis og teori om temaet forsterkes forarbeidenes rettskildemessige vekt.²³

Arbeids- og inkluderingsdepartementet har publisert en veileder for reglene for innleie av arbeidskraft som blant annet sier noe om hvordan grensedragningen skal foretas.²⁴ Denne gjengir hovedsakelig uttalelser fra lovproposisjonen, og er følgelig lite egnet til å nyansere grensedragningen.

Fraværet av praksis og vitenskapelig diskusjon om temaet gjør det også vanskelig å påpeke relevante svakheter ved lovbestemmelsen, fordi det gjerne er konkrete tvister som synliggjør rettslige tolkningsutfordringer. I tillegg vanskeliggjør fraværet av rettspraksis sammenligningen av grensedragningen før og etter lovendringen. Hvordan aml. § 14-12 (5) reelt sett påvirker grensen mellom innleie og entrepris avhenger av hvordan vurderingsmomentene i aml. § 14-12 (5) tolkes og vektet mot hverandre i en konkret helhetsvurdering. Dette er det til syvende og sist opp til domstolene å avgjøre.

²⁰ Se f.eks. Skarving (2013) s. 44-46, Borgerud og Næss (2019) s. 200-202, Storeng mfl. (2020) s. 147-149 og Skjønberg mfl. (2022) s. 248-251.

²¹ Høgberg og Sunde (2019) s. 89-90 og s. 93.

²² 1. desember 2023 utga Jan Fougner mfl. 4. utgave av *Omstilling og nedbemanning*. Denne har jeg ikke tatt høyde for under oppgaveskrivingen.

²³ Høgberg og Sunde (2019) s. 129.

²⁴ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2023) s. 35-41.

1.4. Veien videre

Før jeg analyserer grensedragnet, vil jeg i kapittel 2 gjøre nærmere rede for hva som kjennetegner innleie og entreprise. Jeg vil også forklare hvilken betydning grensedragningen mellom innleie og entreprise har for partenes rettigheter og forpliktelser, årsaken til at det går et skille mellom innleie og entreprise og grunnen til at lovgiver har ønsket å oppdatere grensedragningen. I kapittel 3 vil jeg som nevnt redegjøre for grensedragningen før lovendringen, og i kapittel 4 redegjør jeg for grensen etter lovendringen. Løpende i kapittel 4 vurderer jeg også om de enkelte vurderingsmomentene i aml. § 14-12 (5) innebærer noen endring i grensedragningen. Dette gjør jeg ved å se på om, og i hvilken utstrekning, dagens lovfestede momenter har et videre eller smalere virkeområde enn det de tidligere momentene hadde. For å synliggjøre påvirkningen, vil jeg aktivt bruke Quality People- og Norwegian-dommen for å illustrere om dagens momenter eventuelt fanger opp forhold som ikke ble fanget opp da sakene sto for retten i henholdsvis 2013 og 2018. I kapittel 5 vil jeg foreta en avsluttende sammenligning av den endelige helhetsvurderingen før og etter lovendringen.

2. Innleie og entreprise

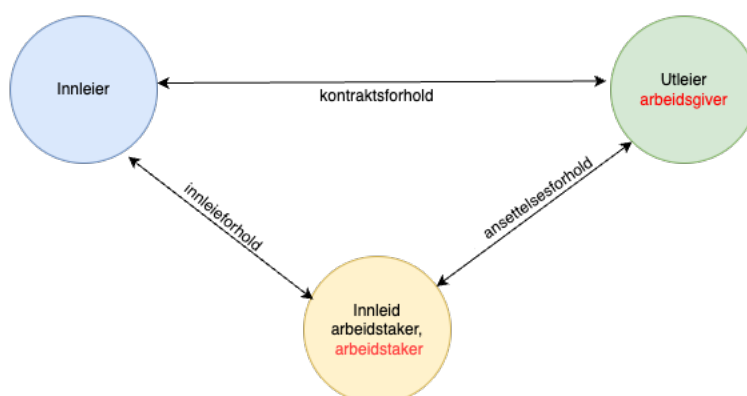
2.1. Innleie

2.1.1. Begrepets innhold

Innleiebegrepet er ikke definert i arbeidsmiljøloven. I NOU 2021:9 beskrives innleie slik:

«Med innleie menes at en virksomhet (innleier/oppdragsgiver) for en tidsbegrenset periode leier inn en arbeidstaker fra en annen virksomhet (utleier/oppdragstaker), og hvor arbeidet utføres under innleiers tilsyn og ledelse. Den utleide arbeidstakeren er ansatt hos utleier og arbeider som en arbeidstaker hos innleier, men altså uten å være ansatt der»²⁵

Arbeidsinnleie skiller seg fra alminnelige ansettelsesforhold ved at det etableres det et trepartsforhold mellom innleier, utleier og arbeidstaker.²⁶



Figur 1: innleieforhold

Forholdet mellom innleier og utleier er et kontraktsforhold som hovedsakelig reguleres av oppdragsavtalen og alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Forholdet mellom arbeidstaker og utleier (arbeidsgiveren) reguleres av arbeidsmiljølovens alminnelige bestemmelser, samt arbeidsavtalen og eventuelle tariffavtaler. Forholdet mellom arbeidstakeren og innleier reguleres av arbeidsmiljølovens særskilte innleieregulering.²⁷ I tillegg oppstiller

²⁵ NOU 2021: 9 s. 289.

²⁶ NOU 2021: 9 s. 102.

²⁷ Se Skjønberg mfl. (2022) s. 245.

arbeidsmiljøloven enkelte rettigheter og forpliktelser for innleier og utleier når utleien gjøres fra et bemanningsforetak, som skal bidra til å realisere rettighetene til den innleide arbeidstakeren.

2.1.2. Vilkår for innleie og rettigheter for innleide

Hvilke vilkår som må være oppfylt for at to virksomheter kan inngå en innleieavtale, samt hvilke rettigheter som tilfaller innleide arbeidstakere, avhenger av om oppdragstaker er et bemanningsforetak eller en produksjonsbedrift. Fordi jeg i oppgaven forutsetter at utleier er et bemanningsforetak, avgrenses det mot en behandling av vilkårene for innleie fra produksjonsbedrifter etter aml. § 14-13.

Innleieadgangen fra bemanningsforetak reguleres av aml. § 14-12 (1). Her heter det at innleieadgangen «er tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter § 14-9 andre ledd bokstav b til e». Dette innebærer at avtale om innleie kan inngås «for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)»,²⁸ «for praksisarbeid»,²⁹ «med deltaker i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med arbeids- og velferdsetaten»,³⁰ og «med idrettsutøvere, idrettstrenerne, dommere og andre ledere innen den organiserte idretten».³¹

Aml. § 14-12 (2) oppstiller unntak fra disse vilkårene for «virksomheter som er bundet av tariffavtale inngått med fagforening med innstillingsrett», dersom innleieavtalen er skriftlig, tidsbegrenset og hovedsakelig gjelder en arbeidstakerkategori som er representert ved en tillitsvalgt i virksomheten.

I tillegg til at det gjelder vilkår for å kunne leie inn, finnes det særskilte innleieregler i arbeidsmiljøloven som beskytter innleide arbeidstakere. Enkelte bestemmelser beskytter alle innleide arbeidstakere, uavhengig av innleiegrunnlag, mens andre bestemmelser kun verner om innleide fra bemanningsforetak. Arbeidsmiljøloven § 2-2 og bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 13 verner om alle innleide. Arbeidsmiljøloven § 2-2 forplikter en oppdragsgiver å innrette sin virksomhet så det er mulig for alle som utfører arbeid der å ha et

²⁸ Jf. bokstav b

²⁹ Jf. bokstav c

³⁰ Jf. bokstav d

³¹ Jf. bokstav e

fullt forsvarlig arbeidsmiljø, samt å sikre at alle innleides arbeidstid er i tråd med arbeidsmiljøloven. Arbeidsmiljøloven kapittel 13 gir diskrimineringsvern for alle innleide.

Ved innleie fra bemanningsforetak gjelder også aml. §§ 14-12 (4), 14-12 a, 14-12 b, 14-12 c og § 14-14. Aml. § 14-12 (4) gir innleide fra bemanningsforetak rett til fast ansettelse hos innleier etter tre års sammenhengende innleie. Aml. § 14-14 fastsetter at den innleide har krav på fast ansettelse hos innleier hvis det foreligger brudd på bestemmelsene i § 14-12. Videre gir aml. § 14-12 a utleide arbeidstakere fra bemanningsforetak krav på at nærmere angitte lønns- og arbeidsvilkår er like som om de var ansatt hos innleieren. Bestemmelsen gjennomfører Norges forpliktelser iht. Europaparlamentets og rådsdirektiv 2008/104/EF 19. november 2008 om vikararbeid (vikarbyrådirektivet). Aml. §§ 14-12 b og 14-12 c fastsetter plikter mellom innleier og utleier som skal effektivisere likebehandlingskravet i § 14-12 a.

Grunnen til at innleide fra bemanningsforetak har slike særlige rettigheter er hovedsakelig at trepartsforholdet kan medføre negative konsekvenser for den innleides ansettelsesforhold.³² Lovgiver har tatt konsekvensen av dette ved å begrense innleieadgangen og sikre innleide arbeidstakere anstendige arbeidsvilkår.³³ Retten til likebehandling etter aml. § 14-12 a er også begrunnet i et internasjonalt mål om å øke anerkjennelsen av vikarbyråer som arbeidsgivere, og til å etablere passende rammer for anvendelsen av innleid arbeidskraft.³⁴ Måten trepartsforholdet kan medføre negative konsekvenser for ansettelsesforhold, og dermed begrunner innleieregelverket, behandles nærmere i kapittel 2.3.

2.2. Entreprise

Entreprisebegrepet er ikke legaldefinert, men begrepets innhold er utpenslet i andre rettskilder. Det er bred enighet i forarbeider og teori om at entrepriseforhold kjennetegnes av det foreligger en oppdragsavtale mellom to virksomheter, hvor den ene virksomheten (oppdragstaker) påtar seg en forpliktelse om å levere et bestemt resultat for den andre virksomheten (oppdragsgiver). Resultatet skal oppnås ved hjelp av egne ansatte som

³² Prop. 74 L (2011-2012) s. 51, se også Prop. 131 L (2021-2022) s. 45.

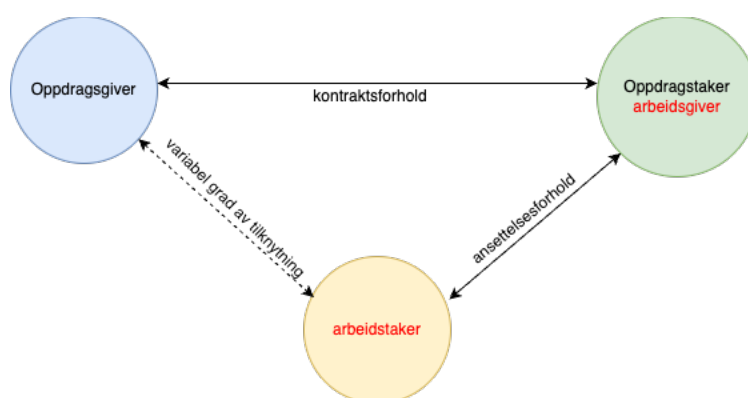
³³ Prop. 131 L (2021-2022) s. 45.

³⁴ Prop. 74 L (2011-2012) s. 11.

oppdragstakeren utøver arbeidsledelsen overfor.³⁵ I NOU 2021:9 forklares entrepriseregnet slik:

«Med entrepriseregnet menes at en virksomhet (oppdragstaker/entreprenør/tjenesteleverandør) bruker egne arbeidstakere for å utføre et oppdrag for en annen virksomhet (oppdragsgiver), og hvor arbeidstakerne er underlagt entreprenørens tilsyn og ledelse. I entrepriseregnet forplikter entreprenøren seg til å levere et bestemt resultat til oppdragsgiver. Entrepriseregnet er dermed ikke en tilknytningsform, men en kontraktsform mellom virksomheter, hvor entreprenøren er bundet av de samme arbeidsrettslige regler som andre arbeidsgivere. Arbeidsgiver og arbeidstaker har dermed de samme sett rettigheter og plikter overfor hverandre.»³⁶

Ved entrepriseregnet etableres det ikke trepartsforhold på samme måte som det gjøres ved innleie, fordi arbeidstakerne ikke har rettigheter og forpliktelser overfor oppdragsgiveren. Det vil foreligge et kontraktsforhold mellom oppdragsgivervirksomheten og oppdragstakervirksomheten, og et alminnelig ansettelsesforhold mellom oppdragstakervirksomheten og arbeidstakeren.³⁷ Det vil også være en viss tilknytning mellom arbeidstakerens arbeid og oppdragsgivervirksomheten, ettersom arbeidet gjøres på oppdragsgivers vegne. Tilknytningsgraden avhenger av konkrete omstendigheter i hvert enkelt oppdragsforhold. Dette knytter oppdragsgiver, oppdragstaker og arbeidstakeren sammen i en og samme arbeidsrelasjon.



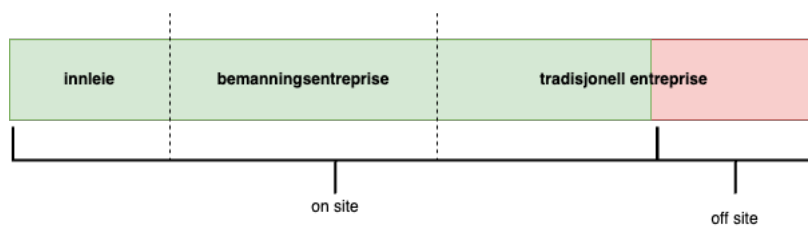
Figur 2: entrepriseregnetforhold

³⁵ Se f.eks. Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 3 og 23, Prop. 131 L (2021-2022) s. 40, Skjønberg (2022) s. 248 og Fougner (2019) s. 673.

³⁶ NOU 2021: 9 s. 289

³⁷ Ibid. s. 189

Grunnen til at tilknytningen mellom en arbeidstaker og en oppdragsgiver varierer mellom i oppdragsforhold, er at oppdragsforhold kan være svært varierte, både i innhold og hvordan de er organisert.³⁸ Omfanget av ulike typer oppdragsforhold som gjør det vanskelig å tydelig skille mellom innleie- og entrepriseforhold, og overgangen fra tradisjonelle innleieforhold til tradisjonelle entrepriseforhold er glidende. Graden av tilknytning mellom arbeidet som utføres og oppdragsgivervirksomheten tegner et bilde av denne glideskalaen.



Figur 3: glideskala mellom innleie og entreprise

To hovedkategorier av entrepriseforhold «off site»-entrepriser og «on site»-entrepriser.³⁹ Ved off-site-entrepriser utføres arbeidet i oppdragstakers egne lokasjoner og med oppdragstakers eget utstyr. Motsatt utføres arbeidet hos oppdragsgiver eller med oppdragsgivers utstyr ved on-site-entrepriser.⁴⁰ On site-entrepriser har likhetstrekk med innleieforhold fordi også innleide arbeidstakere også utfører hos oppdragsgiver eller med oppdragsgivers utstyr. Her er tilknytningen mellom arbeidet og oppdragsgivervirksomheten sterkere enn ved off site-entrepriser, hvor det er fysisk avstand mellom kontraktspartene.

En underkategori av on site-entreprise er såkalte bemanningsentrepriser.

Bemanningsentrepriser har enda sterkere likhetstrekk med innleie enn andre on site-entrepriser, fordi det både i innleieforhold og bemanningsentrepriseforhold skal leveres arbeidskraft. Ved bemanningsentrepriser vil ikke den arbeidsytende personen være direkte ansatt i virksomheten hvor arbeidet utføres. I NOU 2021:9 beskrives bemanningsentrepriser som:

«tjenestekjøp mellom virksomheter hvor arbeidskraft eller bemanning utgjør den bærende innsatsfaktoren, men hvor det samtidig er avtalt en resultatforpliktelse. Også

³⁸ Prop. 131 L (2021-2022) s. 43.

³⁹ NOU 2021: 9 s. 294.

⁴⁰ Ibid.

ved innleie er arbeidskraften eller «bemanningen» det sentrale i avtalen, men innleier står selv til ansvar for resultatet»⁴¹

Grensen mellom innleie og entrepris er særlig vanskelig å trekke i disse tilfellene.⁴²

Entreprisekontrakter faller i utgangspunktet utenfor arbeidsmiljølovens virkeområde. Unntaket er plikten arbeidsgivere har etter aml. § 2-2 til å innrette egen virksomhet slik at også andre enn egne arbeidstakere kan sikres fullt forsvarlig arbeidsmiljø, hvilket gir et visst vern til arbeidstakere på on site-entrepriser. Oppdragsgivere og oppdragstakeres adgang til å inngå slike entreprisekontrakter er dermed ikke begrenset av arbeidsmiljølovens vilkår for innleie. Dette innebærer også at rettighetene som tilfaller innleide fra bemanningsforetak, herunder retten til fast ansettelse etter 3 år og retten til likebehandling, ikke gjelder for arbeidstakere i bemanningsentrepriserforhold. Quality People-dommen og Norwegian-dommen, som presenteres nærmere i punkt 3.1.2 tydeliggjør ytterligere grensedragningens avgjørende betydning for rettighetene til partene i et oppdragsforhold.

2.3. Hvorfor reguleres innleie og entrepris ulikt

2.3.1. Innledning

Årsaken til at innleie og entrepris reguleres ulikt er kort oppsummert at innleieforhold og entreprisforhold antas å ha ulik innvirkning på arbeidsforholdene til arbeidstakerne. Innleie kan utfordre topartsrelasjonen den norske arbeidslivsmodellen bygger på, og dermed ha negativ innvirkning på arbeidsforholdene til den innleide arbeidstakeren. Arbeidstakere i entreprisforhold antas derimot å ha «trygge og ordinære arbeidsforhold hos entreprenøren».⁴³ Dette forklarer hvorfor lovgiver har sett et behov for å regulere innleie, men ikke entrepris.

I dette kapittelet skal jeg jeg forklare nærmere hva som gjør at innleie og entrepris har ulik innvirkning på arbeidsforhold. Formålet er å tydeliggjøre årsaken til at det går et skille mellom innleie og entreprisforhold, og at disse reguleres ulikt. For å forklare dette er det nødvendig å innledningsvis si noe om arbeidsmiljølovens overordnede utgangspunkt.

⁴¹ Ibid. s. 290.

⁴² Prop. 131 L (2021-2022) s. 43.

⁴³ NOU 2021: 9 s. 301.

I kapittel 2.3.3 skal jeg forklare innleieforholds negative innvirkning på arbeidsforhold. Videre i kapittel 2.3.4 vil jeg forklare hvordan klassiske entrepriser ikke har negativ innvirkning på arbeidsforhold, samt se nærmere på hva slags entrepriser som likevel kan påvirke arbeidsforhold negativt.

2.3.2. Arbeidsmiljøloven som vernelovgivning

Hovedregelen i norsk arbeidsliv er faste og direkte ansettelser i topartsforhold. Prinsippet om faste ansettelser er lovfestet i aml. § 14-9 (1), og innebærer at ansettelsen er «løpende og tidsubegrenset, at lovens regler om opphør av arbeidsforhold gjelder, og at arbeidstaker sikres forutsigbarhet for arbeid i form av et reelt stillingsomfang».

Utgangspunktet om at ansettelser skal være faste, er helt sentralt for arbeidstakerbeskyttelsen i norsk rett. Uten hovedregel om faste ansettelser finnes det ikke noe reelt stillingsvern.⁴⁴ I lovproposisjonen til arbeidsmiljøloven 2005 begrunnes hovedregelen slik:

«Foruten å gi arbeidstakerne den nødvendige trygghet, sikrer fast ansettelse en saklig og forsvarlig prosess i forbindelse med oppsigelse. Departementet legger til grunn at fast ansettelse bidrar til at virksomhetene beholder og videreutvikler nødvendig kompetanse og skaper en positiv lojalitet mellom arbeidstakerne og virksomheten, noe som igjen gir de beste forutsetninger for virksomhetenes HMS-arbeid»⁴⁵

Fast ansettelse sikrer dermed både arbeidstakeres behov for trygghet, rett til en forsvarlig oppsigelsesprosess, muliggjør godt HMS-arbeid og tilrettelegger samtidig for effektivt næringsliv.⁴⁶

Prinsippet om direkte ansettelser i topartsforhold er ikke lovfestet. Direkte ansettelser i topartsforhold forstås som ansettelser hvor arbeidstaker arbeider hos og for den som har ansatt ham. Rettspraksis fastslår at prinsippet om direkte ansettelser er en hovedregel.⁴⁷

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven fremhever også normen i norsk arbeidsliv er ansettelser i

⁴⁴ se Fougner (2019) s. 742-743.

⁴⁵ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 208.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ HR-2020-2109-A avsnitt 77.

topartsforhold.⁴⁸ Det faste og direkte ansettelsesforhold som tilrettelegger best for tillit, utvikling og samarbeid mellom partene.⁴⁹ Avvik fra normen regnes som alternative tilknytningsforhold.⁵⁰

Et overordnet formål i arbeidsmiljøloven er å sikre trygge ansettelsesforhold.⁵¹ Ettersom arbeidstakervernet er mest optimalisert i standard tilknytningsforhold, aktualiserer det et behov for å regulere tilknytningsformer som utfordrer arbeidstakervernet.

2.3.3. Innleieferholds påvirkning på ansettelsesforhold

Innleie er eksempel på et alternativt tilknytningsforhold. Ved innleie etableres det et trepartsforhold, hvor innleid arbeidstaker utfører arbeid hos en annen arbeidsgiver enn den han er formelt ansatt hos. Det foreligger med andre ord ikke en direkte ansettelse. I Prop. 131 L (2021-2022) forklarer Arbeids- og inkluderingsdepartementet utfordringene med trepartsforhold slik:

«Dette trepartsforholdet samsvarer dårlig med sentrale reguleringer av norsk arbeidsliv, gjennom lovgivning og tariffavtaler. Dette gjelder blant annet reglene om stillingsvern, vernetjeneste i virksomhetene og systemet med tillitsvalgte som arbeidstakernes representanter. Virksomheten som leier inn arbeidstaker blir en tredjepart med stor innflytelse, som den som står nærmest til å vurdere det arbeidet som den innleide arbeidstakeren utfører, til tross for at det er bemanningsforetaket som er den formelle arbeidsgiveren. Mange av faktorene som påvirker og styrer arbeidstakerens hverdag vil også ligge utenfor den formelle arbeidsgivers kontroll. Trepartsforhold som innleie kan dermed bidra til å pulverisere både arbeidsgiveransvaret og arbeiderkollektivet.»⁵²

Innleie kan altså utfordre arbeidstakervernet. Det er likevel nødvendig å ha en viss innleieadgang for å sikre fleksibelt arbeidsliv.⁵³ For eksempel muliggjør innleie dekke av korttidsarbeidskraft i forbindelse med sykefravær eller under permisjoner.⁵⁴ Disse kryssende

⁴⁸ NOU 2021: 9 s. 102.

⁴⁹ Prop.131 L (2021-2022) s. 26.

⁵⁰ NOU 2021: 9 s. 103.

⁵¹ Jf. aml. § 1-1 bokstav b og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 14

⁵² Prop. 131 L (2021-2022) s. 20.

⁵³ NOU 2021: 9 s. 20 og s. 292.

⁵⁴ Se f.eks. NOU 1998: 15 punkt 5.1.1.

hensynene tydeliggjør behovet for et innleieregelverk som begrenser bruken av innleie til særskilte tilfeller og som sikrer innleide akseptable arbeidsvilkår.

2.3.4. Entreprisers påvirkning på ansettelsesforhold

Entrepriser representerer i utgangspunktet ikke en form for arbeidskraftstilknytning. Det er dermed lite treffende å omtale entrepriser som «alternative» tilknytningsforhold, selv om utsetting av arbeid i entrepriser fungerer som alternativ til oppdragsgivervirksomhetens egenproduksjon. Årsaken til at entrepriser ikke regnes som arbeidskraftstilknytning, er at entrepriser bygger på et kontraktsforhold mellom en oppdragsgivervirksomhet som kjøper en tjeneste og en oppdragstakervirksomhet som tilbyr denne tjenesten.⁵⁵ Oppdragsgiver anskaffer seg altså *først og fremst* en bestemt tjeneste fra en annen virksomhet, ikke arbeidskraft fra en annen virksomhets arbeidstakere, slik tilfellet er ved innleie. Ettersom det normalt ikke er arbeidskraft som tilknyttes oppdragsgivervirksomheten, utfordrer entrepriser i utgangspunktet heller ikke topartsforholdet arbeidsmiljøloven søker å ivareta: arbeidstakerne i entrepriseforhold er underlagt sin formelle arbeidsgivers tilsyn og ledelse, og arbeidet utføres ofte hos oppdragstaker selv. De nevnte negative konsekvensene innleie har for arbeidsforhold, kommer dermed ikke på spissen ved klassiske entrepriser.

Det er som nevnt likevel en glidende overgang fra tradisjonelle entrepriser til innleie. Jo nærmere tilknytningen mellom arbeidstakeren og oppdragsgiveren blir, desto større blir avstanden mellom arbeidstaker og hans formelle arbeidsgiver. Dette øker oppdragsforholdets kompleksitet og forsterker utfordringen mot topartsforhold og trygge ansettelser.⁵⁶ Retten til medvirkning på arbeidsplassen er eksempel på en rettighet som svekkes jo mer innleieliknende et entrepriseforhold blir: ved klassiske off site-entrepriser har arbeidstakerne medbestemmelse i den virksomheten de faktisk utfører arbeid i, mens de ved on site-entrepriser har de ikke det.⁵⁷ Også retten til reelt stillingsvern er illustrerende: En ansatt i bemanningsforetak har stillingsvern for sin stilling i bemanningsforetaket. Når arbeidstakeren oppholder seg hos oppdragsgiver, slik tilfellet er ved on site-entrepriser, opplever arbeidstakeren gjerne mer tilhørighet til oppdragsgiver enn til sin formelle arbeidsgiver (oppdragstaker).⁵⁸ Han har likevel ikke stillingsvern hos oppdragstaker. Stillingsvernets

⁵⁵ Se NOU 2021: 9 s. 289 og Ingelsrud s. 15.

⁵⁶ NOU 2021: 9 s. 294-295.

⁵⁷ NOU 2021: 9 s. 315.

⁵⁸ Olsen (2016) s. 40-47.

svekkede verdi kommer på spissen ved tidsubegrensede bemanningsentrepriser. I slike tilfeller kan en arbeidstaker jobbe flere år på oppdrag for en oppdragsgiver uten å ha reelt stillingsvern. I entrepriserforhold hvor oppdragsgiver også utøver en viss arbeidsledelse, kan det være vanskelig å plassere arbeidsgiveransvar mellom oppdragsgiver og oppdragstaker (arbeidsgiver).⁵⁹

Arbeidsmiljølovens formål om trygge ansettelsesforhold antas å særlig utfordres når en virksomhet splitter opp virksomheten i ulike datterselskaper, for deretter å inngå entrepriskontrakter med datterselskapene for å kunne operere i markedet.⁶⁰ Dette var tilfelle i Norwegian-saken. Ved å sette ut arbeid i underentrepriser kan virksomheter bli bundet av andre tariffavtaler, med andre lønns- og arbeidsbetingelser.⁶¹ Virksomhetsorganiseringen svekker dermed arbeidstakernes forhandlingsmakt. Siden virksomhetsorganiseringen kan begrunnes i arbeidsgivers behov, unngår virksomhetene også arbeidstakernes oppsigelsesvern, og arbeidsgiverforpliktelser som f.eks. utbetaling av sykepenger bortfaller. Ytterligere kan arbeidstakerens forutsigbarhet med tanke på arbeidssted reduseres.⁶² Dette må ses i sammenheng med at arbeidstakerens kun har stillingsvern for sin stilling i bemanningsforetaket, og ikke for stillingen i morselskapet. I tillegg kan flytting av arbeidstaker i konsern påvirke deres rett til informasjon, samarbeid og medbestemmelse der arbeidet utføres.⁶³

Partssamarbeidet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver utfordres også ved denne typen virksomhetsorganisering. Den generelle informasjonsflyten mellom arbeidstaker og arbeidsgiver svekkes av at en tredjepart øver innflytelse over arbeidsrelasjonen. Til illustrasjon har finske piloter i Norwegian-konsernet rapportert at verken oppdragsgiver eller oppdragstaker (arbeidsgiver) ønsket å diskutere arbeidsrelaterte forhold. Oppdragsgiver mente oppdragstaker var ansvarlig for den aktuelle problemstillingen, og vice versa.⁶⁴

⁵⁹ Følger forutsetningsvis av Prop. 131 L (2021-2022) s. 44.

⁶⁰ NOU 2021: 9 s. 299-300.

⁶¹ Moen (2018) s. 209.

⁶² Moen (2017) s. 432.

⁶³ Se f.eks. NOU 2021: 9 s. 237 og HR-2018-2371-A.

⁶⁴ Ibid. s. 435.

Denne formen for virksomhetsorganisering svekker forutsetningene for et arbeidsliv som bygger på faste og direkte ansettelse i topartsforhold.⁶⁵ Dette stemmer dårlig overens med arbeidsmiljølovens formål om trygge ansettelsesforhold.⁶⁶

2.3.5. Oppsummering

Som nevnt innledningsvis er årsaken til at innleie og entrepriser reguleres ulikt kort oppsummert at innleieforhold og entrepriserforhold antas å ha ulik innvirkning på arbeidsforholdene til arbeidstakerne. Innleie kan utfordre topartsforholdet som den norske arbeidslivsmodellen bygger på, mens tradisjonelle entrepriserforhold ikke gjør det. Lovgiver har tatt konsekvensen av dette ved å gi begrensning innleieadgangen og sikre innleide arbeidstakere anstendige arbeidsvilkår.⁶⁷ Bemanningsentrepriser kjennetegnes av både innleiekarakteristikk og entrepriserkarakteristikk, og vil i større eller mindre grad utfordre den norske arbeidslivsmodellen. Det er denne typen oppdragsforhold som gjør grensen mellom innleie og entrepriser vanskelig å trekke.

⁶⁵ Se også Moen (2018) s. 208.

⁶⁶ NOU 2021: 9 s. 49.

⁶⁷ Prop. 131 L (2021-2022) s. 45.

3. Grensen før lovendringen

3.1. Rettskildene av betydning for grensedragningen før lovendringen

Før arbeidsmiljøloven § 14-12 (5) ble vedtatt, ble spørsmålet om arbeidsmiljølovens innleieregler skulle komme til anvendelse basert på ulovfestede kriterier som ble utledet av forarbeider og rettspraksis.⁶⁸ I kapittel 3.1.1. gjennomgår jeg de relevante forarbeidenes innhold og kontekst, og i punkt 3.1.2 forklarer jeg kort og noe forenklet problemstillingene i de mest sentrale rettsavgjørelsene. I kapittel 3.2 analyserer jeg de relevante kriteriene nærmere, og i kapittel 3.3. knytter jeg noen bemerkninger til helhetsvurderingen.

3.1.1. Forarbeider

Før 1971 var inn- og utleie uregulert.⁶⁹ I Ot.prp.nr. 53 (1970-1971), som bygget på en innstilling fra det som omtales som Tjenestemannsutvalget, ble det foreslått å innføre et utleieforbud med en begrenset dispensasjonsadgang.⁷⁰ Utleieforbudet ble vedtatt.⁷¹

Utleieforbudet var begrunnet i fremveksten av en uheldig tendens i deler av arbeidsmarkedet. Utleiefirmaer «lokket» til seg faste ansatte i ulike virksomheter ved å tilby høyere lønn enn de allerede hadde, for så å leie dem tilbake til de samme virksomhetene. Fordi det var mangel på arbeidskraft i mange næringer på den tiden, gjorde praksisen at produksjonsvirksomheter ble tvunget til å leie inn arbeidskraft istedenfor å ansette folk direkte. Innleieforholdene kom dermed *istedenfor* direkte ansettelser. I tillegg var praksisen konfliktskapende lokalt på arbeidsplassene fordi innleide og direkte ansatte arbeidstakere fikk ulik lønn for likt arbeid.⁷² Oppsummert skyldtes utleieforbudet behovet for å begrense innleieforhold som gikk på bekostning av direkte ansettelser. Formålet var tilsynelatende å sikre av trygge ansettelsesforhold ved å begrense oppdragsavtaler som utfordret topartsforholdet mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker.

⁶⁸ Se Prop. 131 L (2021-2022) s. 40.

⁶⁹ Bortsett fra et forbud mot privat arbeidsformidling i lov 27. juni 1947 om tiltak til å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven) § 26.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 16.

⁷¹ Ved lov nr. 83/1971.

⁷² Ibid. s. 29.

Entrepriser skulle på sin side være lovlig. Årsaken til dette ble ikke eksplisitt forklart, men forarbeidene uttalte at «[f]ordelen med entreprisen er at den spesielle kunnskap entreprenøren sitter inne med kan nyttiggjøres på en effektiv måte».⁷³ Dette indikerer at grunnen var at entrepriser – i motsetning til den ulovlige innleien – var samfunnsøkonomisk gunstig og ikke sto i veien for noen direkte ansettelse hos oppdragsgiver. Utleieforbudet signaliserer dermed at direkte ansettelse har vært en del av den norske arbeidslivsmodellen i lang tid.

Med et forslag om å forby utleie, oppstod et behov for å foreta en rettslig grensdragning mot de lovlige entreprisene. I tjenestemannsutvalgets innstilling ble derfor kjennetegn på innleie og entrepris utførlig forklart.⁷⁴ Tjenestemannsutvalgets innstilling er dermed også det første lovforarbeidet som omtalte grensen mellom innleie og entrepris.

I 1998 ble Blaaid-utvalget oppnevnt for å blant annet revurdere utleieforbudet fra 1971. Utvalget foreslo i NOU 1998:15 en liberalisering av adgangen til å drive inn- og utleie av arbeidskraft, samt å regulere adgangen til å leie *inn* istedenfor adgangen til å leie *ut*.⁷⁵ Årsaken var at regelverket fra 1971 viste seg å være «uklart for alle aktører i arbeidsmarkedet» samt «lite robust overfor endringer i arbeidsmarkedet og [...] dårlig tilpasset fremtidens arbeidsmarked».⁷⁶ Utvalgets forslag ble fulgt opp i Ot.prp.nr. 70 (1998-1999), og ledet til lovendring i 2001.⁷⁷ Med utgangspunkt i Tjenestemannsutvalgets innstilling fra 1971 listet Blaaid-utvalget opp sentrale momenter for vurderingen av om det foreligger entrepris eller utleie av arbeidskraft. I lovforslaget uttalte departementet at liberaliseringen ikke var ment å «innebære noen endring i grensdragningen mellom arbeidsleie og entrepris».⁷⁸

Blaaid-utvalgets momentliste lyder slik:

«I utgangspunktet er det entrepris når:

- ledelsen av arbeidet er hos entreprenøren og ikke hos oppdragsgiver,*
- antall arbeidstakere som nyttes på oppdraget er uvedkommende for oppdragsgiver,*

⁷³ Ibid. s. 23.

⁷⁴ Ot.prp.nr. 53 (1970-1971) s. 23.

⁷⁵ NOU 1998:15 punkt 10.3.1.

⁷⁶ Ibid. punkt 10.2.4.

⁷⁷ Ved lov nr. 10/2000.

⁷⁸ Ot.prp.nr. 70 (1998-1999) s. 41.

- *det er avtalt en fast pris,*
- *oppdraget er klart avgrenset,*
- *entreprenøren har et selvstendig ansvar for resultatet, og*
- *entreprenøren nytter egne materialer og verktøy*

Forhold som peker i retning av utleie av arbeidskraft er når:

- *oppdragsgiver har ledelsen av arbeidet*
- *et bestemt antall arbeidstakere er stilt til disposisjon for oppdragsgiver,*
- *det er fastsatt en timepris eller timeavhengig pris,*
- *det er ubestemte eller kun skisserte arbeidsoppgaver*
- *oppdragsgiver beholder ansvaret for det utførte arbeid, og*
- *oppdragsgivers materialer og verktøy nyttes under oppdraget»⁷⁹*

Umiddelbart etter opplistingen av momentene uttaler utvalget at «også selve formålet med lovforbudet [vil] være et viktig tolkningsmoment».⁸⁰

I rettspraksis har momentlisten blitt fremhevet som særlig relevant for grensedragningen.⁸¹ Høyesterett har brukt uttalelser fra Tjenestemannsutvalgets innstilling til å utpensle momentenes innhold.⁸² I Norwegian-dommen presiserer Høyesterett at momentlisten ikke representerer kumulative og likestilte vilkår, men at den innbyr til en konkret helhetsvurdering hvor ansvar for ledelsen og resultatet av det arbeidet som utføres er de sentrale kriteriene. De øvrige vurderingsmomentene «tjener mest som sperre mot forsøk på omgåelser».⁸³ Det er de reelle forholdene som er avgjørende.⁸⁴

3.1.2. Rettspraksis

Grensedragningen mellom innleie av arbeidskraft og entreprise omtales kort i Rt. 2002 s. 1469. Her uttalte Høyesterett at Blaalid-utredningens momentliste var veiledende for

⁷⁹ NOU 1998: 15 punkt 5.1.4.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Se Rt. 2002 s.1469 på s. 1475, Rt. 2013 s. 998 avsnitt 50-58 og HR-2018-2371-A avsnitt 77-80.

⁸² Se f.eks. Rt. 2013 s. 998 avsnitt 76 og HR-2018-2371-A avsnitt 84.

⁸³ HR-2018-2371-A avsnitt 80.

⁸⁴ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 66.

grensedragningen, men foretok ingen inngående vurdering av de enkelte momentenes innhold. Grensedragningen behandles mer utførlig i Rt. 2013 s. 998 (Quality People) og HR-2018-2371-A (Norwegian-dommen). Fordi det er de to sistnevnte dommene som er egnet til nærmere utpense vurderingsmomentenes innhold, vil bare disse saksforhold presenteres her.

Quality People-dommen

Quality People-dommen gjaldt rammeavtale mellom Statoil (oppdragsgiver) og bemanningsforetaket Quality People (oppdragstaker). Quality People leverte flere ulike tjenester til Statoil, herunder drift og bemanning av Statoils interne postkontor («Posten»)⁸⁵. En av Quality Peoples ansatte jobbet på Posten fra 1990 og frem til Statoil sa opp oppdragsforholdet med Quality People i 2010. Arbeidstakeren mente han hadde krav på fast ansettelse hos Statoil grunnet aml. § 14-12 (4), som på den tiden ga innleide arbeidstakere rett til fast ansettelse etter fire år.⁸⁶ Statoil mente imidlertid at arbeidet var utført som ledd i en entreprise, slik at fireårsregelen i arbeidsmiljøloven ikke kunne påberopes.⁸⁷ Høyesterett mente oppdragsavtalen var en entrepriseavtale.

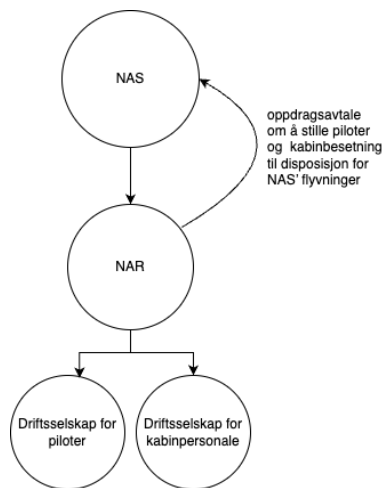
Norwegian-dommen

Norwegian-dommen gjaldt tvist om ansettelsesforholdet til piloter og kabinpersonale i flyselskapet Norwegian. Tvisten oppstod i forbindelse med en omorganisering i virksomheten. Før omorganiseringen var Norwegian Air Shuttle ASA (NAS) virksomhetens eneste selskap. Som ledd i omorganiseringene overdro NAS piloter og kabinpersonale til egne driftsselskaper, som begge ble eid av NAS' datterselskap Norwegian Air Resources Limited (NAR). NAS inngikk deretter avtale med NAR om å stille kabinbesetning til disposisjon for NAS' flyvninger.

⁸⁵ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 4.

⁸⁶ Nå har innleide krav på fast ansettelse hos innleier etter tre år, jf. aml. § 14-12 (4).

⁸⁷ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 27.



Figur 4: forenkling av Norwegian-konsernets virksomhetsorganisering

Pilotene og kabinpersonalet mente blant annet oppdragsavtalen innebar ulovlig innleie, slik at de hadde krav på fast ansettelse i NAS iht. aml. § 14-14. NAS mente imidlertid at oppdragsavtalen utgjorde bemanningsentreprise, slik at retten til fast ansettelse ved ulovlig innleie ikke kunne påberopes.⁸⁸ Høyesterett måtte følgelig vurdere om oppdragsforholdet mellom NAS og NAR var en entreprisetavtale eller en innleieavtale. Domstolen kom til at oppdragsforholdet var en entreprisetavtale, og at pilotene og kabinpersonalet ikke hadde krav på fast ansettelse i NAS på grunnlag av aml. § 14-14.⁸⁹

3.2. Vurderingsmomentene av betydning for grensedragningen

I kapittel 3.2 vil jeg redegjøre for Blaalid-utvalgets vurderingsmomenter av betydning for grensedragningen mellom innleie og entreprise.

3.2.1. Arbeidsledelsen

⁸⁸ HR-2018-2371-A avsnitt 61.

⁸⁹ Det ble også anført krav på fast ansettelse på grunn av arbeidsgiveransvar på særskilt grunnlag, jf. arbeidsmiljøloven § 1-8 andre ledd, men heller ikke denne anførselen førte fram.

Blaalid-utvalgets momentliste fastslår at det taler for entrepriser hvis «ledelsen av arbeidet er hos entreprenøren og ikke hos oppdragsgiver». Motsatt taler det for innleie hvis «oppdragsgiver har ledelsen av arbeidet».⁹⁰ Hvem som utøver arbeidsledelsen fremheves som et sentralt vurderingsmoment for grensedragningen mellom innleie og entrepriser i både forarbeider og rettspraksis.⁹¹

Å utøve «arbeidsledelse» forklares i Ot.prp.nr. 70 (1998-1999) som å ha «styrings- og instruksjonsretten over arbeidstakerne».⁹² Forklaringen samsvarer med Tjenestemannsutvalgets uttalelse om at en entreprenør har arbeidsledelsen dersom han «leder, fordeler og kontrollerer det arbeid som skal utføres». En oppdragsgiver kan likevel «kontrollere[...] arbeidsresultatet på vanlig måte», både «fortløpende under arbeidets gang [og] når arbeidet er avsluttet» uten at det er til hinder for at oppdragstaker anses å utøve arbeidsledelsen.⁹³

Praksis viser at det er en presumsjon for at oppdragstaker utøver arbeidsledelsen, og at vurderingstema for om oppdragsgiver likevel har arbeidsledelsen er om oppdragsgiver innskrenker oppdragstakers styringsrett i det daglige arbeidet. I Quality People-dommen la Høyesterett avgjørende vekt på at oppdragstaker hadde en «site manager» utplassert hos oppdragsgiver. Dette til tross for at «site manager» holdt til på en annen adresse enn der arbeidstakeren utførte arbeid, og at arbeidstakeren ikke hadde kontakt med vedkommende.⁹⁴ Høyesterett begrunner vektleggingen av at det fantes en «site managers» med at Posten «ikke var blandet sammen med andre enheter der Statoil [oppdragsgiver] utførte ledelsesfunksjoner».⁹⁵

Høyesteretts konsentrerte seg om at det eksisterte en person fra oppdragstaker som arbeidstakeren kunne forholde seg til, og la tilsynelatende ingen vekt på at den faktiske kontakten mellom disse var beskjeden. Det fremstår som viktigere i arbeidsledelsesvurderingen at oppdragsgiver *ikke* utøvde ledelsesfunksjoner, enn at

⁹⁰ NOU 1998: 15 punkt 5.1.4.

⁹¹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 15, Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59 og HR-2018-2371-A avsnitt 80.

⁹² Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 15.

⁹³ Ot.prp. nr. 53 (1970-71) s. 23.

⁹⁴ Fremgår av lagmannsrettens behandling av saken i LG-2011-105432.

⁹⁵ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 83.

oppdragstaker gjorde det. Dette indikerer en presumsjon om at oppdragstaker har arbeidsledelsen.

Ved vurderingen av hvem som hadde arbeidsledelsen i Norwegian-dommen, tok domstolen utgangspunkt i fordelingen av arbeidsgiverfunksjoner mellom kontraktspartene.⁹⁶ Oppdragstaker skulle levere trent og kvalifisert besetning til rett tid, sette opp arbeidsplaner og justere disse ved behov.⁹⁷ Oppdragsgiver skulle stå for opplæring og utsjekking av eksternt bestemte krav, samt føre aktiv kontroll og ansvar for alle «contracted activities».⁹⁸ Dette fulgte direkte av avtalen. Oppdragsgiver var også ansvarlig for sikker gjennomføring av flyvningene.⁹⁹ I tilknytning til oppdragsgiver fantes det en gruppe erfarne piloter utpekt av flygesjefen som kunne veilede pilotene fra oppdragstakervirksomheten i uvante situasjoner.¹⁰⁰

Høyesterett konkluderte med at oppdragstaker utøvde arbeidsledelsen. Hovedårsaken var at oppdragstaker ikke bare skulle levere arbeidskraft, men en komplett tjeneste.¹⁰¹ Forholdene som eventuelt kunne tale for at oppdragsgiver utøvde arbeidsledelse, kunne ikke vektlegges tungt: Oppdragsgivers kontrolladgang og opplæringsansvar gjaldt myndighetsfastsatte krav, og kunne uansett ikke betraktes som «direkte styring av den daglige utførelsen av arbeidet».¹⁰² Ansvar for sikker gjennomføring av flyvningene var forbeholdt uforutsette situasjoner, og veiledning var noe annet enn operativ ledelse.¹⁰³ Det avgjørende synes å være om oppdragsgivers utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner begrenset eller påvirket oppdragstakers reelle mulighet til å utøve styringsrett i det dagligdagse operative arbeidet – ikke oppdragstakers faktiske arbeidsledelse. Dette styrker oppfatningen om at oppdragstaker presumtivt har arbeidsledelsen, og tilsier at vurderingstema for om oppdragsgiver likevel har arbeidsledelsen er om oppdragsgiver innskrenker oppdragstakers styringsrett i det daglige arbeidet.

Presumsjonen og vurderingstemaet må ses i lys av at begrensninger i innleieadgangen skyldes et mål om å styrke topartsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.¹⁰⁴ Oppdragsgivers

⁹⁶ Bortsett fra vurderingen av hvem som bestemte antall arbeidstakere.

⁹⁷ HR-2018-2371-A avsnitt 82.

⁹⁸ Ibid. avsnitt 83.

⁹⁹ Ibid. avsnitt 86.

¹⁰⁰ Ibid. avsnitt 90.

¹⁰¹ HR-2018-2371-A avsnitt 92.

¹⁰² Ibid. avsnitt 85.

¹⁰³ Ibid. avsnitt 88 og 90.

¹⁰⁴ Ot.prp.nr. 70 (1998-1999) s. 40.

utøvelse av arbeidsledende funksjoner svekker bare partsforholdet mellom oppdragstaker (arbeidsgiver) og arbeidstaker dersom oppdragsgiver overtar funksjoner som ellers ville ligget hos oppdragstaker. Jo vanligere arbeidsledende funksjoner oppdragsgiver overtar, desto større blir avstanden mellom oppdragstaker (arbeidsgiver) og arbeidstaker.

En forskjell mellom arbeidsledelsesvurderingene i Quality People-dommen og Norwegian-dommen, er at Norwegian-dommen tar for seg utøvelsen av *flere* ulike arbeidsgiverfunksjoner i arbeidsledelsesvurderingen. Quality People-dommen vurderer kun hvorvidt oppdragsgiver og oppdragstaker utøver rent arbeidsledende funksjoner, mens partenes utøvelse av andre arbeidsgiverfunksjoner vurderes separat. Dommenes ulike tilnærming indikerer at vurderingsmomentets omfang er uklart. Tilnærmingen i Norwegian-dommen om at arbeidsledelse omfatter flere arbeidsgiverfunksjoner samsvarer imidlertid best med forarbeidsuttalelsene sitert innledningsvis. Forarbeidsuttalelsene fastslo at arbeidsledelse handler om hvem som utøver styrings- og instruksjonsretten,¹⁰⁵ og styringsretten omfatter retten til å «organisere, [...] kontrollere og fordele arbeidet» i tillegg til retten til ren arbeidsledelse.¹⁰⁶

Utgangspunktet antas derfor å være at flere arbeidsgiverfunksjoner er relevante å trekke inn i arbeidsledelsesvurderingen. Høyesteretts vektlegging og vurdering av øvrige arbeidsgiverfunksjoner i Quality People-saken er dermed relevant for å ytterligere utpensle innholdet i arbeidsledelsesmomentet. Arbeidsgiveroppgaven om å fastsette antallet arbeidstakere på oppdraget, vil likevel behandles separat i kapittel 3.2.3. Dette utgjør et selvstendig vurderingsmoment i Błaalid-utvalgets momentliste, og ble også separat vurdert i Norwegian-dommen.

Arbeidsgiverfunksjonene som fremheves i Quality People-dommen er fastsettelse av arbeidsstyrkens sammensetning, samt fastsettelse av og kontroll med arbeidstid.

Oppdragsgiver hadde innflytelse på arbeidsstyrkens sammensetning, fordi oppdragsgiver bestemte at sommervikar-behovet skulle dekkes av oppdragsgivers ansattes barn.¹⁰⁷ Sommervikarordningen gjaldt imidlertid «i en svært begrenset tid på året der aktiviteten

¹⁰⁵ Ibid. s. 15.

¹⁰⁶ Rt. 2000 s. 1602.

¹⁰⁷ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 91-92.

generelt er lavere enn ellers», og kunne bare tillegges svært begrenset vekt i den avsluttende helhetsvurderingen.¹⁰⁸ Oppdragsgiver bestemte også arbeidstakerens arbeidstid. Dette kunne ikke vektlegges i som argument for entreprise, fordi bemanning til bestemte tidspunkter var en vesentlig del av arbeidsbeskrivelsen.¹⁰⁹ Oppdragstaker rapporterte uansett ikke arbeidstakernes timeforbruk til oppdragsgiver.

Quality People-dommen illustrerer dermed en viss adgang å innskrenke oppdragstakers styringsrett uten at det fjerner avtalens karakter av å være entrepriseavtale. Dommen viser også at oppdragsgivers innflytelse på arbeidstid kan ikke kan vektlegges ved bemanningsentrepriser hvor bemanning i gitte tidsrom er en del av formålet med oppdragsforholdet. Den nøyaktige terskelen for hvor mye styringsretten kan innskrenkes før arbeidsledelsen må sies å ligge hos oppdragstaker, er likevel ikke helt klar.

3.2.2. Resultatansvar

Ifølge momentlisten taler det for entreprise hvis entreprenøren har selvstendig ansvar for resultatet. Motsatt taler det for innleie hvis oppdragsgiver beholder ansvaret for det utførte arbeid.¹¹⁰ Spørsmålet om hvem som har resultatansvar er vesentlig for grensedragningen mellom innleie og entreprise.¹¹¹

Forarbeidene sier ikke nærmere hva det vil si å ha selvstendig ansvar for resultatet. I alminnelig kontraktsrett forstås ansvar som en forpliktelse til å bære den økonomiske ekstrabelastningen som oppstår når en risiko realiseres.¹¹² To hovedkategorier av risiko er vederlagsrisiko og oppfyllelserisiko.¹¹³ Vederlagsrisiko handler om hvem som må bære kostnaden hvis det avtalte resultat ikke kan oppnås innen vederlagets rammer. Oppfyllelserisiko handler om hvem som må bære kostnaden hvis avtalen misligholdes.¹¹⁴ Ansvaret avhenger av risikofordelingen mellom kontraktspartene. Dette tilsier at selvstendig ansvar for resultatet må forstås som å ha vederlags- og oppfyllelserisiko for resultatet. Tolkningen støttes i Quality People- og Norwegian-dommen.

¹⁰⁸ Ibid. avsnitt 110.

¹⁰⁹ Ibid. avsnitt 85.

¹¹⁰ NOU 1998: 15 punkt 5.1.4.

¹¹¹ HR-2018-2371-A avsnitt 80.

¹¹² Hallsteinsen (2018) s. 259.

¹¹³ Ibid. s. 262.

¹¹⁴ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 186-187.

I Quality People-dommen uttalte Høyesterett at resultatansvar forelå fordi partene hadde en fastprisavtale som gjorde at oppdragstaker «ikke ville få ekstra betalt om de hadde feilkalkulert oppdraget», samt at «leverandøren skulle ha det økonomiske og driftsmessige ansvaret for den daglige driften av Posten».¹¹⁵ Resultatansvar forelå dermed fordi oppdragstaker hadde risikoen for at avtalt resultat kunne oppnås innen vederlagets rammer.

I Norwegian-dommen ble flere forhold trukket fram som argument for oppdragstakers resultatansvar. Oppdragstaker var ansvarlig for å håndtere situasjonen og skaffe erstatning hvis piloter eller kabinpersonale meldte seg «not fit for flight».¹¹⁶ Hvis en flyvning måtte kanselleres på grunn av manglende personell, ville vederlaget fra oppdragsgiver til oppdragstaker nedjusteres for å kompensere for at oppdragsgiver måtte betale erstatning til passasjerer. Videre kunne ikke oppdragstaker rette krav mot oppdragsgiver dersom oppdragstakers ansatte ble skadet eller døde i arbeidsulykker, og oppdragstaker skulle holde oppdragsgiver skadesløs dersom krav i forbindelse med personskade eller dødsfall ble rettet mot oppdragsgiver.¹¹⁷ Plikten til å håndtere uforutsette hendelser og holde oppdragsgiver skadesløs ved arbeidsulykker viser at oppdragstaker bar risikoen for at resultatet ble oppnådd innen vederlagets rammer. At oppdragstaker måtte kompensere oppdragsgiver ved kansellerte flyvninger viser at oppdragstaker også hadde oppfyllelsesrisikoen.

I begge dommene lå resultatansvaret klart hos oppdragstaker.¹¹⁸ Dommene gir ikke nærmere anvisning på hvem som har resultatansvar i tilfeller hvor risikofordelingen mellom partene er mer oppdelt.

3.2.3. Antallet arbeidstakere

Videre taler det for entreprise hvis «antallet arbeidstakere er uvedkommende for oppdragsgiver», og for innleie hvis «et bestemt antall arbeidstakere er stilt til disposisjon for

¹¹⁵ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 106.

¹¹⁶ HR-2018-2371-A avsnitt 94.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid. og Rt. 2013 s. 998 avsnitt 106.

oppdragsgiver»¹¹⁹. Tjenestemannsutvalgets innstilling fremhever at det taler for entrepriser hvis oppdragstaker «bestemme[r] arbeidsstyrkens størrelse og sammensetning».¹²⁰

Praksis viser at momentet bare taler for entrepriser hvis oppdragsgiver har reell mulighet til å påvirke antallet arbeidstakere. I Quality People-saken ble vederlaget i enkelte bestillinger beregnet ut fra årsverk, men det forpliktet ikke oppdragstaker til å stille et bestemt antall arbeidstakere til disposisjon.¹²¹ Oppdragsgiver hadde dermed ikke innflytelse på antallet arbeidstakere som skulle benyttes på oppdraget, og vurderingsmomentet ble ikke vektlagt i helhetsvurderingen. I Norwegian-dommen var det oppdragsgiver som bestemte antallet piloter og kabinansatte som hver flyvning skulle besettes med.¹²² Høyesterett tiller imidlertid ikke momentet vekt i helhetsvurderingen fordi kravene til arbeidsstyrkens størrelse og sammensetning var myndighetspålagt – altså bestemt utenfra. Reelt sett hadde altså ikke oppdragsgiver valgfrihet mht. arbeidsstyrkens størrelse og sammensetning. Dette kan begrunnes på samme måte som at arbeidsledelsen bare ligger hos oppdragsgiver hvis oppdragsgiver reelt sett innskrenker oppdragstakers styringsrett.¹²³

Vurderingsmoment må ses i sammenheng med at entrepriser kjennetegnes av at oppdragstaker har påtatt seg en resultatforpliktelse og at innleiebegrensningene er begrunnet i formålet om å styrke topartsforhold.¹²⁴ Oppdragstakers frihet til å velge antallet arbeidstakere signaliserer at han selv velger hvordan avtalt resultat skal oppnås, hvilket er typisk ved resultatforpliktelser. Har oppdragsgiver derimot formening om arbeidsstyrkens størrelse, kan det indikere at disponibel arbeidskraft har større betydning for oppdragsgiver enn det endelige resultatet – hvilket tilsier at han har et løpende arbeidskraftsbehov som han heller kunne dekket gjennom direkte ansettelser.

3.2.4. Prisfastsettelsen

¹¹⁹ NOU 1998: 15 punkt 5.1.4.

¹²⁰ Ot.prp.nr. 53 (1970-1971) s. 3.

¹²¹ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 87-88.

¹²² HR-2018-2371-A avsnitt 98.

¹²³ Se kapittel 3.2.1.

¹²⁴ Ot.prp.nr. 70 (1998-1999) s. 40.

Det taler for entreprise hvis «det er avtalt en fast pris», og for innleie hvis «det er fastsatt timepris eller timeavhengig pris».¹²⁵ I Tjenestemannsutvalgets innstilling fremgår det likevel at det også forekommer at entrepriser utføres etter løpende regning.¹²⁶

Quality People- og Norwegian-dommene sier noe om hvordan man skiller mellom prisfastsettelse som taler for og mot innleie. I Quality People-saken fastsatte oppdragsavtalene mellom partene en total kostnadsramme for alle tjenestene oppdragstaker leverte til oppdragsgiver. Enkelte av bestillingene anga antatt månedspris for Posten, men fastslo at likevel tjenesten likevel skulle avregnes med noe lavere og rundere sum. Justeringen til en rundsum ga ifølge Høyesterett en klar indikasjon på at partene hadde avtalt en fastpris.¹²⁷ Oppdragsgiver måtte heller ikke godkjenne arbeidstakerens timebruk, hvilket Høyesterett mente bekreftet at oppdragsgiver ikke bestilte et visst antall arbeidstimer til en viss timesats.¹²⁸ Avtalt rundsum og lite kontroll med arbeidstakernes tidsbruk taler følgelig for at oppdragstaker har vederlagsrisikoen, og dermed for entreprise.

I Quality People-saken skulle oppdragsgiver betale overtid, men bare for arbeidsoppgaver utenom det som fulgte av oppdragsavtalen. Ettersom overtidsbetalingen gjaldt arbeidsoppgaver utenom oppdragsavtalens rammer, hadde det ifølge Høyesterett ingen innvirkning på konklusjonen om at oppdragsavtalen var en fastprisavtale.¹²⁹ Uttalelsen indikerer at det taler mot fastprisavtale dersom oppdragsgiver har ansvar for overtidsbetaling (og dermed vederlagsrisiko) for arbeidsoppgavene oppdragsforholdet faktisk gjelder.

I Norwegian-dommen ble vederlaget fastsatt etter en «kost-pluss»-modell. Denne vederlagsmetoden tar utgangspunkt i oppdragstakers utgifter i forbindelse med arbeidsutførelsen. Deretter legges det til et passende påslag for å sikre oppdragstaker overskudd.¹³⁰ Dette har likhetstrekk med fastpris-avtaler, fordi oppdragstakers fortjeneste er fast bestemt i forkant av avtaleinngåelsen. Fordi vederlaget ikke ble fastsatt etter løpende regning, mente Høyesterett vederlagsfastsettelsen talte for entreprise.¹³¹

¹²⁵ NOU 1998:15 punkt 5.1.4.

¹²⁶ Ot.prp. nr.53 (1970-1971) s. 23-24.

¹²⁷ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 95.

¹²⁸ Ibid. avsnitt 100.

¹²⁹ Ibid. avsnitt 102-104.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 62 (2006-2007) s. 23.

¹³¹ HR-2018-2371-A avsnitt 97.

Domstolen poengterte likevel at løpende regning ikke nødvendigvis utelukker entreprise.¹³² Årsaken ble ikke nevnt, men det kan skyldes at det kan være vanskelig å beregne pris på resultatforpliktelser når arbeidsomfanget som behøves for å oppnå resultatet er usikkert.¹³³ Dette indikerer at prisfastsettelsen hovedsakelig kan tjene som argument for entreprise og mot innleie – ikke for innleie og mot entreprise.

Også vurderingsmomentet om prisfastsettelse sier noe om hvorvidt oppdragstaker har påtatt seg en resultatforpliktelse. I Quality People-dommen poengterte Høyesterett at fastprisavtaler indikerer at oppdragstaker «har risikoen for at det arbeidsomfanget han har påtatt seg, kan utføres innenfor det vederlaget som er avtalt».¹³⁴ Timebasert vederlag signaliserer derimot at det er den løpende arbeidskraften som er sentral, og at oppdragsgiver har risikoen for at oppdragets resultat er vanskeligere å oppnå enn forutsatt.

3.2.5. Oppdragets avgrensning

Blaalid-utvalget fastsetter at det taler for entreprise når «oppdraget er klart avgrenset.» Motsatt taler det for innleie når arbeidsoppgavene er «ubestemte eller kun skisserte».¹³⁵ I tjenestemannsutvalgets innstilling het det at arbeidsoppdraget måtte være «på forhånd klart bestemt» og at det ikke var «tilstrekkelig at nye avgrensede arbeidsoppgaver bestemmes fra dag til dag» for at det kunne være tale om entreprise.¹³⁶

Praksis viser at det avgjørende må være avgrensningen *før* oppdraget påbegynnes. I både Quality People- og Norwegian-dommen tok Høyesterett utgangspunkt i oppdragsavtalen. I Quality People-dommen vektla Høyesterett også informasjon som fremgikk av en utdatert Service Level Agreement (SLA). Dette utgangspunktet stemmer overens med at entrepriser kjennetegnes av at oppdragstaker har påtatt seg en resultatforpliktelse. Det er vanskelig å være forpliktet til å levere et bestemt resultat, hvis ikke avtalen tydelig skisserer hva som skal leveres.

¹³² Ibid.

¹³³ Se f.eks. RG-2004-105.

¹³⁴ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 101

¹³⁵ NOU 1998:15 punkt 5.1.4.

¹³⁶ Ot.prp.nr. 53 (1970-1971) s. 23.

I begge dommene var oppgavene klart avgrenset. I Quality People-saken var oppdragstakers oppgaver fastslått i oppdragsavtalen, og SLAen beskrev generelle plikter, spesifiserte arbeidsoppgaver, forventet prestasjonsnivå på disse og henviste til en prosedyrehåndbok.¹³⁷ I Norwegian-saken viste domstolen mer generelt til oppdragsavtalens innhold. Høyesterett påpekte at avtalene riktignok kunne oppdateres til en viss grad underveis, men at dette ikke kunne diskvalifisere avtalene fra å være entrepriseavtaler fordi «[e]ndringer i løpet av avtaleperioden er nokså vanlig ved gjennomføringen av entrepriser også på andre områder».¹³⁸ Dette innebærer at oppdragsgiver har en viss adgang til å endre i oppgavens innhold uten at det medfører innleie. Endringsadgangen kan ikke overstige det normale.

I begge dommene dekket oppdragsforholdene vedvarende arbeidskraftsbehov hos oppdragsgiver. Dette ble ikke nevnt, hvilket tilsier at vurderingsmomentet om oppdragets avgrensning ikke gjelder tidsavgrensninger.

3.2.6. Materialer og utstyr

Ifølge Blaalid-utvalgets innstilling taler det for entreprise hvis «entreprenøren nytter egne materialer og verktøy», og innleie hvis «oppdragsgivers materialer og verktøy nyttes under oppdraget».¹³⁹ Tjenestemannsutvalget la det samme til grunn, men presiserte at det i enkelte bransjer likevel er naturlig at oppdragsgiveren holder materiell og spesielt verktøy.¹⁴⁰

I både Quality People- og Norwegian-dommen eide oppdragsgiver det vesentligste utstyret, men ifølge Høyesterett talte det ikke mot entreprise. I begge sakene uttrykte Høyesterett, med henvisning til forarbeidene, at eierskap til utstyret ikke var et absolutt vilkår for entreprise.¹⁴¹ I begge tilfeller ville det være unaturlig om oppdragstaker stilte med det vesentligste utstyret: i Quality People-saken fordi oppdraget måtte utføres i oppdragsgivers lokaler og var lite utstyrskrevenende.¹⁴² Utstyret omfattet kontorrekvisita og en budbil. I Norwegian-saken ville det være unaturlig av motsatt grunn: det mest sentrale utstyret var svært kostbare fly, som gjerne eies av egne selskaper. Fordi det mest sentrale utstyret var så atypisk, var det ifølge

¹³⁷ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 77.

¹³⁸ HR-2018-2371-A avsnitt 93.

¹³⁹ NOU 1998:15 punkt 5.1.4.

¹⁴⁰ Ot.prp.nr.53 (1970–1971) s. 23.

¹⁴¹ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 107-108 og HR-2018-2371-A avsnitt 96.

¹⁴² Rt. 2013 s. 998 avsnitt 108.

Høyesterett mer naturlig å betrakte infrastrukturen oppdragstaker stilte med for å planlegge og administrere rettidig levering av ferdig oppsatte besetninger utstyr, hvilket dermed talte for entreprise.¹⁴³

Begge dommene gir eksempler på når oppdragsgivers utstyrseierskap er så naturlig at det ikke kan tale for innleie. Dommene viser at oppdragsgivers eierskap både kan være naturlig når utstyret er svært alminnelig og svært uvanlig, og at infrastruktur kan regnes som utstyr.

Vurderingsmomentet må ses i sammenheng med at et kjennetegn på resultatforpliktelser er at oppdragstaker selv kan velge hvordan han skal oppnå det avtalte resultatet.¹⁴⁴ Når oppdragstaker selv velger fremgangsmåte for å oppnå et resultat, er det også naturlig at han selv stiller med utstyret han ønsker å bruke.

3.2.7. Formål

I tillegg til de gjennomgåtte momentene vil «selve formålet med lovforbudet være et viktig tolkningsmoment».¹⁴⁵ Dette fremgår umiddelbart etter momentlisten i Blaalid-utredningen. Lovforbudets formål var å sikre trygge ansettelsesforhold ved å begrense oppdragsforhold som utfordret topartsforholdet mellom en arbeidsgiver og arbeidstaker.¹⁴⁶ Utvalget påpeker at det «nødvendigvis [vil] oppstå enkelte tvilstilfeller hvor det kan by på problemer å konstatere om et oppdrag er en entreprise eller utleie av arbeidskraft», og at «nye former for samarbeidskontrakter [...] ofte [gjør det] vanskelig å konstatere hvem som har den reelle ledelsen av arbeidet».¹⁴⁷ Uttalelsen indikerer at formålet ville være spesielt viktig ved tvil om hvilken retning vurderingsmomentene samlet sett trakk i.

I verken Quality People- eller Norwegian-dommen tar Høyesterett høyde for formålsbetraktninger ved tolkningen av innleieregelverkets rekkevidde. I Quality People-dommen forklarer Høyesterett at det ikke er behov for å tolke grensen mellom innleie og entreprise «i lys av arbeidsmiljølovens formål om trygge ansettelsesforhold med tanke på å

¹⁴³ HR-2018-2371-A avsnitt 96.

¹⁴⁴ Ot.prp.nr. 53 (1970-1971) s. 23.

¹⁴⁵ NOU 1998:15 punkt 5.1.4

¹⁴⁶ Se kapittel 3.1.1.

¹⁴⁷ Ibid.

hindre omgåelser av regelverket for innleie»¹⁴⁸ fordi kriteriene i Blaalid-utvalgets momentliste i seg selv «vil kunne fange opp forsøk på rene omgåelser».¹⁴⁹ Dessuten utfordres ikke arbeidsmiljølovens formål om trygge ansettelser like mye som f.eks. ved grensen mellom innleie og selvstendig oppdragstaker, fordi arbeidstakere i entrepriserforhold har arbeidstakervern gjennom ansettelsesforholdet hos oppdragstaker.¹⁵⁰ Domstolen anerkjente likevel at nye virksomhetsorganiseringer kan utfordre trygge ansettelsesforhold.¹⁵¹

I Norwegian-dommen anførte arbeidstakersiden som argument for arbeidsgiveransvar på særskilt grunnlag at Norwegians omstrukturering svekket arbeidstakernes rettigheter.¹⁵² Også her anerkjente Høyesterett at nye virksomhetsorganiseringer kan utfordre trygge ansettelsesforhold. Domstolen pekte på at flytting av arbeidstakere innad i et konsern svekker retten til informasjon, samarbeid og medbestemmelse.¹⁵³ Det forelå likevel ikke arbeidsgiveransvar på særskilt grunnlag, og Høyesterett kommenterte ikke virksomhetsorganiseringens negative påvirkning på arbeidstakervernet ved vurderingen av om oppdragsforholdet skulle klassifisere som innleie og entreprise.

I begge sakene mente domstolen det «klart» forelå entrepriser.¹⁵⁴ Dette støtter oppunder forarbeidstolkningen om at formålsbetraktningers relevans først inntreer i grensetilfeller.

3.3. Helhetsvurderingen

Høyesterett fastslo i både Quality People- og Norwegian-dommen at vurderingen av om en oppdragsavtale er innleie eller entreprise, beror på en helhetsvurdering av vurderingsmomentene i Blaalid-utvalget. Vurderingsmomentene er verken kumulative eller likestilt. Hvem som har arbeidsledelse og resultatansvar er mest sentralt for vurderingen, og de øvrige momentene tjener hovedsakelig som sperre mot omgåelser.¹⁵⁵ Analysen viser at de øvrige vurderingsmomentene springer ut av at entrepriser kjennetegnes av at oppdragsgiver

¹⁴⁸ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 36.

¹⁴⁹ Ibid. avsnitt 60.

¹⁵⁰ Ibid. avsnitt 62.

¹⁵¹ Ibid. avsnitt 63.

¹⁵² HR-2018-2371-A avsnitt 55.

¹⁵³ Ibid. avsnitt 119.

¹⁵⁴ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 111 og HR-2018-2371-A avsnitt 99.

¹⁵⁵ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 57-60 og HR-2018-2371-A avsnitt 80.

har påtatt seg en resultatforpliktelse. Vurderingsmomentene kan med andre ord si noe om hvorvidt oppdragstaker har påtatt seg en resultatforpliktelse eller ikke.

I Quality People-dommen gikk domstolen systematisk gjennom alle vurderingsmomentene, før en endelig helhetsvurdering ble foretatt i avsnitt 109-110. Spørsmålsstillingen var gjennomgående om oppdragstaker oppfylte vurderingskriterier som talte for entrepriser. I den endelige helhetsvurderingen trakk Høyesterett fram oppdragsgivers innflytelse på sommervikarordningen som det ene forholdet som kunne indikere at oppdragsforholdets var innleie. Siden dette bare gjaldt «i en svært begrenset tid på året der aktiviteten generelt er lavere enn ellers», kunne ikke Høyesterett se at dette hadde betydning for helhetsvurderingen.

I Norwegian-dommen vurderte Høyesterett først arbeidsledelse og resultatansvar, og uttalte deretter at de «sentrale vilkårene for å anse [oppdragsforholdet] som entrepriser, ikke som arbeidsleie, er [...] oppfylt».¹⁵⁶ Videre vurderte domstolen om noen av de øvrige vurderingsmomentene var tungtveiende nok til å endre dette utgangspunktet. De enkelte forholdene som i teorien kunne tale for innleie, ble ikke vektlagt fordi andre faktorer reduserte deres mulighet for å endre karakteren til oppdragsforholdet fra å være en entrepriseravtale. For eksempel talte ikke oppdragsgivers eierskap til flyene for innleie, fordi det ville være unaturlig om oppdragstaker stilte med egne fly.¹⁵⁷ Oppdragsgivers kontroll med arbeidet kunne heller ikke vektes fordi kontrollen kun var overordnet.¹⁵⁸ Samlet synes det avgjørende i helhetsvurderingen dermed å være om det foreligger forhold som fjerner oppdragsforholdet tradisjonelle entrepriserkarakteristikk.

Ettersom begge rettsavgjørelsene "klart" gjaldt entrepriser,¹⁵⁹ er det uklart hvor mye som eventuelt måtte til for at et oppdragsforhold hvor oppdragstaker utøver arbeidsledelse og har resultatansvar likevel ville anses som innleie. At Høyesterett ikke sammenlignet omfanget av entrepriserkjenner med omfanget av innleiekjenner i noen av sakene antyder at terskelen er høy.

¹⁵⁶ HR-2018-2371-A avsnitt 95.

¹⁵⁷ Ibid. avsnitt 96.

¹⁵⁸ Ibid. avsnitt 84.

¹⁵⁹ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 111 og HR-2018-2371-A avsnitt 99.

4. Grensen etter lovendringen

4.1. Rettskildene av betydning for grensedragningen etter lovendringen

I 2021 ble det såkalte Fougner-utvalget oppnevnt for å utrede ulike tilknytningsformer og virksomhetsorganisering i arbeidslivet. Ifølge utvalget aktualiserte Norwegian-dommen behov for å se nærmere på grensen mellom innleie og entreprise og hvorvidt denne burde tydeliggjøres.¹⁶⁰ I Fougner-utredningen (NOU 2021:9) har utvalget vurdert mulige utfordringer innleie og entreprise representerer for arbeidslivet, og sett disse i lys av arbeidsmiljølovens og innleieregelverkets formål.¹⁶¹ På bakgrunn av disse vurderingene foreslo utvalgsflertallet å lovfeste en ny innleiedefinisjon i arbeidsmiljøloven. Forslaget ble ikke fulgt opp av departementet.

Med utgangspunkt i Fougner-utvalgets forslag til innleiedefinisjon, foreslo Arbeids- og inkluderingsdepartementet i proposisjon til Stortinget (Prop. 131 L (2021-2022)) i stedet en bestemmelse som regulerer grensedragningen for når et oppdragsforhold mellom to virksomheter skal anses som innleie.¹⁶² Departementets forslag endte med vedtakelsen av aml. § 14-12 (5) slik den ser ut i dag.¹⁶³ Bestemmelsen lyder:

«Ved vurderingen av om en oppdragsavtale mellom to virksomheter innebærer innleie, skal det særlig legges vekt på om oppdragsgiver har ledelsen av arbeidet og ansvar for resultatet. Andre relevante forhold er blant annet om det i hovedsak skal leveres arbeidskraft, om arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet, om arbeidet dekker et vedvarende arbeidskraftbehov hos oppdragsgiver og om arbeidet skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet.»¹⁶⁴

Bestemmelsen består av to setninger, hvor den første setningen presenterer momenter som skal vektas «særlig» i vurderingen, mens andre punktum presenterer «andre relevante

¹⁶⁰ NOU 2021: 9 s. 237.

¹⁶¹ NOU 2021: 9 kapittel 13.2 og 13.3.

¹⁶² Prop. 131 L (2021-2022) s. 41.

¹⁶³ Innst. 108 L (2022–2023) s. 24.

¹⁶⁴ Aml. § 14-12 (5).

forhold». Ordlyden «særlig» viser at momentene i første punktum er hovedkriterier som skal vektas tyngre enn momentene i andre punktum. Dette følger også av forarbeidene til lovendringen, som understreker at momentene om arbeidsledelse og resultatansvar har «sentral betydning ved avgjørelsen av om det foreligger innleie eller entreprise». Momentene i første punktum innebærer ifølge departementet en lovfesting av gjeldende rett, og skal tolkes i lys av den praksis og de forarbeider som gjaldt før lovendringen.¹⁶⁵

Momentene i andre punktum er ment å «avklare om en oppdragsavtale utfordrer lovens formål om trygge ansettelsesforhold på en slik måte at oppdragsavtalen bør omfattes av de strenge reglene om innleie». Momentene kan bare delvis utledes av det som inntil da hadde vært gjeldende rett, og er ment å gi en oppdatert regulering av hvor grensen mellom innleie og entreprise går. De vil være særlig relevante ved avgrensningen mot bemanningsentrepriser, og tar «særlig sikte på å hindre fragmentering av virksomhet gjennom *entrepriser* som innebærer negative konsekvenser for arbeidstakerrettigheter». ¹⁶⁶ Ifølge departementet bør momentene tolkes i lys av dette formålet.¹⁶⁷

Årsaken til at vurderingsmomentene i andre punktum særlig tar sikte på å hindre fragmentering av virksomhet gjennom entrepriser, er at slik fragmentering har vist seg å utfordre trygge ansettelsesforhold særlig.¹⁶⁸ I proposisjonen beskriver departementet i korte trekk utfordringene denne typen virksomhetsorganisering kan medføre for arbeidstakerrettigheter slik:

*«slik fragmentering av virksomheten kan innebære økt avstand mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, som kan føre til en kompleksitet i utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner og plassering av for eksempel HMS-ansvar, samt gjøre informasjonsflyt, medvirkning og partssamarbeidet mellom de involverte aktører mer krevende».*¹⁶⁹

Utfordringene forklares mer inngående i oppgavens kapittel 2.3.4.

¹⁶⁵ Prop. 131 L (2021-2022) s. 45.

¹⁶⁶ *ibid.* s. 44-45.

¹⁶⁷ *ibid.* s. 46.

¹⁶⁸ *Ibid.* s. 44.

¹⁶⁹ *Ibid.* s. 44-45.

Videre i kapittel 4 vil jeg forsøke å redegjøre for momentenes innhold etter gjeldende rett. Dette vil jeg gjøre ved å først tolke momentenes rekkevidde i lys av ordlyd, forarbeider, formål og rettspraksis. Deretter skal jeg sammenligne dagens lovfestede momenter med rettstilstanden som gjaldt før lovendringen. Målet er å undersøke om, og eventuelt på hvilken måte, vedtakelsen av nye aml. § 14-12 (5) har hatt en reell innvirkning på grensedragningen mellom innleie og entrepriser. For å få en forståelse av hvordan lovendringen eventuelt påvirker grensedragningen mellom innleie og entrepriser, skal jeg løpende vurdere hvordan Quality People- og Norwegian-dommen ville blitt vurdert i lys av dagens lovbestemmelse.

4.2. Vurderingsmomentene i aml. § 14-12 (5)

4.2.1. Ledelsen av arbeidet

Ved vurderingen av om en oppdragsavtale mellom to virksomheter innebærer innleie, skal det særlig legges vekt på «om oppdragsgiver har ledelsen av arbeidet».¹⁷⁰ Ordlyden tilsier at det taler for innleie hvis oppdragsgiver instruerer, fordeler og kontrollerer arbeidet slik at arbeidet kan lede til det resultat virksomheten har ambisjoner om å oppnå.

Ifølge lovproposisjonen er den reelle arbeidsledelsen avgjørende. I tillegg vil det «være relevant å se hen til hvem som utøver andre arbeidsgiverfunksjoner enn selve arbeidsledelsen», herunder hvem som kontrollerer arbeidstiden og innvilger permisjoner. En oppdragstaker kan ha arbeidsledelsen hvis det «innenfor kontraktens rammer [er] oppdragstaker som bestemmer hvordan og når arbeidet skal utføres».¹⁷¹ Forarbeidene viser dermed at arbeidsledelse både handler om hvem som har den daglige instruksjonsmyndighet over arbeidet, samt hvem som utøver styringsrett i andre tilfeller enn ved den rent daglige driften.

Ifølge departementet representerer momentet om arbeidsledelse en lovfesting av gjeldende rett, som må tolkes på bakgrunn av gjeldende forarbeider og rettspraksis.¹⁷² Også tidligere ble vurderingen av hvem som utøvde arbeidsledelse avgjort basert på hvem som utøvde instruksjons- og styringsrett i praksis. Det avgjørende for innholdet i vurderingen er i hvor

¹⁷⁰ Jf. aml. § 14-12.

¹⁷¹ Prop. 131 L (2021-2022) s. 45.

¹⁷² Ibid.

stor grad oppdragsgivers utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner innskrenker oppdragstakers styringsrett.¹⁷³

I Fougner-utvalgets forslag til innleiedefinisjon var også arbeidsledelsen avgjørende for vurderingen. Utvalget mente det tidligere vurderingsmomentet om hvem som avgjorde arbeidsstokkens antall og sammensetning, «naturlig kan sorteres under kriteriet om utøvelse av arbeidsledelse».¹⁷⁴ Dette gir arbeidsledelsesmomentet et nytt aspekt. Det er likevel lite som tilsier at grensedragningen påvirkes av dette.

Både før og etter lovendringen skulle det foretas en helhetsvurdering av alle relevante momenter ved grensedragningen mellom innleie og entreprise.¹⁷⁵ Dette gjør at momenters vekt og relevans varierer fra sak til sak. Hvorvidt et spørsmål reises på selvstendig grunnlag eller som ledd i vurderingen av et annet vurderingsmoment, behøver ikke å påvirke dets evne til å fange opp karakteristikker som taler for eller mot entreprise. Tidligere hadde dessuten spørsmålet om antallet arbeidstakere underordnet betydning i helhetsvurderingen. At momentet om antallet arbeidstakere nå skal behandles som et underordnet ledd i den mer sentrale arbeidsledelsesvurderingen, svekker dermed ikke momentet om antallet arbeidstakeres påvirkningskraft i den endelige helhetsvurderingen.

4.2.2. Ansvar for resultatet

Det andre vurderingsmomentet som særlig skal vektlegges, er om oppdragsgiver har «ansvar for resultatet». Ordlyden «ansvar for resultatet» har to aspekter: ett tilknyttet den løpende arbeidsutførelsen, og ett relatert til arbeidsprosessens utfall. En naturlig forståelse av å ha «ansvar for resultatet» ved arbeidsutførelsen, er praktisk ansvar for å styre arbeidet slik at ønsket resultat oppnås. Dette synliggjør en sammenheng mellom arbeidsledelse og resultatansvar. Ettersom arbeidsledelse er et eget moment, taler systembetragtninger for at resultatansvarsmomentet knytter seg til ansvaret for arbeidsprosessens utfall.

En naturlig forståelse av at oppdragsgiver har «ansvar for resultatet» i etterkant av en arbeidsprosess, er at oppdragsgiver bærer risikoen for og konsekvensene av arbeidstakernes

¹⁷³ Se kapittel 3.2.1.

¹⁷⁴ NOU 2021:9 s. 303.

¹⁷⁵ Se f.eks. HR-2018-2371-A avsnitt 80 og Prop.131 L (2021-2022) s. 45.

innsats og arbeid. Proposisjonen og utvalget understreker også at kjernen i kriteriet er at «oppdragsgiver betaler entreprenøren for resultatet, og ikke for arbeidsinnsatsen».¹⁷⁶ Dette innebærer indirekte at oppdragstaker har vederlagsrisikoen for resultatet.

Ifølge departementet viderefører momentet gjeldende rettstilstand, og må tolkes i lys av rettskildematerialet som forelå før lovendringen.¹⁷⁷ Også før lovfesting av aml. § 14-12 (5) var spørsmålet om hvem som hadde vederlagsrisikoen for resultatet avgjørende for vurderingen. I både Quality People- og Norwegian-dommen fikk oppdragstaker betalt en bestemt sum, og det var følgelig oppdragstaker som bar risikoen for at avtalt resultat kunne oppnås innenfor vederlagets rammer. Norwegian-dommen viser også at hvem som blir økonomisk ansvarlig for manglende resultatoppnåelse sier noe om hvem som har resultatansvar. I saken måtte oppdragsgiver erstatte oppdragsgivers tap dersom resultatet ikke ble oppnådd.

Siden rettstilstanden videreføres, vises det til punkt 3.2.2 for nærmere redegjørelse av vurderingsmomentets innhold. Av denne grunn er det heller ingen holdepunkter for at Quality People- og Norwegian-dommen ville blitt vurdert annerledes på dette punktet i dag. Dommene er tvert imot stadig veiledende for hvordan vurderingsmomentet skal forstås.

4.2.3. Om det i hovedsak skal leveres arbeidskraft

Det første momentet i kategorien «andre relevante forhold» i aml. § 14-12 (5) er «om det i hovedsak skal leveres arbeidskraft», jf. bestemmelsens andre punktum. Ordlyden «arbeidskraft» forstås som løpende arbeidsinnsats. Forarbeidene til aml. § 14-12 fastslår at leveranse av arbeidskraft som innsatsforpliktelse er motsetning til leveranse av en resultatforpliktelse.¹⁷⁸ Momentet taler for innleie når arbeidskraft er det som «i hovedsak» skal leveres. Den naturlige forståelsen av at det «i hovedsak» skal leveres arbeidskraft, er at arbeidskraften som innsatsforpliktelse har *større betydning* enn øvrige forpliktelser etter avtalen.

¹⁷⁶ Prop.131 L (2021-2022) s. 45 og NOU 2021:9 s. 303.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Prop.131 L (2021-2022) s. 67, se også NOU 2021:9 s. 303 flg.

Ordlyden etterlater seg særlig tre spørsmål: (i) hvor mye større betydning en forpliktelse må ha for at terskelen for å utgjøre leveransen «hovedsak» er nådd, (ii) hvilket kriterium forpliktelsenes betydning skal vurderes ut fra og (iii) hvordan leveransens «hovedsak» avgjøres når det er vanskelig å skille innsats- og resultatforpliktelser fra hverandre.

- (i) *hvor mye større betydning en forpliktelse må ha for at terskelen for å utgjøre leveransen «hovedsak» er nådd*

Vurderingsmomentet ble lovfestet fordi grensen mellom innleie og entrepris kan være vanskelig å trekke der arbeidskraft utgjør «den bærende innsatsfaktoren» i et oppdragsforhold,¹⁷⁹ hvilket kan tilsi at arbeidskraften som innsatsforpliktelse må ha *vesentlig* større betydning enn øvrige forpliktelser etter avtalen. Ifølge proposisjonen er det avgjørende likevel hva som utgjør leveransens *hovedelement*, og vurderingen må gjøres konkret.¹⁸⁰ Uttalelsene om at det avgjørende er leveransens hovedelement indikerer en lavere terskel enn uttalelsene om at momentet ble lovfestet fordi grensedragningen er vanskelig når arbeidskraft utgjør den bærende innsatsfaktoren. Lovens formål om å sikre trygge ansettelsesforhold taler for en så lav terskel som mulig, mens fleksibilitets- og effektivitetshensynene som legitimerer entrepriser i næringslivet¹⁸¹ taler for det motsatte.

- (ii) *hvilket kriterium forpliktelsenes betydning skal vurderes ut fra*

For å si noe om hvorvidt oppdragstakers innsats- eller resultatforpliktelse utgjør oppdragsavtalens «hovedsak», er det nødvendig å vite hvilket kriterium forpliktelsenes betydning vurderes ut fra. Både forpliktelsenes økonomiske verdi (lønnkostnadene) og oppdragstakers fordeling av personell på de ulike forpliktelsene fremstår intuitivt som naturlige utgangspunkt for vurderingen av forpliktelsenes betydning.

Tolkningsalternativene kan illustreres med et eksempel: Virksomhet A har avtale med cateringfirma B om matservering på forretningsmiddager. Avtalen krever at cateringfirmaet lager spesifikk mat og stiller med bemanning for serveringen. Om det er matlagingen (resultatforpliktelsen) eller serveringen (innsatsforpliktelsen) som utgjør leveransens

¹⁷⁹ Prop. 131 L (2021-2022) s. 43.

¹⁸⁰ Ibid. s. 46.

¹⁸¹ Ibid. s. 43.

hovedsak, avhenger av hvilket kriterium som brukes for å vurdere deres betydning. Dersom det avgjørende er forpliktelsenes økonomiske verdi, må vederlaget for maten sammenlignes med vederlaget for serveringen. Alternativt kan betydningen vurderes ut fra antall personer som kreves for at de ulike forpliktelsene oppfylles – kokker vs. servitører.

Selv om begge alternativene virker naturlige, har det formodningen for seg at vurderingen skal ta utgangspunkt i forpliktelsenes økonomiske verdi. Vurderingsmomentet knytter seg til hva som etter avtalen skal leveres, og det naturlige utgangspunktet er dermed partene har blitt enige om i fellesskap. Hvor mange mennesker oppdragstaker velger å engasjere for å oppfylle avtalen, er utenfor oppdragsgivers kontroll. Saken stiller seg riktignok annerledes dersom oppdragsgiver fastsetter antallet arbeidstakere.

Formålsbetraktninger trekker i samme retning. Formålet med momentene i andre punktum er å ramme oppdragsforhold som utfordrer trygge ansettelser på grunn av oppdragsgivers virksomhetsorganisering.¹⁸² Det er lite formålstjenlig å ta utgangspunkt i oppdragstakers ressursfordeling når dette er uavhengig av oppdragsgivers virksomhetsorganisering.

(iii) hvordan leveransens «hovedsak» avgjøres når det er vanskelig å skille forpliktelsene fra hverandre

Det kan være vanskelig å skille innsats- og resultatforpliktelser fra hverandre i tjenestekjøpsavtaler hvor det skal leveres resultatforpliktelse. Dette vanskeliggjør også en vurdering av forpliktelsenes separate betydning og hva som er tjenestekjøpsavtalens «hovedsak».

Et illustrerende eksempel er at virksomhet A har en avtale med et IT-tjenestefirma om å kontinuerlig beskytte virksomhetens datasystemer mot potensielle hackerangrep. Det er vanskelig å skille mellom innsatsforpliktelsen om å levere arbeidskraft og resultatforpliktelsen om å sikre datasystemene. Slik sammenveving av forpliktelser er vanlig i mange bemanningsentrepriser, fordi resultatforpliktelsen gjerne er en forutsetning for avtaleinngåelsen, samtidig som resultatet er avhengig av løpende innsats.

¹⁸² Ibid. s. 46.

Spørsmålet om hvordan man fastslår hvilken forpliktelse som utgjør leveransens hovedsak i slike tvils- og grensetilfeller behandles så vidt i proposisjonen. I grensetilfeller kan det brukes som støtteargument for innleie hvis oppdragsgiver stiller med utstyr, verktøy og materialer. Dette kan imidlertid ikke kan være avgjørende.¹⁸³ Utover dette er forarbeidene tause om spørsmålet.

Siden vurderingsmomentene i aml. § 14-12 (5) ikke er kumulative, er det ikke gitt at momentet skal tillegges vekt i helhetsvurderingen hvis det er vanskelig å avgjøre hva som i hovedsak skal leveres. Vanskeligheter med å fastslå hvilken del av oppdragsavtalen som er størst, innebærer nødvendigvis også at resultatforpliktelsen utgjør en vesentlig del av avtaleforholdet. Dersom det presumeres at arbeidskraft er leveransens «hovedsak» i oppdragsforhold med sammenvevde forpliktelser, innebærer det at oppdragsavtaler med helt tydelige entreprisekjennetegn kan omfattes av innleieregelverket.

Det er likevel nettopp denne typen oppdragsavtaler som ligger i skjæringspunktet mellom innleie og bemanningsentreprise. Hensikten med å lovfeste momentet «om det i hovedsak skal leveres arbeidskraft» var å begrense bruken av bemanningsentrepriser, fordi slike kan undergrave arbeidsmiljølovens formål om trygge ansettelsesforhold.¹⁸⁴ At enkelte entrepriser kan omfattes av innleieregelverket etter lovendringen, er også forutsatt i innstillingen til aml. § 14-12 (5). Komiteen uttaler at bestemmelsen i praksis innebærer en «utvidelse av hva som regnes som innleie, slik at flere selvstendig næringsdrivende som vanligvis ville havnet under entreprisedefinisjonen, nå vil møte strengere regler for sitt virke som selvstendig næringsdrivende».¹⁸⁵

Spørsmålene som er reist her må besvares av domstolene.

I lovproposisjonen uttaler departementet at der arbeidskraft utgjør hovedelementet i leveransen, «bør oppdragsavtalen [...] inneholde tydelige elementer av at det foreligger en resultatforpliktelse, og at det skal leveres noe mer enn arbeidskraft og den kompetansen

¹⁸³ Ibid. s. 43

¹⁸⁴ Prop. 131 L (2021-2022) s. 46, se også NOU 2021: 9 s. 315.

¹⁸⁵ Innst. 108 L (2022–2023) s. 21.

arbeidstakerne besitter» for at det likevel skal anses som entreprise.¹⁸⁶ En tydelig resultatforpliktelse er eksempelvis en tjenestekontrakt som tydelig spesifiserer kvalitetskrav for resultatet på tjenesten som skal leveres.¹⁸⁷ Uttalelsen indikerer at det presumtivt er tale om innleie hvis momentet er oppfylt, selv om momentene i første punktum taler for entreprise. Momentets vekt avhenger ellers av hvor tydelige resultatforpliktelser som pålegges oppdragstakere i oppdragsavtalen.

Påvirkning på rettsstilstanden

Som nevnt vil kravet om at det må leveres noe mer enn ren arbeidskraft for å anse en oppdragsavtale som en entreprise, «bidra til å begrense bruken av såkalte bemanningsentrepriser».¹⁸⁸ Ifølge departementet endrer momentet altså rettsstilstanden.

Lovfestingen av momentet avskjærer muligheten for at oppdragsavtaler om *ren* leveranse av arbeidskraft kan regnes som entreprise.¹⁸⁹ Dette påvirker likevel ikke rettsstilstanden. Funksjonen til vurderingsmomentene i Blaalid-utredningen var nettopp å synliggjøre hvorvidt oppdragstaker hadde påtatt seg resultatforpliktelser.¹⁹⁰ Lovfestingen av vurderingsmomentet innebærer imidlertid en differensiering mellom bemanningsentrepriser og andre typer entrepriser. Det er bare ved bemanningsentrepriser at arbeidskraft utgjør en sentral del av leveransen. Presumsjonen om at oppdragsforhold hvor det i hovedsak skal leveres arbeidskraft er innleieforhold, senker dermed terskelen for å regne bemanningsentrepriser som innleieforhold sammenlignet med tidligere. Quality People- og Norwegian-saken illustrerer dette.

I begge sakene var arbeidskraft som innsatsforpliktelse helt sentralt i leveransene.¹⁹¹ Høyesterett viet likevel ingen oppmerksomhet til dette. Det avgjørende syntes å være *at* oppdragstaker hadde påtatt seg resultatforpliktelser, ikke omfanget av dem. Fremover kan vurderingsmomentet «om det i hovedsak skal leveres arbeidskraft» fremtvinge en sammenligning av ulike avtaleforpliktelsers betydning.

¹⁸⁶ Prop. 131 L (2021-2022) s. 46.

¹⁸⁷ NOU 2021: 9 s. 304.

¹⁸⁸ Prop.131 L (2021-2022) s. 46.

¹⁸⁹ Jf. presumsjonen om innleie dersom resultatforpliktelser ikke foreligger.

¹⁹⁰ Se kapittel 3.3.

¹⁹¹ Tilsvarende oppfatning i NOU 2021: 9 s. 290 og Prop. 131 L (2021-2022) s. 46.

Det er likevel vanskelig å si noe om graden av påvirkning momentet har på rettstilstanden. Også tidligere måtte oppdragstaker ha påtatt seg en viss grad av resultatforpliktelse for at oppdragsforholdet klassifiseres som entreprise. Det opp til domstolene å avgjøre hvor sterkt vurderingsmomentet her skal vektes, og hvor strengt presumsjonen fra forarbeidene skal praktiseres.

4.2.4. Om arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet

Det er også av betydning «om arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet». Vilkåret inviterer til to vurderinger: (i) hva som utgjør «oppdragsgivers virksomhet», og (ii) grensen for når noe skjer «i nær tilknytning» til denne.

«[O]ppdragsgivers virksomhet» kan både forstås som oppdragsgivers fysiske arbeidsplass, eller som betegnelse på *selve aktiviteten* som utføres i virksomheten. Ifølge forarbeidene er formålet med momentet å skille mellom «on-site» og «off-site»-entrepriser,¹⁹² hvilket tilsier at den fysiske arbeidsplassen er avgjørende. Samtidig uttaler departementet at det *kan* være indikasjon på «nær tilknytning» dersom arbeidet «like gjerne kunne vært utført av oppdragsgivers egne ansatte».¹⁹³ Dette tilsier at også aktiviteten oppdragsgivervirksomheten utfører kan anses som «oppdragsgivers virksomhet».

Spørsmålet blir så hva det vil si at noe skjer «i nær tilknytning» til oppdragsgivers virksomhet. Ordlyden tilsier at det må være en tett forbindelse mellom arbeidstaker og oppdragsgivers virksomhet. Forarbeidene uttaler at det typisk vil foreligge nær tilknytning «dersom oppdraget utføres i oppdragsgivers lokaler, ved hjelp av oppdragsgivers utstyr, og/eller side om side med oppdragsgivers egne ansatte».¹⁹⁴ Dette understøtter momentets hovedformål om å skille mellom on site og off site-entrepriser.

Som nevnt over, viser forarbeidene at det *kan* indikere nær tilknytning mellom arbeidet og oppdragsgivers virksomhet hvis oppdragsgivers egne ansatte like gjerne kunne utføre arbeidet. Dette er logisk i lys av arbeidsmiljølovens formål om å styrke topartsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Likheter mellom arbeidsoppgavene til oppdragsgivers og

¹⁹² Prop. 131 L (2021-2022) s. 46.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Ibid.

oppdragstakers ansatte signaliserer at oppdragsavtalen utkonkurrerer en direkte ansettelse hos oppdragsgiver, hvilket taler for at oppdragsforholdet bør klassifiseres som innleie. Aml. § 14-12 (5) andre punktums formål om å hindre fragmentering av virksomhet gjennom entrepriser¹⁹⁵ tilsier at tilknytningen må betraktes som spesielt nær hvis oppdragsgivers virksomhetsorganisering er årsaken til at oppdragsgiver ikke benytter egne arbeidstakere på arbeidsoppgaven.

Ifølge departementet er mange entrepriser som utføres «on site» legitime selv om de representerer fysisk nærhet mellom arbeid og oppdragsgiver. Dette gjelder særlig støttefunksjoner som renhold, kantine og vakthold. I helhetsvurderingen må momentet om nær tilknytning derfor ses i sammenheng med momentet om oppdraget omfatter oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet, slik at ikke legitime entrepriser omfattes av innleieregelverket. Ifølge departementet vil det på sin side «trekke klart i retning av innleie» hvis oppdraget både utføres on site og innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet.¹⁹⁶

Påvirkning på rettstilstanden

Vurderingsmomentet om nærhet til oppdragsgivers virksomhet «er etter departementets syn nytt, og innebærer derfor en endring av gjeldende rett».¹⁹⁷ Spørsmålet er om dette stemmer.

Også tidligere ble grensedragningen mellom innleie og entreprise trukket med utgangspunkt i en vurderingsmomenter som forutsetter en viss nærhet mellom arbeid og oppdragsgivers virksomhet. Det ville for eksempel være vanskelig for oppdragsgivervirksomheten å utøve ledelsesfunksjoner eller stille med utstyr hvis arbeidet ikke var tilknyttet virksomheten. Nær tilknytning mellom arbeidet og oppdragsgivervirksomhet ble altså fanget opp av vurderingsmomentene for den tidligere grensedragningen. Det kan likevel tenkes oppdragsforhold hvor nærheten mellom arbeid og oppdragsgivers virksomhet ikke fanges opp av de tidligere vurderingsmomentene, eller hvor vurderingsmomentene som fanger opp nærhet ikke ville veie tungt nok til å påvirke utfallet i helhetsvurderingen. Dagens vurderingsmoment om nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet er generelt utformet, hvilket tilsier at fanger opp nærhet som tidligere «falt gjennom».

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Ibid. s. 47.

¹⁹⁷ Ibid. s. 46.

Norwegian-dommen illustrerer et tilfelle hvor nærheten mellom arbeidet og oppdragsgivers virksomhet ikke ble fanget opp av de tidligere vurderingsmomentene. Pilotene og kabinpersonalet skulle utføre arbeid på fly som var eid av oppdragstaker. Normalt talte det for innleie hvis oppdragsgiver var ansvarlig for utstyret, men siden fly var atypisk utstyr var det unaturlig om oppdragstaker stilte med det.¹⁹⁸ Oppdragsgivers utstyrsansvar talte følgelig ikke for innleie, og kunne ikke vektlegges i helhetsvurderingen. Vurderingsmomentet fanget imidlertid ikke opp at flyene også utgjorde en arbeidsplass for kabinbesetningen, og dermed representert fysisk nærhet mellom arbeidet og oppdragsgivers virksomhet.

Ytterligere var det oppdragsgivers virksomhetsorganisering som gjorde at oppdragsgiver ikke hadde egne ansatte til å bemanne flyene med. Før omorganiseringen var oppdragsgiver selv ansvarlig for å skaffe flybesetning, og dette var en avgjørende oppgave for oppdragsgivers mulighet til å operere i markedet. Denne tilknytningen mellom arbeidet og oppdragsgivers virksomhet ble heller ikke fanget opp av tidligere vurderingsmomenter.

Quality People-dommen illustrerer også en situasjon hvor fysisk nærheten mellom arbeid og oppdragsgivervirksomhet ikke ble fanget opp av tidligere vurderingsmomenter.

Arbeidsoppgavene skilte seg imidlertid fra det oppdragsgivervirksomheten ellers gjorde, og dekket dermed ikke arbeid som var del av oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet. For å unngå at innleieregelverket omfatter legitime støttefunksjoner som er satt ut i entreprise, skal man ifølge departementet da være forsiktig med å vektlegge den nære tilknytningen tungt.¹⁹⁹

Dommene illustrerer at «nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet» har bred rekkevidde, og gjør at innleiereguleringen kan fange opp forhold som de tidligere vurderingsmomentene ikke gjorde.

4.2.5. Om arbeidet dekker et vedvarende arbeidskraftsbehov

Ordlyden «vedvarende arbeidskraftsbehov» retter seg mot tilfeller hvor oppdragsgivers arbeidskraftsbehov strekker seg over en lengre tidsperiode. Ifølge departementet skal ordlyden forstås som at oppdragsgiver har «et permanent eller tidsubegrenset behov for at arbeidet

¹⁹⁸ HR-2018-2371-A avsnitt 96.

¹⁹⁹ Prop. 131 L (2021-2022) s. 47

utføres, i motsetning til et midlertidig eller tidsavgrenset behov». Avgjørende er følgelig at arbeidskraftsbehovet ikke har en estimert sluttdato. Departementet understreker at det er arbeidskraftsbehovet som skal vurderes, ikke den enkelte oppdragskontrakten.²⁰⁰ Momentet stenger dermed for at oppdragsgiver inngår stadig nye tidsbegrensede oppdragsavtaler med ulike oppdragstakere istedenfor å ansette noen direkte i egen virksomhet.

Vurderingsmomentets begrunnelse ligger i at *permanent* oppsplitting av virksomhet gjennom entrepriser kan ha negative konsekvenser for arbeidsforhold.²⁰¹ Siktemålet er likevel ikke å ramme permanente entrepriseløsninger som regnes som velfungerende virksomhetsmodeller, som eksempelvis oppdragsavtaler om drift og bemanning av støttefunksjoner.

Vurderingsmomentet må derfor ses i sammenheng med andre forhold og kriterier tilsier at lovens formål om trygge ansettelsesforhold legges under press.²⁰²

Påvirkning på rettsstilstanden

Ifølge departementet kan vurderingsmomentet «delvis utledes av gjeldende rett», fordi Tjenestemannsutvalget fra 1970 uttalte at entrepriser gjerne er tidsavgrensede.²⁰³ Dette kjennetegnet ble verken skissert som vurderingsmoment i Blaalid-utredningen eller nevnt i Quality People- og Norwegian-dommene. Begge dommene gjaldt arbeidskraftsbehov uten sluttidspunkt. I Quality People-dommen understreket Høyesterett også muligheten til å inngå entrepriseavtaler som innebærer leveranse av løpende tjeneste. Ettersom løpende tjenester gjerne er tidsavgrensede, signaliserte uttalelsen at oppdragsgivers arbeidskraftsbehov ikke hadde avgjørende betydning i helhetsvurderingen. Dette indikerer at innføringen av vurderingsmomentet kan påvirke rettsstilstanden.

Quality People-dommen gjaldt oppdragsavtale om bemanning av en støttefunksjon. Støttefunksjoner er gjerne vedvarende, uten at det truer arbeidsmiljølovens funksjon som vernelovgivning.²⁰⁴ Ettersom siktemålet med vurderingsmomentet «om arbeidet dekker et vedvarende arbeidskraftsbehov» ikke er å ramme slike oppdragsavtaler, ville ikke arbeidskraftsbehovets varighet nødvendigvis bli vektlagt i helhetsvurderingen dersom saken

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² NOU 2021: 9 s. 305-306.

²⁰³ Prop. 131 L (2021-2022) s. 47.

²⁰⁴ NOU 2021: 9 s. 305-306.

sto for retten i dag. I det konkrete tilfellet var det likevel særlige forhold som la lovens formål om trygge ansettelsesforhold under press: Arbeidstakeren hadde lite faktisk kontakt med sin formelle arbeidsgiver, hvilket svekker verdien av arbeidsmiljølovens informasjons- og medvirkningsrettigheter. Arbeidstakeren hadde også jobbet svært lenge i virksomheten, hvilket forsterker betydningen av svekkede medvirkningsrettigheter. I tillegg gjør varigheten stillingsvernet for stillingen hos formell arbeidsgiver mindre betydningsfullt. Det forelå altså forhold som kan tale for at arbeidskraftsbehovets varighet burde vektlegges i helhetsvurderingen selv om oppdragsforholdet gjaldt bemanning av en støttefunksjon.

Norwegian-dommen gjaldt oppdragsavtale om å dekke et løpende arbeidskraftsbehov som oppstod på grunn av oppdragsgivers omorganisering og oppsplitting av virksomheten i underentrepriser. Omorganiseringen svekket betydningen av stillingsvernet i morselskapet. Det var også nær tilknytning mellom arbeidet og oppdragstakers virksomhet og arbeidet gjaldt oppdragsgivers kjerne- og hovedaktivitet, hvilket vanskeliggjorde partssamarbeid og informasjonsflyt mellom partene. Langvarigheten forsterker den negative konsekvensen disse utfordringene har for arbeidstaker, hvilket tilsier at vurderingsmomentet ville bli vektlagt i helhetsvurderingen i dag.

Vurderingsmomentet om arbeidet dekker et vedvarende arbeidskraftsbehov muliggjør at arbeidskraftsbehovets varighet kan få selvstendig vekt i helhetsvurderingen, hvilket er nytt sammenlignet med tidligere. Det er holdepunkter for at vurderingsmomentet hovedsakelig vil vektes der andre forhold tilsier at oppdragsforholdet utfordrer arbeidstakervernet på en uforholdsmessig måte, fordi langvarigheten forsterker de negative virkningene oppdraget kan ha på arbeidstakerens vern.

4.2.6. Om arbeidet skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet

Ordlyden «oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktiviteten» retter seg mot de aktivitetene og funksjonene som kjennetegner virksomheten. Ifølge forarbeidene vil «kjerne- eller hovedaktiviteten» avhenge av om virksomheten er privat eller offentlig. For private virksomheter vil kjerne- eller hovedaktiviteten som regel være «det virksomheten tjener penger på», og for offentlige virksomheter er det avgjørende «hvilken del av virksomheten det investeres mest tid og ressurser i, herunder andelen av den samlede arbeidsstokken som

utfører den aktuelle aktiviteten». Administrative støttefunksjoner regnes normalt ikke som kjerne- eller hovedaktivitet.²⁰⁵

I departementets nærmere utredning om vurderingsmomentet, vises det til Tjenestemannsutvalgets beskrivelse av tradisjonelle entrepriser, hvor utvalget uttalte at et «indisium på entreprise er at arbeidsoppgaven skiller seg fra hva oppdragsgiverens egen arbeidsstyrke arbeider med».²⁰⁶ Tjenestemannsutvalgets grense mellom innleie og entreprise var begrunnet i at utleieforbudet skulle omfatte utleie som *like gjerne* kunne dekket av direkte ansettelser.²⁰⁷ Dette tilsier at den interne arbeidsstokkens arbeidsoppgaver kan være veiledende for hva som utgjør oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet.

Departementet presiserer ikke begrunnelsen for momentet i lovproposisjonen, men i Fougner-utvalget viste flertallet til at Norwegian-saken «belyste en ny måte å organisere virksomhet på, nemlig å benytte entreprise på varig basis slik at personell ansatt hos leverandør utfører virksomhetens kjerneoppgaver». Videre uttalte flertallet at tillit, innflytelse og samarbeid mellom partene i et arbeidsforhold er sentrale elementer i den norske arbeidslivsmodellen, og at «varig utsetting av kjernevirksomhet, kan [...] rokke ved den grunnleggende balansen mellom ansvar og innflytelse som følger av arbeidsmiljølovens arbeidsgiveransvar».²⁰⁸ Dette tilsier at momentet skal bidra til å fange opp oppdragsforhold som har negativ påvirkning på tillit, innflytelse og samarbeid mellom partene i et arbeidsforhold. I tillegg fungerer momentet som sikkerhetsmekanisme mot at innleieregelverket omfatter oppdragsavtaler om bemanning av støttefunksjoner, som er ansett å være effektive og samfunnsøkonomiske.²⁰⁹

En mulig problemstilling som kan oppstå som følge av dette vurderingsmomentet, er hvilket tidspunkt oppdragsgivers «kjerne- og hovedaktivitet» knytter seg til. Hva virksomheter tjener penger på eller hvilke aktiviteter virksomheten putter mest ressurser i, kan endre seg over tid, og entreprisekontrakter inngås gjerne lang tid i forkant av at arbeidsoppdraget skal utføres. En virksomhet kan for eksempel inngå en oppdragsavtale i 2024 om at oppdragstaker skal levere arbeidskraft f.o.m. 2026. Når oppdragsavtalen inngås i 2024, er det utvilsomt at oppdragstakers forpliktelse ligger utenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet. Men i

²⁰⁵ Prop. 131 L (2021-2022) s. 47.

²⁰⁶ Ibid. jf. Ot.prp.nr. 53 (1970-1971) s. 23.

²⁰⁷ Se Ot.prp.nr. 53 (1970-1971) s. 29 og 31, samt tidligere behandling i kapittel 3.1.1.

²⁰⁸ NOU 2021: 9 s. 306.

²⁰⁹ Prop.131 L (2021-2022) s. 44.

løpet av 2025 endrer oppdragsgivervirksomheten strategi. Oppdragsgivervirksomheten begynner å selv drive med den typen arbeid som oppdragstaker skal levere i 2026, i tillegg til sin opprinnelige beskjeftigelse. Når oppdragstaker leverer arbeid i 2026, har oppdragsgivers virksomhet to hovedaktiviteter, hvor den ene hovedaktiviteten omfatter samme type arbeid som oppdragstakervirksomheten skal levere. Det som kan begrense problemstillingens aktualitet i praksis er at virksomheters strategiplaner gjerne er langsiktige og ikke endres plutselig.

Påvirkning på rettsstilstanden

Ifølge departementet kan momentet delvis utledes av gjeldende rett. Departementet viser til Tjenestemannsutvalget, som uttrykker at det taler for entrepriser dersom arbeidsoppgavene skiller seg fra det oppdragsgiverens egen arbeidsstyrke arbeider med.²¹⁰

Likhet mellom arbeidsoppgavene til oppdragsgivers egne ansatte og de eksterne arbeidstakerne, ble ikke utformet som et eget vurderingsmoment i Blaalid-utvalgets momentliste i 1998. Dette ble heller ikke nevnt i Quality People- eller Norwegian-dommen. I Quality People-dommen dekket leveransen riktignok en støttefunksjon som oppdragsgiver verken tjente penger på eller relativt sett brukte mye ressurser på, så tilknytningen var neppe nær nok til at momentet hadde blitt vektet tungt uansett. I Norwegian-dommen er det imidlertid forhold som kan tyde på at arbeidet gjaldt oppdragsgivers kjerne eller hovedaktivitet: pilotene og kabinpersonale er helt avgjørende for å kunne tilby flyvninger til kunder, hvilket var oppdragsgivers hovedinntektskilde.²¹¹ Selv om oppdragsgivers egne ansatte ikke kunne utføre samme oppgaver, skyldtes det en omorganisering som gjorde at oppdragsgiver hadde kvittet seg med slik bemanning. At disse forholdene ikke ble nevnt, viser at spørsmålet om arbeidskraften dekket oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet hadde liten betydning for grensedragningen etter tidligere rettsstilstand. Ved å gjeninnføre dette som selvstendig vurderingsmoment for sontringen mellom innleie og entrepriser, påvirkes dermed grensedragningen.

²¹⁰ Ibid. s. 47.

²¹¹ Tilsvarende oppfatning i NOU 2021: 9 s. 306.

4.3. Helhetsvurderingen

Grensedragningen mellom innleie og entreprise beror på en helhetsvurdering hvor alle forhold som kan kaste lys over oppdragsforholdet må ses i sammenheng med hverandre. Forholdenes relevans og vekt vil variere etter hvordan oppdragsforholdet er organisert.²¹² Det er reelle forhold som er avgjørende, ikke oppdragsforholdets formelle klassifisering.²¹³

I helhetsvurderingen vil vurderingsmomentene om arbeidsledelse og resultatansvar i aml. § 14-12 (5) første punktum være mest sentrale. Hvis oppdragstaker utøver arbeidsledelsen og har resultatansvar, eller det er uklart hvilken retning momentene i første punktum trekker i, må det vurderes om momentene i andre punktum tilsier at oppdragsforholdet må regnes som innleie.²¹⁴ Eventuelle andre relevante forhold kan også trekkes inn i helhetsvurderingen.²¹⁵

Vurderingsmomentene i andre punktum må ifølge departementet tolkes i lys av bestemmelsens formål om å fange opp oppdragsforhold som utfordrer trygge ansettelsesforhold.²¹⁶ Dersom vurderingsmomentene i andre punktum peker i ulike retninger, må helhetsvurderingen overordnet sett tolkes i lys av formålet om trygge ansettelsesforhold.²¹⁷ Dette tilsier at vurderingsmomentene som taler for innleie vil veies tyngre der oppdragsforholdet svekker arbeidstakernes rettigheter, og at grensedragningen etter nye aml. § 14-12 (5) er egnet til å oppfylle arbeidsmiljølovens formål om å begrense oppdragsforhold som utfordret topartsrelasjonen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

Oppdragsforhold kan utfordre formålet om trygge ansettelser på to måter, hvilket tilsier at helhetsvurderingen i grensetilfeller har to sider: For det første er det av betydning om arbeidet like gjerne kunne blitt utført av en direkte ansatt arbeidstaker hos oppdragsgiver. I så fall representerer oppdragsforholdet en potensiell erstatning for et tradisjonelt topartsforhold mellom oppdragsgiver og arbeidstaker. Dette innebærer ikke nødvendigvis noen trussel mot arbeidstakervernet til den enkelte arbeidstakeren. Den utfordrer imidlertid kjernen i den

²¹² Prop. 131 L (2021-2022) s. 66.

²¹³ Ibid. s. 47.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Ettersom vurderingsmomentene ikke er uttømmende, jf. Prop.131 L (2021-2022) s. 47.

²¹⁶ Prop.131 L (2021-2022) s. 45.

²¹⁷ Ibid. s. 47.

norske arbeidslivsmodellen om faste og direkte ansettelser i topartsforhold,²¹⁸ som endringene i arbeidsmiljøloven er ment å styrke.²¹⁹

For det andre er det av betydning om og i hvilken grad oppdragsforholdet svekker arbeidsmiljølovens funksjon som vernelovgivning. Hvis for eksempel oppdragsforholdet har negativ påvirkning på forutsetningene for medvirkning, samarbeid og informasjonsflyt mellom oppdragstaker og arbeidstaker, vil det tale for innleie.²²⁰

Departementet gir også veiledning for vektingen av vurderingsmomentene i andre punktum. Dersom alle vurderingsmomentene i andre punktum taler for innleie, bør oppdragsforholdet klassifisere som innleie, uavhengig av hvilken retning vurderingsmomentene i første punktum trekker.²²¹ Dette vil være tilfelle når en virksomhet bruker underentrepriser for å dekke sitt behov for å operere i markedet. Da vil formålet om trygge ansettelser utfordres på begge de nevnte måtene. Disse tilfellene er eksempel på nettopp slike oppdragsforhold som flertallet i Fougner-utvalget mente at er særlig utfordrende for trygge ansettelsesforhold.²²²

Videre er det en presumsjon for at oppdragsforhold hvor det «i hovedsak» skal leveres bemanning, er innleie.²²³ Det trekker også sterkt i retning av innleie dersom oppdragsforholdet både utføres hos oppdragsgiver og dekker oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet.²²⁴ I disse tilfellene er avstanden mellom oppdragstaker og arbeidstaker stor, hvilket innebærer økt risiko for topartsforholdet og arbeidstakervernet.²²⁵ Vurderingen må likevel være konkret og ses i lys av om andre forhold gjør at trygge ansettelsesforhold likevel ikke er utfordret.

²¹⁸ Se også Moen (2018) s. 208.

²¹⁹ NOU 2021: 9 s. 49.

²²⁰ Prop. 131 L (2021-2022) s. 44-45.

²²¹ Ibid. s. 47.

²²² NOU 2021:9 s. 299-300 og s. 306-307.

²²³ Se Prop.131 L (2021-2022) s. 46 og nærmere drøftelse i kapittel 4.2.3.

²²⁴ Prop. 131 L (2021-2022) s. 47.

²²⁵ Ibid. s. 46.

5. Avslutning

Hensikten med denne oppgaven har vært å undersøke om, og eventuelt på hvilken måte, vedtakelsen av nye aml. § 14-12 (5) har påvirket grensedragningen mellom innleie og entrepriser. Både før og etter lovendringen har det vært nødvendig å foreta en helhetsvurdering for å avgjøre om et oppdragsforhold skal klassifiseres som innleie eller entrepriser. For å svare på problemstillingen er det dermed avgjørende å nærmere sammenligne vurderingsmomentenes betydning i den endelige helhetsvurderingen.

Utgangspunktet for helhetsvurderingen etter aml. § 14-12 (5) er likt som før lovendringen. Også tidligere var spørsmålet om hvem som hadde arbeidsledelse og resultatansvar mest sentralt, og alle relevante forhold kunne trekkes inn i vurderingen.²²⁶ De øvrige vurderingsmomentene av betydning for grensedragningen skiller seg imidlertid fra hverandre i både formulering og innhold. Tidligere indikerte øvrige vurderingsmomentene hovedsakelig om oppdragstaker hadde påtatt seg en resultatforpliktelse eller ikke. Vurderingsmomentenes funksjon var å fange opp forsøk på rene omgåelser av innleieregelverket. Analysen i kapittel 4 viser at dagens vurderingsmomenter har bredere rekkevidde, og dermed kan fange opp flere forhold som taler for innleie enn det de tidligere vurderingsmomentene gjorde. Dette innebærer at helhetsvurderingen i dag er mer omfattende enn tidligere.

Noe av grunnen til at vurderingsmomentene i aml. § 14-12 (5) andre punktum har et bredere rekkevidde enn de tidligere vurderingsmomentene, er at de skal tolkes formålsrettet.²²⁷ Videre skal helhetsvurderingen i dag overordnet sett tolkes i lys av formålet om trygge ansettelsesforhold der vurderingsmomentene trekker i ulike retninger.²²⁸ Også tidligere var grensedragningens formål å skille mellom oppdragsforhold som utfordret topartsrelasjonen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og oppdragsforhold som ikke gjorde det. Formålsbetraktninger ville imidlertid først påvirke grensedragningen i tilfeller der det var usikkerhet om arbeidsledelse og resultatansvar, eller tvil om oppdragstaker hadde påtatt seg en forpliktelse til å levere et bestemt resultat.²²⁹ Den tidligere grensedragningens funksjon var

²²⁶ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 57-60 og HR-2018-2371-A avsnitt 80.

²²⁷ Prop. 131 L (2021-2022) s. 45.

²²⁸ Ibid. s. 47.

²²⁹ Se kapittel 3.2.7.

derfor i mindre grad å skille mellom oppdragsforhold som utfordret topartsforhold og oppdragsforhold som ikke utfordret topartsforhold, enn det dagens grensedragning virker å ha.

Hvis det «i hovedsak» skal leveres arbeidskraft, gjelder det en presumsjon om at oppdragsforholdet er et innleieforhold. Dette gjør at grensedragningen får særlig betydning for bemanningsentrepriser, hvilket også er nytt sammenlignet med tidligere. Presumsjonen har nær sammenheng med at grensedragningen skal trekkes i lys av formålet om å sikre trygge ansettelsesforhold. Bemanningsentrepriser representerer en større risiko for trygge ansettelsesforhold enn tradisjonelle entrepriser.²³⁰

Det er altså flere forhold som indikerer at en grensedragning i tråd med aml. § 14-12 (5) vil utvide innleieregelverkets rekkevidde. Oppsummert kan man si at det var de klassiske innleietilfeller som aktualiserte grensedragningen tidligere, og at grensen ellers var egnet til å fange opp oppdragsforhold hvor oppdragstaker ikke påtok seg resultatforpliktelser eller disse var lite fremtredende. Dagens helhetsvurdering kan på sin side fange opp alle oppdragsforhold som utfordrer trygge ansettelser og topartsforholdet mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker. Også Quality People- og Norwegian-dommen illustrerer dette.

Når det gjelder Quality People-dommen, viser analysen at enkelte vurderingsmomenter kunne blitt vurdert og fremhevet annerledes. For eksempel kunne forholdene som svekket arbeidstakerens vern, herunder arbeidskraftsbehovets varighet og den fysiske avstanden mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, blitt synliggjort som argument mot entrepris. Det er likevel usikkert om saken ville fått et annet endelig utfall hvis den sto for Høyesterett i dag. Oppdragsavtalen gjaldt bemanning av en støttefunksjon. Utsetting av støttefunksjoner anses gjerne som legitime entrepriser. Formålet med aml. § 14-12 (5) er ikke at slike skal omfattes av innleieregelverket.²³¹

Saken stiller seg annerledes for Norwegian-dommen. I utgangspunktet ville det sannsynligvis bli vektlagt i retning entrepris at oppdragsgiver hadde arbeidsledelse og resultatansvar. Saken representerer imidlertid et tilfelle der alle momentene i aml. § 14-12 (5) andre punktum er oppfylt. I disse tilfellene skal oppdragsavtalen ifølge lovproposisjonen regnes som en

²³⁰ Se kapittel 2.3.4.

²³¹ Prop. 131 L (2021-2022) s. 47 og NOU 2021: 9 s. 305.

innleieavtale, uavhengig av om arbeidsledelsen og resultatansvaret taler for entreprise.²³² I tillegg hadde oppdragsgivers selskapsstruktur konsekvenser for pilotene og kabinpersonalets rett til informasjon, samarbeid og medvirkning.²³³ Dette ble ikke vektlagt som argument for innleie da saken sto for retten i 2018. Ettersom grensedragningen i dag skal tolkes i lys av formålet om trygge ansettelsesforhold, vil dette styrke oppfatningen om at oppdragsforholdet burde klassifisere som innleie.

Til tross for at flere forhold indikerer at en grensedragning i tråd med aml. § 14-12 (5) vil utvide innleieregelverkets rekkevidde, er det vanskelig å si sikkert hvor stor den praktiske forskjellen mellom grensedragningen nå og før blir. Alle oppdragsforhold er unike, og konkrete forhold i hver enkelt sak påvirker vekten av hvert enkelt moment. Fordi helhetsvurderingen er skjønnsmessig, vil ikke minst domstolenes tolking av vurderingsmomentenes vekt og innhold få betydning for hvor mye nye aml. § 14-12 (5) vil vise seg å påvirke grensedragningen.

²³² Prop. 131 L (2021-2022) s. 47.

²³³ HR-2018-2371-A avsnitt 119.

Kildeliste

Lover og direktiver

Sysselsettingsloven	Lov 27. juni 1947 om tiltak til å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven)
Lov nr. 83/1971	Lov 18. juni 1971 om endringer i lov om tiltak til å fremme sysselsettingen.
Lov nr. 10/2000	Lov 4. februar 2000 om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., i lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. og i lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting.
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Skatteforvaltningsloven	Lov 27. mai 2016 om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven)
Lov nr. 99/2022	Lov om endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak)
Vikarbyrådirektivet	Europaparlamentets og rådsdirektiv 2008/104/EF 19. november 2008 om vikararbeid (vikarbyrådirektivet)

Forarbeider

Innst.O.nr.61 (1970–1971)	Innst.O.nr.61 (1970–1971) Innstilling fra kommunalkomiteen om endringer i lov av 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak for å fremme sysselsetting
Innst.108 L (2022–2023)	Innst.108 L (2022–2023) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak)
NOU 1998:15	NOU 1998:15 Arbeidsformidling og arbeidsleie
NOU 2021:9	NOU 2021:9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv Utredning om tilknytningsformer og virksomhetsorganisering
Ot.prp. nr. 53 (1970-1971)	Ot.prp.nr.53 (1970–1971) Om lov om endringer i lov av 27. juni 1947 om tiltak til å fremme sysselsetting
Ot.prp. nr. 70 (1998-1999)	Ot.prp.nr.70 (1998–1999) Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., i lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. og i lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting
Ot.prp.nr. 49 (2004-2005)	Ot.prp.nr.49 (2004–2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 62 (2006-2007)	Ot.prp.nr.62 (2006–2007) Om lov om endringer i skattelovgivningen (internprising)

Prop. 74 L (2011-2012)

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

Prop. L 131 (2021-2022)

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

Domsregister

Høyesterettspraksis

Rt. 2000 side 1602

Rt. 2002 s. 1469

Rt. 2013 s. 998

Rt. 2013 s. 1730

HR-2018-2371-A

HR-2020-2109-A

Underrettspraksis

RG-2004-105

LG-2011-105432

Juridisk litteratur

Eckhoff (2001) s. 15

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget, 2001

Næss (2013)

Næss, Mona, *Virksomhetsoverdragelse*, Universitetsforlaget, 2013

Skarning (2013)

Skarning, Nicolay, *Midlertidige ansettelser, innleie og vikarbyrådirektivet*, Universitetsforlaget, 2013

- Hagstrøm og Bruserud (2014) Hagstrøm, Viggo, Bruserud, Herman, *Entrepriserett*, Universitetsforlaget, 2014
- Hallsteinsen (2018) Hallsteinsen, Peter, *Alminnelig obligasjonsrett*, Gyldendal, 2019
- Fougner (2019) Fougner, Jan, *Norsk arbeidsrett. Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, Universitetsforlaget, 2019
- Høgberg og Sunde (2019) Høgberg, Alf Petter (red.) og Sunde, Jørn Øyrehagen (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget, 2019
- Borgerud og Næss (2019) Borgerud, Ingeborg Moen og Næss, Mona, *Arbeidsrett. Omstilling, nedbemanning og virksomhetsoverdragelse i offentlig sektor*, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2019
- Storeng mfl. (2020) Storeng, Nils H. mfl., *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utgave, Universitetsforlaget, 2020
- Skjønberg mfl. (2022) Skjønberg, Alexander Sønderland, Hognestad, Eirik, Hotvedt, Marianne Jenum, *Arbeidsrett - individuelle og kollektive emner*, 3. utgave, Gyldendal, 2022
- Fougner mfl. (2023) Fougner, Jan mfl., *Omstilling og nedbemanning*, 4. utgave, Universitetsforlaget, 2023

Artikler

- Olsen (2016) Olsen, K. M, «Utfordringer ved midlertidighet i organisasjoner» *Magma* (2016) nr. 3, s. 40 – 47

Moen (2017) Moen, Eli, «Weakening trade union power: new forms of employment relations. The case of Norwegian Air Shuttle» *Sage Journals*, 23 (2017) nr. 4, s. 425 – 439, <https://doi.org/10.1177/1024258917703547>

Moen (2018) Moen, Eli. «Går vi mot en kjosifisering av arbeidslivet?» *Nytt norsk tidsskrift*, 35 (2018) nr. 3-4, s. 206 – 218, <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3053-2018-03-04-02>

Rapporter og veiledninger

Ingelsrud mfl. (2020) Ingelsrud, M. H., Hansen, P. B. og Underthun, A. *Konsekvenser av atypiske tilknytningsformer for arbeidsforhold og partssamarbeid*. Rapport 2020 nr. 08, Arbeidsforskningsinstituttet AFI OsloMet – storbyuniversitetet

Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2023) Arbeids- og inkluderingsdepartementet, *Innleie av arbeidskraft*, 2023, s. 35 – 41