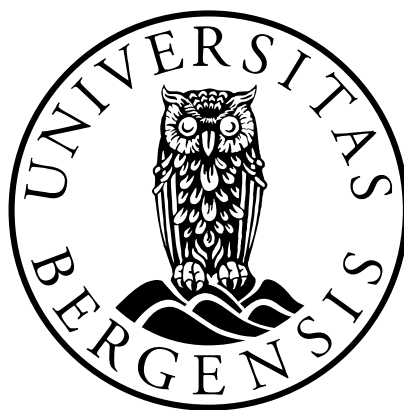


Innleie og bemanningsentreprise

*En analyse av grensen mellom innleie etter aml.
§ 14-12 og bemanningsentreprise, og hvilken
betydning grensen har for arbeidslivets aktører*

Kandidatnummer: 74

Antall ord: 13 872



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11.12.2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	4
1.1	Introduksjon av temaet.....	4
1.2	Problemstillingen.....	5
1.3	Aktualitet.....	5
1.4	Avgrensning.....	6
1.5	Metode og rettskilder.....	7
1.6	Oppgavens oppbygning.....	8
2	Innleie	10
2.1	Hva er innleie?.....	10
2.2	Vilkår aml. § 14-12.....	11
2.2.1	Aml. § 14-12 første, andre og tredje ledd.....	12
2.2.2	Aml. § 14-12 sjette og syvende ledd.....	13
2.3	Grensen mot aml. § 14-13.....	14
2.4	Virksomheters alternativer til innleie.....	15
3	Bemanningsentreprise	16
3.1	Hva er bemanningsentreprise?.....	16
3.2	Vilkår.....	18
4	Grensen mellom innleie og bemanningsentreprise	19
4.1	Innledning.....	19
4.2	Analyse av momentene i aml. § 14-12 femte ledd første punktum.....	21
4.2.1	Oppdragsgiver (innleier) har ledelsen av arbeidet.....	22
4.2.2	Oppdragsgiver (innleier) har ansvar for resultatet.....	24
4.3	Analyse av momentene i aml. § 14-12 femte ledd andre punktum.....	26
4.3.1	Det i hovedsak skal leveres arbeidskraft.....	26
4.3.2	Arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet.....	28
4.3.3	Arbeidet dekker et vedvarende arbeidskraftsbehov hos oppdragsgiver.....	29
4.3.4	Arbeidet skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet.....	31
4.4	Helhetsvurdering.....	32
4.5	En vurdering av Norwegian-dommen sett i lys av lovendringen: Har rettstilstanden endret seg etter lovfestingen?.....	35
5	Rettslige virkninger av ulovlig innleie, og risikoen for omgåelse	40
5.1	Innledning.....	40
5.2	Arbeidstilsynets kamp aml. § 18-6 første ledd.....	41
5.3	Kollektivt søksmål aml. § 17-1 femte ledd.....	41
5.4	Likebehandling og solidaransvar aml. §§ 14-12 a til 14-12 c.....	42
5.5	Arbeidstaker krever erstatning aml. § 14-14 andre ledd.....	42

5.6	Arbeidstaker krever fast ansettelse aml. § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-14	42
5.7	Risikoen for omgåelse	44
6	Avslutning	46
	Kilderegister	47
	Liste over figurer	51

1 Innledning

1.1 Introduksjon av temaet

Innenfor rammene av lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.) har virksomheter flere handlingsalternativer for å tilegne seg arbeidskraft. Hovedregelen i arbeidsretten er at arbeidstakere skal ha fast ansettelse i virksomheten der arbeidet blir utført, jf. aml. § 14-9 første ledd. Dette fremmer lovens formål om å sikre «trygge ansettelsesforhold», jf. aml. § 1-1 bokstav b. Arbeidsmiljøloven åpner imidlertid for unntak fra hovedregelen. Arbeidsgivere kan benytte seg av midlertidig ansettelse i samsvar med aml. § 14-9 andre ledd og innleie i henhold til aml. §§ 14-12 og 14-13. I tillegg har virksomheter anledning til å benytte seg av bemanningsentreprise. Dette er ikke lovfestet i arbeidsmiljøloven, men er en del av kontraktsrettens område.

Tidligere har grensedragingen mellom innleie etter aml. § 14-12 og bemanningsentreprise vært basert på kriterier utledet fra forarbeider og rettspraksis.¹ Den nye lovendringen som trådte i kraft 1. april 2023 har lovfestet grensen i aml. § 14-12 femte ledd. Samtidig er muligheten for innleie når arbeidet er av «midlertidig karakter» fjernet, jf. aml. § 14-9 andre ledd. Målet med lovendringen er å redusere bruken av innleie, for å oppnå formålet om trygge ansettelsesforhold og bevare topartsrelasjonen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

Innleieregelverket har vært gjenstand for politisk kontrovers og har hatt en betydelig innvirkning på utviklingen av norsk arbeidsliv gjennom historien. I 1947 ble det innført totalforbud mot innleie grunnet et ønske om faste ansettelser i etterkrigstiden. Forbudet ble liberalisert tidlig på 2000-tallet slik at det var adgang for innleie innenfor alle yrker. Støre-regjeringen gjennomførte innstramminger i 2023. Innstrammingerne begrunnes med en presumsjon om at bruk av bemanningsbyråer resulterer i en reduksjon av arbeidstakernes grad av innflytelse, færre fagorganiserer seg, og det oppstår en økt ulykkesrisiko.²

Partene som har vært imot denne lovendringen mener at den fører til redusert fleksibilitet for virksomheter som opplever svingninger i bemanningsbehovet, og større risiko for

¹ Se Ot.prp.nr.70 (1998–1999) s. 16, Rt. 2013 s. 998 (Quality People) og HR-2018-2371-A (Norwegian).

² Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 26.

permitteringer og nedbemanninger. De som er for å begrense adgangen til innleie argumenterer for at det foregår et stort omfang av ulovlig innleie, og at det utfordrer lovens hovedregel om faste ansettelses. De ønsker å begrense bemanningsbransjens omfang og rolle i arbeidslivet, og prioritere topartsrelasjonen.

1.2 Problemstillingen

Oppgavens problemstilling er å analysere grensedragningen mellom innleie etter aml. § 14-12 og bemanningsentreprise. Det er en del likhetstrekk på disse to formene for ekstern arbeidskraft, som vil medføre at det ikke alltid er gitt hvorvidt noe skal kategoriseres som innleie eller bemanningsentreprise.

Grensedragningen vil bero på en helhetsvurdering av momenter som er lovfestet i aml. § 14-12 femte ledd. Det er det reelle arbeidsforholdet som skal vurderes, og ikke hvordan partene selv betegner avtalen. Rettspraksis illustrerer allikevel at avtalen utgjør et sentralt element i prosessen med å fastsette grensedragningen.³ Dersom det avtalte ikke utgjør virkeligheten, vil vurderingen primært baseres på det som er realiteten.

En avgjørelse på om det foreligger et innleieforhold eller bemanningsentreprise vil ha betydning for rettigheter og plikter for arbeidslivets aktører. Derfor vil de rettslige konsekvensene av at det foreligger ulovlig innleie bli behandlet.

1.3 Aktualitet

Grensen mellom innleie og bemanningsentreprise har vært en aktuell problemstilling over lengre tid, spesielt sett i lys av det moderne arbeidsliv hvor det er behov for fleksibilitet og effektivitet. Arbeidsmarkedet er i stadig endring blant annet som følge av konkurranse fra utlandet, teknologiske løsninger og økonomiske svingninger. Norwegian-dommen,⁴ som blir behandlet i avhandlingens punkt 4.1, illustrerer dette. Der ble det gjort omfattende omorganiseringer i konsernet som aktualiserte grensen mellom innleie og bemanningsentreprise.

³ Se for eksempel HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 81.

⁴ HR-2018-2371-A (Norwegian).

Formålet med lovfestingen av aml. § 14-12 femte ledd er at det skal være enklere å skille mellom arbeidsinnleie og bemanningsentreprise, slik at det skal medføre større forutberegnelighet i grensedragningen. Kartlegging rundt innleie tyder på at «mellom 23 og 36 prosent av arbeidsgiverne som deltok i undersøkelsen oppga at de kan ha leid inn arbeidstakere uten å ha adgang til dette etter regelverket, og uten å ha avtale med tillitsvalgte».⁵ Dette viser til at arbeidsgivere har misbrukt innleiereglene.

Ettersom det nå har blitt gjort endringer og innstramminger i innleieregelverket så vil grensen mellom innleie og bemanningsentreprise få en forsterket aktualitet. Når innleieregelverket ble strammet inn ble det uttrykt bekymring for at det skulle medføre at innleie feilaktig ble klassifisert som bemanningsentreprise, som et forsøk på å omgå innstramningene.⁶ For å unngå dette ble grensen mellom innleie og bemanningsentreprise lovregulert i aml. § 14-12 femte ledd.

1.4 Avgrensning

Fokuset i avhandlingen er reguleringen i arbeidsmiljøloven, og det avgrenses dermed mot tilfeller som følger av statsansattloven⁷ og annen spesiallovgivning.

Arbeidsmiljølovens regler om innleie av arbeidskraft kan deles inn i to former. Den ene formen er «Innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie» etter aml. § 14-12, mens den andre formen er «Innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie» etter aml. § 14-13. Sondringen mellom disse to bestemmelsene er viktig ettersom brudd på reglene utløser ulike rettsvirkninger. Det følger av aml. § 14-14, jf. § 14-12 fjerde ledd at ved brudd på bestemmelsen i aml. § 14-12 så vil den innleide arbeidstakeren etter mer enn tre års sammenhengende innleieforhold ha rett til fast ansettelse hos innleier. En tilsvarende rett til fast ansettelse har ikke arbeidstakeren etter aml. § 14-13. Fokuset vil bli rettet mot grensen mellom aml. § 14-12 og bemanningsentreprise ettersom problemstillingen gjør seg særskilt aktualisert som følge av den nylige lovfestingen. Oppgaven avgrenses mot grensen mellom innleie etter aml. § 14-13 og bemanningsentreprise.

⁵ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 30.

⁶ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 43-44.

⁷ Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven) § 11.

Grensen mellom innleie og bemanningsentreprise har betydning for virksomheters forpliktelser overfor offentlige myndigheter. Det har blant annet betydning for spørsmål om arbeidsgiveravgift og skatterettslige spørsmål. Oppgaven avgrenses mot slike spørsmål.

Det skilles mellom oppdrag utført av selvstendig næringsdrivende og bemanningsentreprise. Selvstendig næringsdrivende er ofte organisert som enkeltpersonsforetak, mens bemanningsentrepriser er oppdrag utført av bedrifter med egne ansatte. Det avgrenses mot selvstendig næringsdrivende, ettersom det er grensen mot bemanningsentreprise som har blitt lovfestet. Entreprisekontrakter reguleres av alminnelig kontraktsrett, og det avgrenses mot kontraktsrettslige problemstillinger i forbindelse med entreprise.

1.5 Metode og rettskilder

Fremgangsmåten for å besvare problemstillingen er bruk av rettsdogmatisk metode. Det er en disiplin innenfor rettsvitenskapen som har til hensikt å fremstille og klargjøre hva som er gjeldende rett.⁸ Et formål med rettsdogmatiske tekster er å formidle kunnskap om hva som finnes av lovgivning, praksis, teori og andre relevante rettskilder. En ytterligere hensikt innebærer å bidra med egne analyser av området.⁹

Før lovfesting var grensedragningen ulovfestet. De relevante rettskildene var forarbeid og rettspraksis. Ettersom vurderingen nå er lovfestet i aml. § 14-12 femte ledd så vil dette være det rettskildemessige grunnlaget for analysen. Ordlyden i bestemmelsen er klar på hvilke momenter som skal vurderes og vektlegges, men inneholder skjønnsmessige vilkår.

Arbeidsmiljøloven er en lov som har til formål å verne om arbeidstakere. Loven skal blant annet sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet, jf. aml. § 1-1 bokstav b. Det følger av aml. § 1-9 at loven er ufravikelig, det betyr at loven ikke kan fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker. Tilsvarende lovregulering har ikke bemanningsentreprise.

Forarbeidene til lovendringen står sentralt, ettersom forarbeidene må benyttes for å tolke hva lovgiver mener er innholdet i momentene.¹⁰ Lovforarbeidene får stor rettskildemessig vekt i

⁸ Se Aarli og Mæhle. *Juridisk metode i et nøtteskall*, Gyldendal (2018) s. 112.

⁹ Se Graver: «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» (2008) s. 158.

¹⁰ Lov 20. desember 2022 nr. 99 Endringslov til arbeidsmiljøloven m.m.

analysen av momentene i kapittel 4 ettersom det er et begrenset omfang av andre relevante rettskilder.¹¹

Ettersom lovendringen er ny, er det begrenset rettskildemateriale om problemstillingen. En metodisk utfordring er at det kan føre til usikkerhet rundt den skjønnsmessige helhetsvurderingen som domstolen står fritt til å gjøre, ettersom det ikke finnes dommer som behandler problemstillingen etter lovendringen. Det er likevel et krav for domstolene å utvise lojalitet ovenfor lovgiver. Domstolen må dermed begrense sine tolkninger og slutninger til de retningslinjer som lovgiver har nedfelt i lovgivningen, og dens tilhørende forarbeid. Rettspraksisen som er fra før lovendringen vil fortsatt være relevant ettersom en del av momentene i aml. § 14-12 femte ledd er lovfesting av gjeldende rett. Det samme gjelder for eldre forarbeid før lovendringen.

Grensen mellom innleie og bemanningsentreprise er et tema som ikke har god dekning i litteraturen verken før eller etter lovfesting. Eldre litteratur kan imidlertid bidra til å belyse sentral rettspraksis på området, og hva som kjennetegner innleie og bemanningsentreprise. En metodisk utfordring er at det ikke eksisterer juridisk teori om grensen etter lovfesting. Det blir derfor lagt liten vekt på juridisk teori i oppgaven. Det medfører at vurderingene fra forarbeidene får en enda mer sentral rolle i analysen.

1.6 Oppgavens oppbygning

Oppgaven er delt inn i fire hovedkapitler. I de to påfølgende kapitlene vil det bli forklart hva som menes med innleie og bemanningsentreprise. En deskriptiv behandling av disse to formene for arbeidskraft er nødvendig, ettersom det danner grunnlaget for analysen av grensen mellom innleie og bemanningsentreprise i kapittel 4.

I kapittel 2 blir innleie forklart (punkt 2.1), etterfulgt av en presentasjon av de ulike leddene i den sentrale bestemmelsen aml. § 14-12 (punkt 2.2). Dette gir innsikt i rekkevidden til bestemmelsen, herunder endringer i innleieregelen. Videre viser presentasjonen at det er enkelte yrker der innleie av midlertidig karakter er lovlig og andre yrker hvor det er totalforbud mot innleie. Hensikten med å gi en oversikt over disse endringene er at det kan

¹¹ Se Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, (2012) s. 66-67 og 159 om forarbeiders vekt.

bidra til å kaste lys over hva som er lovgivers vilje ved å lovfeste grensedragningen i aml. § 14-12 femte ledd, nemlig målet om trygge ansettelsesforhold. Innleiebegrepet i avhandlingen er avgrenset til innleie etter aml. § 14-12 første ledd, men det vil i 2.3 bli redegjort for grensen mot aml. § 14-13 for å vise forskjellen på disse bestemmelsene. Til slutt i 2.4 vil alternative tilnæringer til innleie bli kort presentert, med et eksempel på hvordan et bemanningsbyrå løser det nye regelverket.

Videre vil det i kapittel 3, nærmere bestemt 3.1, bli redegjort for hva entreprise er, og bli forklart hva som menes med begrepet bemanningsentreprise. Deretter vil vilkårene for entreprisekontrakter blir presentert i 3.2.

Avhandlingens hoveddel følger av kapittel 4 og 5. Her vil analysen av selve grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise bli foretatt. I 4.2 og 4.3 vil det bli foretatt en analyse av alle momentene i aml. § 14-12 femte ledd. Videre vil det bli greidd ut om helhetsvurderingen i 4.4. I punkt 4.5 vil det bli sett på om lovfestingen medfører en endring av rettstilstanden, og om utfallet i Norwegian-dommen ville blitt annerledes etter lovfestingen. Deretter vil betydningen av grensen, samt virkningen av ulovlig innleie, gjøres rede for i kapittel 5. Hoveddelen vil bli avsluttet med risikoen for omgåelse i 5.7.

Avslutningsvis vil grensedragningen bli kort sammenfattet i kapittel 6.

2 Innleie

2.1 Hva er innleie?

Begrepet innleie er ikke legaldefinert i loven, men begrepet utleie er definert i arbeidsmarkedsloven § 25 andre ledd. Det følger av § 25 andre ledd at

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

I definisjonen av utleie vil definisjonen av innleie ligge implisitt.¹² Innleie er at man leier inn arbeidskraft, og det brukes som et alternativ når arbeidsgiver har behov for midlertidig arbeidskraft. I norsk rett har man to former for innleie, som er uttømmende regulert i aml. §§ 14-12 og 14-13. Den nye reguleringen i aml. § 14-12 femte ledd inneholder en egen definisjon av hva innleie innebærer. Det er her angitt hvilke momenter som har betydning for om en avtale mellom to virksomheter skal anses som innleie, eller motsetningsvis som bemanningsentreprise.

Arbeidsmiljølovens regler om innleie av arbeidskraft er en gjennomføring av EUs vikarbyrådirektiv.¹³ Formålet med direktivet er blant annet «protection of temporary agency workers» og «improve the quality of temporary agency work».¹⁴ Muligheten for innleie skaper større fleksibilitet i arbeidslivet, men medfører at den innleide ikke har stillingsvern i virksomheten som vedkommende er innleid til.¹⁵

Innleie skiller seg fra alminnelige arbeidsforhold. Et alminnelig arbeidsforhold er et topartsforhold, mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Derimot så er et innleieforhold et trepartsforhold, mellom arbeidstaker, utleiebedriften og innleiebedriften.¹⁶ En innleid

¹² Ot.prp. nr. 62 (2003-2004) Om lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) s. 36.

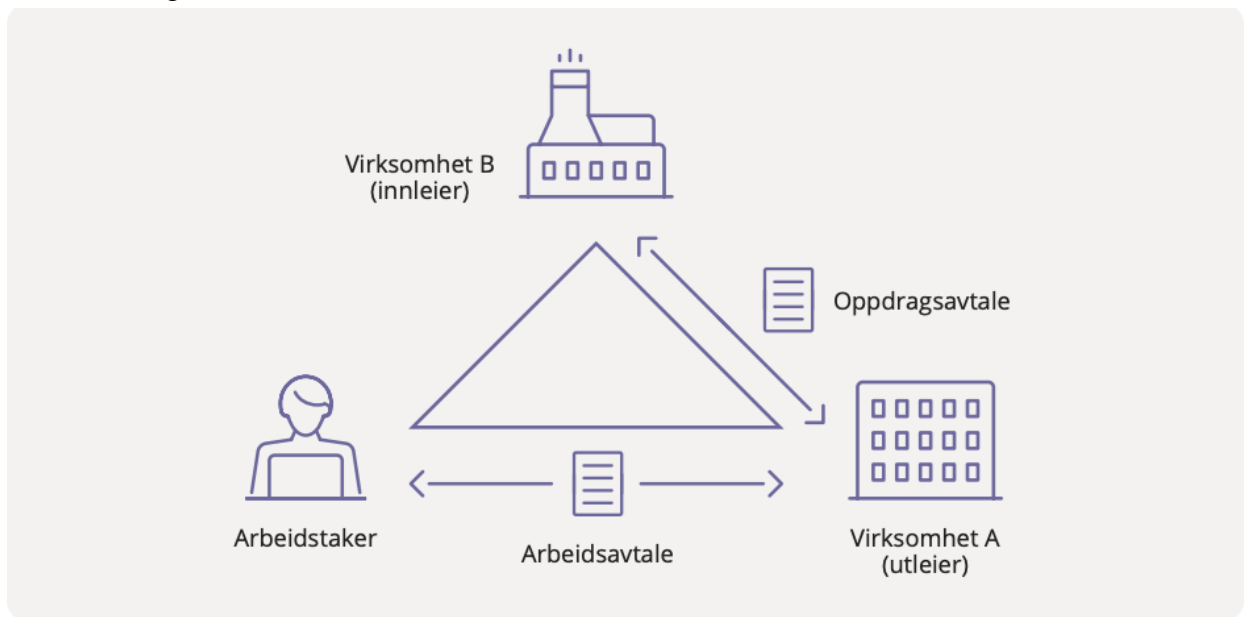
¹³ Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2008/104/EF om vikararbeid.

¹⁴ Se europaparlamentets- og rådsdirektiv 2008/104/EF om vikararbeid artikkel 2.

¹⁵ Storeng mfl., *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utgave., Universitetsforlaget 2020 s. 136.

¹⁶ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Arbeidsrett: Individuelle og kollektive emner*, 3. utg., Gyldendal (2022) s. 245.

arbeidstaker er ansatt hos en arbeidsgiver og blir for en periode utleid til en annen virksomhet. Mellom den utleide arbeidstakeren og arbeidsgiveren (utleier) foreligger et vanlig ansettelsesforhold, som er regulert av arbeidsmiljøloven. Det betyr at det er utleier som hovedsakelig er ansvarlig for å oppfylle arbeidsgiverforpliktelsene som følger av arbeidsmiljøloven og arbeidsavtalen. Innleier vil ha styringsrett, men er i tillegg pålagt visse arbeidsgiverplikter ovenfor den innleide arbeidstakeren. For eksempel er innleier pålagt å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø, jf. aml. § 2-2. Mellom de to virksomhetene (utleier og innleier) foreligger et oppdragsforhold basert på en oppdragsavtale, og slike avtaler reguleres av alminnelig kontraktsrett.



(Figur 1: illustrerer trepartsforholdet ved et innleieforhold).¹⁷

2.2 Vilkår aml. § 14-12

Det følger av aml. § 14-12 første ledd at

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

Denne bestemmelsen regulerer innleie fra de typiske bemanningsforetakene som baserer sin virksomhet på å tilby arbeidskraft til utleie. Det som er karakteristisk for denne bransjen er at de ikke har andre oppgaver ut over dette. Bemanningsforetaket må være registrert i

¹⁷ Figur 1 er hentet fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet, *veileder: Innleie av arbeidskraft*, (2023) s. 5.

Arbeidstilsynets register over bemanningsforetak for å drive lovlig med utleie.¹⁸ Mellom årene 2012 og 2019 utgjorde innleie fra bemanningsbransjen omtrent 1,7 til 1,9 prosent av sysselsettingen i Norge.¹⁹

Nedenfor vil aml. § 14-12 første til tredje, sjette og syvende ledd bli kort presentert for å gi en oversikt over endringer og rekkevidden til bestemmelsen. Endringene i bestemmelsen klargjør tydelig lovgivers intensjon om å redusere bruken av innleie, med det overordnede målet om å fremme stabile og faste ansettelsesforhold. Arbeidsmiljøloven § 14-12 fjerde og femte ledd vil bli grundigere behandlet i oppgavens kapittel 4, og blir derfor ikke gjennomgått i denne delen.

2.2.1 Aml. § 14-12 første, andre og tredje ledd

Etter lovendringen er innleie kun lovlig til rene vikariater, praksisarbeid, arbeid i forbindelse med idrett og ved arbeidsmarkedstiltak, jf. aml. § 14-9 andre ledd bokstav b til e. Tidligere omfattet lovligheten av innleie også aml. § 14-9 andre ledd bokstav a, som er «når arbeidet er av midlertidig karakter», typisk prosjekt-, sesongarbeid og arbeidstopper. Lovgiver begrunner opphevelsen av «midlertidig karakter» med at denne formen for innleie bidrar til å fortrenge direkte ansettelser i topartsrelasjon. Vurderingen av «midlertidige karakter» berodde på en bred skjønnsmessig vurdering, som åpnet for misforståelser og misbruk, og kunne generelt gjøre det mulig å basere et permanent behov for arbeidskraft på innleie.

Det er videre mulig å inngå avtale om innleie for virksomheter som er bundet av tariffavtale med fagforening, jf. aml. § 14-12 andre ledd. Bestemmelsen regulerer virksomhetens frie adgang til å benytte seg av innleie dersom vilkårene for dette er oppfylt. For det første er det et krav om at avtalen må være inngått med en fagforening som har innstillingsrett. Det vil si en fagforening som har «minst 10 000 arbeidstakere som medlemmer», jf. arbeidstvistloven § 39. For det andre krever avtalen samtykke fra de tillitsvalgte som representerer flertallet av arbeidstakerkategorien det skal leies inn fra. Det betyr for eksempel at en tillitsvalgt som representerer 40 prosent av kontorpersonale ikke kan inngå avtale om innleie av kontorpersonale, ettersom den tillitsvalgte ikke representerer flertallet av denne arbeidstakerkategorien. Den samme tillitsvalgte kan heller ikke inngå avtale om innleie av

¹⁸ Forskrift 4. juni 2008 nr. 541 om bemanningsforetak § 10, jf. § 6.

¹⁹ Fafo-notat 2021:17 s. 20.

lagerarbeidere eller butikkpersonale, ettersom vedkommende ikke representerer samme arbeidstakerkategori.²⁰

Arbeidsgiver plikter å «drøfte» bruken av innleie og kravet om likebehandling minst en gang per år med de tillitsvalgte, jf. aml. § 14-12 tredje ledd. Ettersom det skal foretas drøftelse, er det ikke noe krav at arbeidsgiver og tillitsvalgte er enige om bruken av innleie.²¹

2.2.2 Aml. § 14-12 sjette og syvende ledd

Lovgiver har gjennom forskrift innført et forbud fra 1. april 2023 mot innleie fra bemanningsforetak til bygningsarbeid på byggeplasser i Oslo, Viken og tidligere Vestfold.²² Denne adgangen til å treffe forbud av innleie for visse arbeidstakergrupper eller på visse områder er lovregulert i aml. § 14-12 sjette ledd. Forbudet gjelder selve bygningsarbeidet. Begrunnelsen for forbudet er at innleie i byggenæringen i Oslo-området er markant høyere enn i resten av landet.²³ I byggenæringen er innleie av arbeidskraft vanlig for å få dekket et midlertidig behov for arbeidskraft.²⁴ Dette er en næring som er prosjektbasert, og kjennetegnes dermed av et varierende behov for arbeidskraft. Forbudet er begrenset til å gjelde selve bygningsarbeidet, dermed er innleie av støttepersonell til bygningsarbeid fortsatt lovlig.

Det er fastsatt særregler om innleie på visse områder i forskrift.²⁵ Det er gjort lovlig å leie inn arbeidskraft fra bemanningsforetak ved midlertidig behov for helsepersonell, jf. aml. § 14-12 syvende ledd. Videre er det gjort lovlig med innleie av spesialkompetanse som utfører rådgivning- og konsulenttjenester i avgrensede prosjekter, jf. aml. § 14-12 syvende ledd. Innleie på disse områdene er dermed tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 andre ledd bokstav a.

²⁰ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.4.

²¹ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utg, Gyldendal (2017) s. 163.

²² Forskrift 11. januar 2013 nr. 33 om innleie fra bemanningsforetak § 4.

²³ Prop.131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 62.

²⁴ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Arbeidsrett: Individuelle og kollektive emner*, 3. utg., Gyldendal (2022) s. 246.

²⁵ Forskrift 11. januar 2013 nr. 33 om innleie fra bemanningsforetak § 3.

2.3 Grensen mot aml. § 14-13

Arbeidsmiljøloven skiller mellom to former for innleie. Innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie (bemanningsforetak) reguleres av aml. § 14-12. Mens aml. § 14-13 regulerer innleie fra virksomhet som ikke har som formål å drive utleie, som eksempel nevner forarbeidene ordinære virksomheter eller produksjonsbedrifter.²⁶ Sondringen mellom bestemmelsene er viktig, ettersom adgangen til innleie etter aml. § 14-13 er mer liberal, og det er ulike virkninger ved brudd på reglene.

Arbeidsmiljøloven § 14-13 regulerer at en virksomhet kan leie ut arbeidstakere ved for eksempel et midlertidig overskudd på arbeidskraft. Vilkårene for innleie etter denne bestemmelsen er for det første at den innleide arbeidstakeren er «fast ansatt hos utleier», jf. aml. § 14-13 første ledd første punktum. Videre følger det av aml. § 14-13 første ledd andre punktum at utleie må skje «innenfor de samme fagområdene som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse» og at utleieaktiviteten «ikke omfatter mer enn 50 prosent av de fast ansatte hos utleier». Dersom vilkårene ikke er oppfylt, for eksempel ved at virksomheten leier ut mer enn 50 prosent av arbeidstakerne, er det ikke hjemmel for innleie i medhold av aml. § 14-13. Konsekvensen er at virksomheten anses for å ha utleie som formål, jf. aml. § 14-12.²⁷

Typiske kjennetegn for virksomheter som ikke har utleie som formål, er at deres hovedformål er egenproduksjon, men utleie er et resultat av markedssvingninger. Grunnen til at det er større adgang til inn- og utleie etter aml. § 14-13 er at det kan være et alternativ til permittering, oppsigelse og nedbemanning. Den vide innleieadgangen reduseres gjennom aml. § 14-13 andre ledd, som oppstiller et avtalekrav. Det følger nemlig av andre ledd at innleie som «overstiger 10 prosent av de ansatte hos innleier» eller innleieforhold som har «varighet ut over ett år», må inngås med en skriftlig avtale sammen med tillitsvalgte.

Selv om minimumsvilkårene er oppfylt, viser forarbeidene til at en skjønnsmessig helhetsvurdering av utleievirksomheten kan resultere i at virksomheten anses å ha utleie som formål, jf. aml. § 14-12.²⁸ I Rt. 2013 s. 1730 (YIT) var en arbeidstaker ansatt i en virksomhet som ikke hadde som formål å drive med utleie, men var under hele ansettelsesperioden i

²⁶ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 49.

²⁷ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utg, Gyldendal (2017) s. 160.

²⁸ Se Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50 og Ot.prp. nr. 56 (2006-2007) s. 17.

arbeid for et annet selskap. Arbeidstakeren hadde heller ikke noen stilling i utleieselskapet å gå tilbake til. Høyesterett kom til at leieforholdet lå så fjernt fra det aml. § 14-13 var ment å omfatte, at utleien ikke kunne hjemles i denne bestemmelsen. Konklusjonen i dommen ble at utleieforholdet var omfattet av aml. § 14-12, og arbeidstakeren fikk rett på fast ansettelse.

For en innleid arbeidstaker kan skillet mellom bemanningsforetak og produksjonsbedrift være avgjørende for hvilke rettigheter og arbeidsvilkår vedkommende har. Når det gjelder innleie fra bedrifter som ikke har til formål å drive utleie så er det ingen rettslige reaksjoner ved brudd på bestemmelsen. Det vil si at arbeidstakeren ikke har samme rett til fast ansettelse som man har etter aml. § 14-12, i tillegg til at likebehandlingreglene og solidaransvaret i aml. §§ 14-12 a til 14-12 c ikke gjør seg gjeldende. Grensen mot aml. § 14-13 vil ikke behandles videre.

2.4 Virksomheters alternativer til innleie

Innstramningen i adgangen til innleie fra bemanningsforetak vil antakelig medføre at flere øker grunnbemanningen gjennom fast ansettelse. Dette er hovedformålet med lovendringen. Det er mulig å leie ut egne arbeidstakere til en annen virksomhet, jf. aml. § 14-13 dersom virksomheten opplever perioder uten arbeid. Et annet alternativ er økt bruk av overtid på egne ansatte. Midlertidig ansettelse kan fremdeles benyttes som et alternativ, og det er å foretrekke fremfor innleie fordi det er et topartsforhold.²⁹ Et siste alternativ kan være utsetting av bemanningsentrepriser til andre virksomheter.

For bemanningsforetakene medfører lovendringen en begrensning i deres virksomhet, selv om de fortsatt vil kunne tilby vikartjenester. Det kan se ut til at bemanningsbransjen har tilpasset seg det nye regelverket ved å fungere som en rekrutteringstjeneste for midlertidig ansettelse. Bemanningsbyrået Manpower kaller sin nye løsning for kompetanselån.³⁰ Løsningen går ut på at Manpower gjennomfører rekrutteringsprosessen på vegne av en virksomhet, og virksomheten ansetter arbeidstakeren midlertidig.

²⁹ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 31-32.

³⁰ Manpower, «Kompetanselån» <https://www.manpower.no/nb/bedrift/kompetanselan>. Lest 31.10.2023.

3 Bemanningsentreprise

3.1 Hva er bemanningsentreprise?

Entreprise har, i likhet til innleie, ingen legaldefinisjon. Forarbeidet til den gamle sysselsettingsloven av 1947 la til grunn at:³¹

En entreprise defineres gjerne som en avtale om at den ene part i et kontraktsforhold (entreprenøren) mot vederlag skal utføre et bestemt arbeid for en annen part, oppdragsgiveren.

Definisjonen har blitt lagt til grunn i senere rettspraksis, og den har derfor fått en større rettskildemessig vekt.³² Hva som er entreprise er imidlertid ikke lovregulert. Entreprise er en kontrakt mellom virksomheter. Det er i all hovedsak utenfor arbeidsmiljøloven, og reguleres gjennom kontraktsrettens regler. Kontraktsrettslig vil entreprise omfatte ulike anskaffelser, herunder alt fra kjøp av rørleggertjenester i et privat hjem til milliardkontrakter om store byggeprosjekter.³³ Bruken av entrepriser er utbredt ettersom det er svært praktisk når man har behov for spesialkompetanse, uten at man vil eller har muligheten til å ansette flere arbeidstakere i virksomheten. Bruken av entrepriser bygger derfor ofte på et midlertidig behov for sakkyndige. Entrepriser representerer en legitim, fleksibel, nødvendig og bedriftsøkonomisk gunstig arbeidsdeling mellom virksomheter.

Entreprise kjennetegnes av at en virksomhet (oppdragstaker/entreprenør) benytter egne arbeidstakere for å utføre et oppdrag for en annen virksomhet (oppdragsgiver), og arbeidstakerne er underlagt entreprenørens tilsyn og ledelse.³⁴ Et entrepriseforhold er en resultatorientert kontrakt der entreprenøren forplikter seg til å levere et bestemt resultat til oppdragsgiver. Det er entreprenøren som bestemmer fremgangsmåten for å oppnå det bestilte resultatet. Entreprenøren kan derfor benytte seg av underentreprenører for å oppnå resultatet. Tradisjonelt har entreprise vært forbundet med tidsbegrensede avtaler om levering av et produkt, vare eller tjeneste. Når arbeidet er ferdigstilt, avsluttes oppdraget, og entreprenøren

³¹ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23.

³² Rt. 2013 s. 998 (Quality People) avsnitt 47.

³³ NOU 2021: 9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv s. 293.

³⁴ NOU 2021: 9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv s. 289.

og hans arbeidstakere drar videre til neste oppdrag. Virksomheter kan anse det som mer hensiktsmessig å leie inn entreprenører, ettersom det kan være mer fleksibelt og innebære mindre risiko enn å ansette selv.³⁵ Inngåelse av entrepris kan være et attraktivt valg ettersom arbeidsgiveransvaret innebærer kostnader og risiko. Denne typen entrepris kontrakter som er presentert ovenfor, er ofte forbundet med arbeid i bygg- og anleggsbransjen. Entrepris er svært vanlig på dette området, men entrepris kontrakter kan også inngås på et variert spekter av områder, slik som det redegjøres for nedenfor.

Begrepet bemanningsentrepriser benyttes gjerne når det er snakk om tjenesteoppdrag som innebærer en leveranse av arbeidskraft. Det har de siste årene blitt mer vanlig å benytte entrepris kontrakter på mer varig basis ved å sette ut (såkalt «outsource») ulike støttefunksjoner, som kantinedrift, renhold og vaktjenester. Formålet med slike entrepris avtaler er at virksomheten kan konsentrere seg om sine kjerneområder, og overlate støttefunksjonene til andre virksomheter.

Bemanningsentrepris innebærer at det er en levering av en løpende tjeneste. Dette begrepet ble benyttet i Rt. 2013 s. 998 (Quality People) og HR-2018-2371-A (Norwegian) for å forklare hva slags type entrepris det dreide seg om. Dommene illustrerer at entrepris kontrakter blir benyttet i ulike bransjer og ikke bare i bygg- og anleggsbransjen. Bemanningentrepris kan «likestilles med tjenestekjøp mellom virksomheter hvor arbeidskraft eller bemanning utgjør den bærende innsatsfaktoren, men hvor det samtidig er avtalt resultatforpliktelse».³⁶ Denne underkategorien av entrepris har dermed store likehetstrekk til innleie av arbeidskraft, og grensen kan være vanskelig å trekke. Den nye definisjonen i aml. § 14-12 femte ledd andre punktum er ment å være særlig relevant ved avgrensning mot bemanningentrepriser. Det vil medføre at flere kontrakter om tjenestekjøp kan bli ansett som innleie etter lovendringen. Det kan for eksempel tenkes at en virksomhet skal kjøpe et spesialisert oppdrag fra et ingeniørfirma for å utvikle en ny tjeneste. I slike tilfeller sitter gjerne ingeniøren i virksomhetens lokaler, og for utenforstående kan det se ut som innleie av arbeidskraft. Det er typisk slike tilfeller som kan skape tvil ved om oppdragsforholdet skal klassifiseres som innleie eller bemanningentrepris.

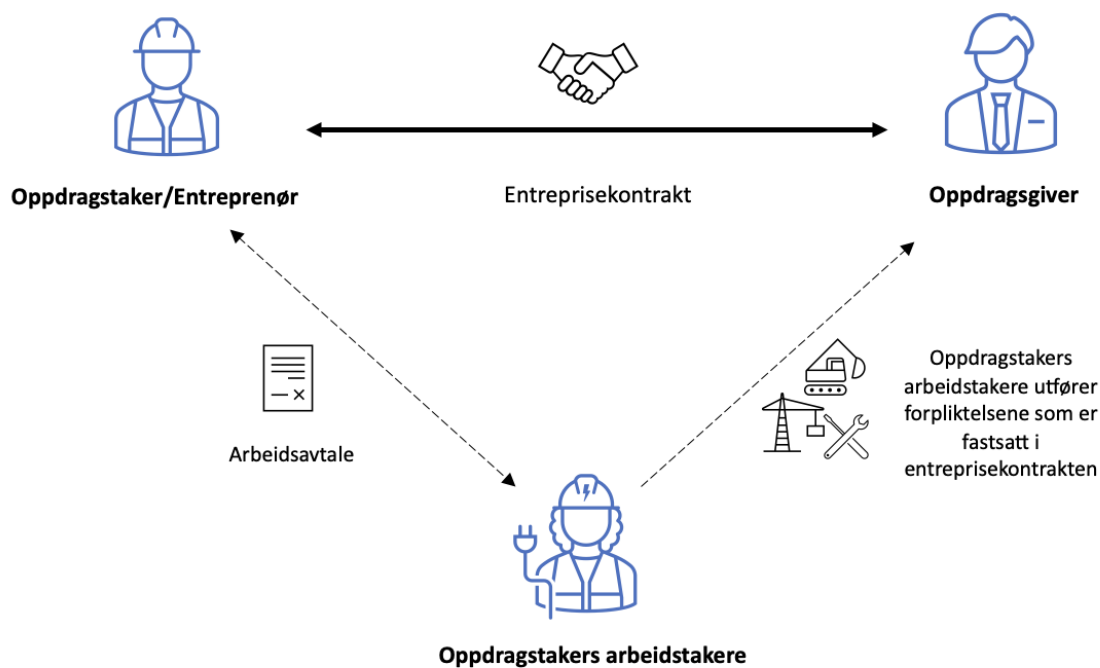
³⁵ Nicolay Skarning, *Midlertidige ansettelser: innleie og vikarbyrådirektivet* 1. utg. (2013) s. 41.

³⁶ NOU 2021: 9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv s. 290.

3.2 Vilkår

Bemanningsentreprise er ikke lovregulert, så arbeidsmiljølovens regler kommer ikke til anvendelse på dette området. Et entrepriseforhold er basert på en kontrakt, og det er denne entreprisekontrakten som regulerer forholdet mellom oppdragsgiver og oppdragstaker/entreprenør. Ettersom entreprise er ulovfestet, gjelder det avtalerettslige prinsippet om kontraktsfrihet fullt ut, men det benyttes imidlertid ofte standardkontrakter på entrepriserettens område. De primære rettskildene som gjør seg gjeldende for å stadfeste om det er tale om bemanningsentreprise er forarbeid og rettspraksis.

Mellom oppdragstaker/entreprenøren og arbeidstakerne foreligger det dermed et arbeidsforhold, som reguleres av arbeidsmiljøloven og arbeidsavtalen dem imellom.



(Figur 2: illustrerer et entrepriseforhold)³⁷

³⁷ Figur 2 har jeg laget selv.

4 Grensen mellom innleie og bemanningsentreprise

4.1 Innledning

Grensen mellom innleie og bemanningsentreprise kan i enkelte tilfeller være vanskelig å trekke. Det kan eksempelvis være utfordrende å definere tilknytningsformen når oppdraget går ut på å levere en løpende tjeneste. Bemanningsentreprise er ikke underlagt begrensninger i lov. Derfor er det avgjørende å kartlegge grensen for å avgjøre rettigheter og plikter som gjelder mellom partene. Grensedragningen må gjøres med grunnlag i aml. § 14-12 femte ledd, og det må foretas en konkret helhetsvurdering av momentene.³⁸

Det følger av aml. § 14-12 femte ledd:

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.

Enkelte av momentene innebærer lovfesting av gjeldende rett, og de må dermed tolkes i lys av forarbeidene og rettspraksis før lovfestingen.³⁹ Disse forarbeidene og dommene vil derfor fortsatt ha en sentral rolle når det kommer til vurderingen av om et forhold skal karakteriseres som innleie eller bemanningsentreprise. For oversiktens skyld vil momentene fra forarbeidene og faktum fra rettspraksis presenteres nedenfor.

Før lovfestingen var grensen mellom innleie og bemanningsentreprise basert på ulovfestede

³⁸ Se Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 47.

³⁹ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 66.

kriterier som ble utarbeidet av tjenestemannsutvalget i 1971.⁴⁰ Disse kriteriene ble videreført av Blaalid-utvalget.⁴¹

Disse momentene var følgende:

Momentene for at det er bemanningsentreprise:

- ledelsen av arbeidet er hos entreprenøren og ikke hos oppdragsgiver,
- antall arbeidstakere som nyttes på oppdraget er uvedkommende for oppdragsgiver,
- det er avtalt en fast pris,
- oppdraget er klart avgrenset,
- entreprenøren har et selvstendig ansvar for resultatet, og
- entreprenøren nytter egne materialer og verktøy.

Momentene for at det er utleie av arbeidskraft:

- 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

Momentlisten er ikke uttømmende.⁴² Rettspraksis kan belyse momentene og deres betydning. Det er særlig to dommer fra Høyesterett som gjøre seg gjeldende på området, og det er Rt. 2013 s. 998 (Quality People) og HR-2018-2371-A (Norwegian).⁴³ I begge dommene var det primære rettsspørsmålet om oppdragsforholdet var innleie eller bemanningsentreprise.

⁴⁰ Ot.prp.nr.53 (1970-1971) s. 1.

⁴¹ NOU 1998: 15 Arbeidsformidling og arbeidsleie punkt 5.1.4.

⁴² Rt. 2013 s. 998 (Quality People) avsnitt 50.

⁴³ Se Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Arbeidsrett: Individuelle og kollektive emner*, 3. utg., Gyldendal (2022) s. 249-251.

Faktum i Quality People-dommen var at Quality People leverte bedriftsinterne posttjenester til Statoil. Etter hvert mistet Quality People kontrakten med Statoil, og arbeidstakerne måtte som en konsekvens av dette slutte i jobben de hadde på postkontoret. En arbeidstaker i Quality People som hadde arbeidet der sammenhengende i mer enn fire år krevde fast ansettelse ettersom han hevdet kontrakten mellom Statoil og Quality People var innleie.

I Norwegian-dommen ble det gjort omfattende omorganiseringer over lengre tid i konsernet Norwegian. Omorganiseringen resulterte i at virksomheten ble delt inn i tre områder: drift, personell og tjenester. Det førte til at pilotene og kabinansatte ble virksomhetsoverdratt fra morselskapet («NAS») til datterselskapet («NAR»). NAS skulle deretter kjøpe inn personell fra datterselskapet etter behov. Pilotene og de kabinansatte som var ansatt i NAR hevdet at NAS var deres arbeidsgiver, og at arbeidsforholdet dermed måtte klassifiseres som innleie. Høyesterett vurderte om det etter 1. september 2016 forelå bemanningsentreprise eller innleie.⁴⁴ De foretok også en vurdering av om en innleieperiode før 1. september 2016 utgjorde ulovlig innleie, denne vurderingen blir kort presentert i punkt 5.6.

I begge dommene konkluderte Høyesterett enstemmig med at det dreide seg om bemanningsentreprise.

Høyesterett viser i begge dommene til at det er en lovgiveroppgave å vurdere behovet for regelendringer.⁴⁵ Det ble fulgt opp av Fougner-utvalget der de foreslo å lovfeste momentene fra forarbeider og rettspraksis, og senere ble det vedtatt på Stortinget i desember 2022.⁴⁶

4.2 Analyse av momentene i aml. § 14-12 femte ledd første punktum

Det følger av aml. § 14-12 femte ledd første punktum at ved vurderingen av om en oppdragsavtale mellom to virksomheter innebærer innleie så skal det «særlig legges vekt» på om «oppdragsgiver har ledelsen av arbeidet» og «ansvar for resultatet». Vurderingen av om det er oppdragsgiver eller oppdragstaker som har ledelsen av arbeidet og ansvar for resultatet

⁴⁴ HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 73.

⁴⁵ Rt. 2013 s. 998 (Quality People) avsnitt 63 og HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 119.

⁴⁶ Se NOU 2021:9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv og Lovvedtak 27 (2022–2023) Lov om endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak).

er av sentral betydning ved avgjørelsen av om det foreligger innleie eller bemanningsentreprise. Disse to vurderingsmomentene innebærer lovfesting av gjeldende rett og må tolkes i lys av forarbeider og rettspraksis før lovfestingen.⁴⁷ Dette er også disse momentene som Høyesterett uttalte var de sentrale kriteriene i Norwegian-dommen.⁴⁸

4.2.1 Oppdragsgiver (innleier) har ledelsen av arbeidet

Et sentralt kjennetegn på innleie er at oppdragsgiver utøver arbeidsledelsen. Det vil si at de innleide arbeidstakerne er underlagt oppdragsgivers ledelse, styring og kontroll.

Bemanningsentreprise innebærer imidlertid at arbeidstakeren arbeider under oppdragstakerens tilsyn og ledelse. Vurderingsmomentet om arbeidsledelse innebærer at det må utøves reell styring og kontroll over arbeidet. En virksomhet som leier inn arbeidskraft vil lede oppdraget, men også den konkrete arbeidsutførelsen. På den andre siden vil en virksomhet som inngår en entreprisekontrakt med en annen virksomhet ha en viss lederrolle i prosjektet, for eksempel hvor i grunnen et rør skal legges. For at oppdragstaker skal sies å utøve ledelse over arbeidsprosessen, kreves det innenfor kontraktens rammer at det er oppdragstaker som bestemmer hvordan og når arbeidet utføres.⁴⁹ For eksempel vil det være opp til oppdragstaker å bestemme hvordan og når de ansatte utfører rørleggingen.

Fougner-utvalget viser til at beskrivelsen av vurderingsmomentet om arbeidsledelse i Ot.prp.nr.53 (1970-1971) s. 23 fortsatt er en treffende og relevant beskrivelse.⁵⁰ Et kjennetegn på bemanningsentreprise er at oppdragstakeren faktisk utøver direkte kontroll og ledelse over arbeidet. Det vil si at han selv eller gjennom en annen som er ansatt hos ham, leder, fordeler og kontrollerer det arbeid som skal utføres.⁵¹ For at det skal anses som bemanningsentreprise kreves det at oppdragstaker utøver de vanlige arbeidsledende funksjonene. Det er utilstrekkelig at oppdragstaker kun har en formell tittel som arbeidsleder eller at en av arbeidstakerne utpekes som kontaktperson mellom oppdragstaker og oppdragsgiver. Det kreves reell ledermyndighet for at forholdet skal anses som bemanningsentreprise.⁵² Videre er det nødvendig at oppdragstakeren har en viss grad av autonomi, slik at vedkommende har

⁴⁷ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 66.

⁴⁸ HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 80.

⁴⁹ Ot.prp.nr.53 (1970-1971) s. 23.

⁵⁰ NOU 2021: 9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv s. 302.

⁵¹ Ot.prp.nr.53 (1970-1971) s. 23.

⁵² Ot.prp.nr.53 (1970-1971) s. 23.

mulighet til å velge de metoder som anses som mest hensiktsmessige for å oppnå et spesifikt resultat. I motsetning til innleie så vil en entreprenør bestemme selv hvor mange, og hvem av sine arbeidstakere som skal utføre det avtalte oppdraget.

Det vil til dette momentet være relevant å se på hvem som utøver andre arbeidsgiverfunksjoner enn selve arbeidsledelsen. Et vurderingsmoment fra Blaalid-utvalget var hvem som avgjør arbeidstokkens antall og sammensetning.⁵³ Dette momentet kan ifølge Fougner-utvalget sorteres under momentet om arbeidsledelse. Det vil tale for at det foreligger innleie dersom oppdragsgiver er den som avgjør arbeidsstyrkens størrelse, sammensetning og hvilken kompetanse de må ha.⁵⁴ Det vil dermed motsatt tale for bemanningsentreprise om det er oppdragstaker som avgjør disse faktorene. Andre relevante arbeidsgiverfunksjoner som kan vurderes, er hvem som «fastsetter og kontrollerer arbeidstiden, innvilger permisjoner mv».⁵⁵

Ved vurderingen av hvem som har arbeidsledelsen vil Quality People-dommen og Norwegian-dommen være relevant.

I Quality People-dommen var spørsmålet om Quality People hadde ledelsen av arbeidet ved Posten.⁵⁶ Postkontoret var en atskilt enhet som bare bestod av ansatte fra Quality People, og det var dermed ingen grunnlag for at Statoil utøvde arbeidsledelsen. Det var mellom partene avtalt at det skulle være en «på stedet leder» fra Quality People. Denne lederen var til stede på selve postkontoret som var en fysisk adskilt serviceenhet. Lederen ble senere flyttet til et annet bygg og senere til Bergen sentrum, og var dermed ikke fysisk til stede på postkontoret som leder. Høyesterett mente at selv om det til tider var en fysisk avstand mellom arbeidstakeren og denne lederen, så spilte det ingen rolle. Fordi arbeidstakeren fortsatt hadde en leder lokalt å forholde seg til i Quality People, og det var ingen hos Statoil som erstattet denne funksjonen. Konklusjonen ble at arbeidsledelsen lå hos Quality People, og det talte sterkt for at det forelå bemanningsentreprise. Dommen illustrerer at det ikke er avgjørende om lederen er fysisk til stede så lenge lederfunksjonen er hos entreprenøren, og arbeidstakerne har en lokal kontaktperson å forholde seg til.

⁵³ NOU 1998:15 Arbeidsformidling og arbeidsleie punkt 5.1.4.

⁵⁴ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 45.

⁵⁵ Ot.prp.nr.53 (1970-1971) s. 23.

⁵⁶ Rt. 2013 s. 998 (Quality People) avsnitt 78-83.

I Norwegian-dommen var spørsmålet om det var datterselskapet («NAR») eller morselskapet («NAS») som hadde ansvaret for å lede arbeidet.⁵⁷ I avtalen var NAR forpliktet til å levere trent og kvalifisert besetning på rett sted og til rett tid, til alle oppsatte flygninger. Det var presisert i avtalen at det var NAR som bestemmer hvilken flybesetning som skal utgjøre besetningen på den enkelte flygning. Dette trakk i retning av bemanningsentreprise. Avtalen inneholdt imidlertid en klausul om at NAS kunne kreve individuelle piloter og kabinansatte erstattet dersom de ikke tilfredsstilte selskapenes kvalifikasjonskrav og myndighetsfastsatte krav. Dette var noe som kunne trekke i retning av at NAS hadde arbeidsledelse, og dermed at det skulle kategoriseres som innleie. Høyesterett kom til at det var naturlig å se på den klausulen som et utslag av retten en oppdragsgiver har til å føre kontroll. I avsnitt 85 uttrykte Høyesterett at «Oppdragsgivers kontroll, selv om den er myndighetspålagt, kan selvsagt bli så detaljert og direkte at man må konkludere med at det i praksis er oppdragsgiveren som leder arbeidet». Dommen illustrerer at det er en grense for hvor stor grad av kontroll som godtas før det er oppdragsgiver som utøver arbeidsledelsen, men at enhver form for kontroll ikke direkte medfører at tilknytningsformen må anses som innleie. Førstvoterende viste samt til at det var NAR som tok beslutninger rundt ansettelse, oppsigelse, lønn og arbeidsbetingelser. Konklusjonen ble at arbeidsledelsen lå hos NAR, og at det talte for at det forelå bemanningsentreprise.

4.2.2 Oppdragsgiver (innleier) har ansvar for resultatet

Det andre sentrale vurderingsmomentet i aml. § 14-12 femte ledd første punktum er om oppdragsgiver har ansvar for arbeidsresultatet. Dette er et viktig moment i vurderingen av om tilknytningen skal defineres som bemanningsentreprise eller innleie. Et sentralt kjennetegn på bemanningsentreprise er at oppdragsgiver betaler entreprenøren for resultatet, og ikke for arbeidsinnsatsen. En innleier betaler derimot for arbeidskraften, og må selv stå til ansvar for det arbeidsresultatet som de innleide arbeidstakerne utfører. Dersom det er oppdragsgiver som har ansvar for arbeidsresultatet vil det tale sterkt for at det foreligger innleie. Ansvar for resultatet vil rent praktisk sett, typisk være å besitte ansvar for eventuelle reklamasjoner og erstatningskrav som utløses av arbeidet som er gjort.

Dette var et moment som ikke var fremtredende i forarbeidene fra 1971, men som Blaalid-utvalget tydeliggjorde i deres innstilling. Høyesterett har også fremhevet dette momentet som

⁵⁷ HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 81-92.

særlig sentralt.⁵⁸ Derfor vil forarbeidene og rettspraksis være relevant å vurdere.⁵⁹

I Quality People-dommen la Høyesterett vekt på at Quality People hadde ledelsen av arbeidet, og at det var avtalt en fastpris. Det bekreftet at det var Quality People som hadde «resultatansvar i den forstand at selskapet ikke ville få ekstra betalt om de hadde feilkalkulert oppdraget.»⁶⁰ Det fremgikk også av avtalen at Quality People hadde det økonomiske og driftsmessig ansvaret for den daglige driften av Posten. Konklusjonen ble at resultatansvaret lå hos Quality People, og det trakk i retning av bemanningsentreprise. Dommen viser at resultatansvar har en sammenheng til vederlagsmomentet som Blaalid-utvalget fremhevet som et viktig moment. Vederlagsmomentet går ut på at dersom det er avtalt en fastpris uten mulighet for ekstra vederlag ved uforutsette hendelser så taler det for bemanningsentreprise. Dersom den innleide arbeidstakeren skal stille sin løpende arbeidskraft til disposisjon for en timespris er det tale om innleie. Vederlagsstrukturen har dermed betydning ved vurderingen av dette momentet.

I Norwegian-dommen hadde NAR (datterselskapet) ansvar for at det ble stilt kvalifisert besetning til alle flyruter. Dersom deler av flybesetningen meldte seg «not fit for flight» så var det NAR som måtte håndtere situasjonen og finne erstattere. Dersom det skjedde innstillinger eller forsinkelser grunnet flybesetningen var det NAR som skulle kompensere NAS (morselskapet) for eventuelle erstatninger til passasjerene. Når den økonomiske risikoen var plassert hos NAR så illustrerer det at selskapet hadde ansvar for å levere avtalt resultat basert på kontrakten mellom partene. Konklusjonen var at NAR hadde et klart ansvar for resultatet.⁶¹

Samlet sett viser dommene at momentet om arbeidsresultat innebærer den økonomiske risikoen forbundet med uforutsette hendelser under utføringen av oppdraget. Høyesterett vektla hvem som måtte bære den økonomiske belastningen dersom oppdraget ikke kunne gjennomføres som avtalt, eller hvem som sto ansvarlig for uforutsette merkostnader.

⁵⁸ HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 94.

⁵⁹ Innst.108 L (2022-2023) Arbeidsmiljøloven mm, lovendr s. 5.

⁶⁰ Rt. 2013 s.998 (Quality People) avsnitt 106.

⁶¹ HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 94.

4.3 Analyse av momentene i aml. § 14-12 femte ledd andre punktum

Arbeidsmiljøloven § 14-12 femte ledd andre punktum viser til andre «relevante forhold» som kan tale for at oppdragsavtalen innebærer innleie. Disse forholdene er at det i «hovedsak skal leveres arbeidskraft», «arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgiveres virksomhet», «arbeidet dekker et vedvarende arbeidskraftsbehov hos oppdragsgiver» og «arbeidet skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet», jf. aml. § 14-12 femte ledd andre punktum. Det følger av forarbeidet at momentene «kan etter departementets syn delvis utledes av gjeldende rett, jf. blant annet Ot.prp.nr.53 (1970-1971) og NOU 2021:9».⁶² Andre punktum er særlig ment å kunne avklare om oppdragsavtalen utfordrer lovens formål om trygge ansettelsesforhold, slik at oppdragsavtalen bør omfattes av reglene om innleie. Lovgiver mener det er behov for et tydeligere skille mellom hva som er levering av ren bemanning i form av innleie, og hva som er levering av en bemanningsentreprise. Disse momentene inngår i helhetsvurderingen sammen med momentene fra aml. § 14-12 femte ledd første punktum.

4.3.1 Det i hovedsak skal leveres arbeidskraft

Dette momentet er et sentralt kjennetegn på innleie. Fordi innleie innebærer at den innleide arbeidstakeren stiller sin arbeidskraft til disposisjon for innleier, og utfører arbeid for innleier på lik linje som om vedkommende var ansatt direkte. Dersom det er personlig arbeidskraft og navngitte personer som skal utføre arbeidet så peker det i retning av innleie.

Grensedragningen kan bli utfordrende når resultatforpliktelsen innebærer kontinuerlig levering av en tjeneste, der arbeidskraften er den bærende innsatsfaktoren i leveransen.⁶³

Departementet viser til at det i nyere rettspraksis er eksempler på tjenestekjøp mellom virksomheter der arbeidskraft utgjør den bærende innsatsfaktoren, men at det samtidig er avtalt en resultatforpliktelse, jf. Quality People-dommen og Norwegian-dommen.⁶⁴ Det er i slike tilfeller grensen mellom innleie og bemanningsentreprise er vanskelig å trekke ettersom det kan være glidende overganger. I Norwegian-dommen sa Høyesterett i avsnitt 82 at «avtalene beskriver en forpliktelse ikke bare til å stille et bestemt antall arbeidstakere til disposisjon, men en mer komplett tjeneste», så det er et viktig vurderingsmoment at

⁶² Prop.131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak s. 45.

⁶³ NOU 2021:9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv s. 304.

⁶⁴ Rt. 2013 s. 998 (Quality People) og HR-2018-2371-A (Norwegian).

entreprisepdrag må ha tydelige elementer av at det leveres noe mer enn arbeidskraft. Et sentralt spørsmål til dette vurderingsmomentet, er hva som ligger i vilkåret «i hovedsak» skal leveres arbeidskraft, jf. aml. § 14-12 femte ledd andre punktum. Ordlyden til «hovedsak» er at det er den dominerende eller vesentlige faktoren i en situasjon. Dersom avtalen «i all hovedsak går ut på å levere arbeidskraft som en innsatsforpliktelse, og slik at oppdragsgiver selv kontrollerer denne, vil dette normalt tale for at det er innleie».⁶⁵ Det må ved inngåelse av kontrakter for kjøp av tjenester, der arbeidskraften utgjør hovedelementet i leveransen, inneholde tydelige elementer på at det foreligger en resultatforpliktelse i bunn. Videre må det spesifiseres at det skal leveres noe mer enn kun arbeidskraft og den kompetanse som arbeidstakeren besitter, for at oppdragsavtalen skal anses som bemanningsentreprise. En tjenestekontrakt som tydelig angir kvalitetskrav for resultatet på den tjenesten som skal leveres, vil trekke i retning av bemanningsentreprise.

Andre elementer i vurderingen som taler for at det foreligger innleie er dersom det er uklarheter rundt arbeidsresultatet, eller hyppige endringer av arbeidsoppgaver i løpet av avtaleperioden.⁶⁶ På motsatt side så må et entrepriseforhold være avtalt før oppdraget gjennomføres, og det må være klart definert hva som skal leveres.

Et annet vurderingselement er om det er oppdragsgiver eller oppdragstaker som stiller med utstyr, verktøy, maskiner og materialer. Dette var også et vurderingsmoment fra Blaalid-utvalget som talte for bemanningsentreprise, dersom entreprenøren nyttet egne materialer og verktøy.⁶⁷ Dersom oppdragsgiver stiller med utstyret kan det indikere på at det er selve arbeidskraften som er det sentrale i leveransen, og dermed at avtalen i realiteten innebærer innleie. Imidlertid peker departementet på at hvem som stiller med utstyret ikke vil være avgjørende, men kan tjene som et støttemoment i grensetilfeller.⁶⁸ Det kan tenkes tilfeller der for eksempel utsetting av kantinedrift ofte vil innebære at oppdragsgiver stiller med lokalet, kjøkken og utstyr, uten at det må anses som innleie av den grunn.⁶⁹ Hensikten med å kreve at det «i hovedsak» leveres noe mer enn arbeidskraft er at det ifølge departementet vil bidra til å begrense bruken av bemanningsentrepriser.

⁶⁵ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 46.

⁶⁶ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 46.

⁶⁷ NOU 1998:15 Arbeidsformidling og arbeidsleie punkt 5.1.4.

⁶⁸ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 46.

⁶⁹ NOU 2021: 9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv s. 304.

4.3.2 Arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet

Det neste momentet som taler for at det foreligger innleie er dersom arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet. Dette vurderingsmomentet er nytt, og innebærer en endring av gjeldende rett.⁷⁰ Det avgjørende er hvor oppdraget utføres.

Fougner-utvalget skiller mellom det de kaller for «off-site» entreprise og «on-site» entreprise. «Off-site» entreprise er entrepriser som utføres i oppdragstakers lokaler og med oppdragstakers utstyr. Disse arbeidsforholdene innebærer som regel ordinære og trygge ansettelsesforhold. «On-site» entrepriser er derimot entrepriser som utføres i oppdragsgivers lokaler og/eller ved hjelp av oppdragsgivers utstyr. «On-site» entrepriser kan være helt legitime og er en naturlig og praktisk viktig del av norsk arbeidsliv, men samtidig så ligner denne type for bemanningsentreprise mer på innleieforhold. Det ligner mer på innleie fordi arbeidet foregår hos oppdragsgiver, i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet, og gjerne side om side med oppdragsgivers ansatte. Oppdragsgiver kan få en større innflytelse over arbeidet ved «on-site» entrepriser som kan medføre fysisk avstand mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

Det må foretas en helhetsvurdering, der nærheten til oppdragsgiver og oppdragsgivers virksomhet vil være det sentrale. Dersom arbeidet som blir utført like gjerne kunne blitt utført av oppdragsgivers egne ansatte, kan dette indikere at aktiviteten skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet.

Dette momentet er som forrige vurderingsmoment ikke et avgjørende moment, men kan få betydning i tvilstilfeller dersom oppdragsforholdet utfordrer lovens formål om trygge ansettelsesforhold. Departementet påpeker at det finnes mange legitime bemanningsentrepriser som utføres hos oppdragsgiver.⁷¹ Momentet må derfor ses i sammenheng med de øvrige vurderingsmomentene. Eksempler på legitime bemanningsentrepriser som utføres hos oppdragsgiver er utsetting av støttefunksjoner som renhold, kantine og vakthold. Dersom denne typen arbeid faller innenfor det som i realiteten

⁷⁰ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 46.

⁷¹ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 47.

er oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet, og arbeidet blir utført hos oppdragsgiver, vil det derimot klart trekke i retning av å være et innleieforhold.⁷²

4.3.3 Arbeidet dekker et vedvarende arbeidskraftsbehov hos oppdragsgiver

Det vil tale for at det foreligger innleie dersom oppdraget skal dekke et vedvarende arbeidskraftsbehov hos oppdragsgiver. Dette fordi bemanningsentrepriser normalt er tidsbegrensede. Noen bemanningsentrepriser har derimot som formål å imøtekomme oppdragsgiverens varige behov for arbeidskraft.

Vurderingsmomentet kan delvis utledes av gjeldende rett, ettersom det fremgikk av eldre forarbeid at ved «en entreprise vil det ofte være avtalt at arbeidet skal utføres innen en bestemt tid».⁷³ Vurderingsmomentet var verken fremtredende i Blaalid-utvalgets momentliste og heller ikke i de to sentrale dommene som finnes på området. Fougner-utvalget peker på at en mulig årsak til dette kan være at også «innleie fra bemanningsforetak må være tidsbegrenset, og at kriteriet derfor i utgangspunktet ikke er egnet til å skille entreprise fra tidsbegrenset innleie».⁷⁴

Når et arbeid er vedvarende har oppdragsgiver et permanent eller tidsubegrenset behov for arbeidskraften, i motsetning til et midlertidig eller tidsavgrenset behov. Ved vurderingen av om arbeidet er vedvarende, må man ta de faktiske forholdene i betraktning. Dette innebærer at det er arbeidskraftbehovet som må vurderes og ikke at avtalen i seg selv er tidsbegrenset.⁷⁵ Bestemmelsen fastsetter ingen spesifikke tidsrammer eller lignende for å definere når et arbeidskraftbehov kan betraktes som «vedvarende». Ordlyden til vedvarende er at det er noe som vil fortsette å vare over tid. Et eksempel på vedvarende arbeid kan være at en større teknologibedrift inngår en kontrakt med et IT-firma om at deres programvareutviklere skal vedlikeholde og oppdatere eksisterende programvareprodukter. Ettersom programvaren er i kontinuerlig bruk og forbedring, er behovet for arbeidskraften vedvarende. Motsetningsvis kan det tale for at behovet er tidsbegrenset dersom arbeidet har en estimert sluttdato, og det ikke foreligger et behov for arbeidskraft etter denne datoen. Et eksempel på dette kan være en

⁷² Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 46.

⁷³ Ot.prp.nr.53 (1970-1971) s. 23-24.

⁷⁴ NOU 2021: 9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv s. 305.

⁷⁵ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 47.

virksomhet som inngår en kontrakt med et markedsføringsfirma om at markedsføringskonsulenter skal markedsføre et nytt produkt. Når prosjektet er fullført og produktet er lansert, så opphører behovet for arbeidskraft.

Lovgiver mener at virksomheter som på permanent basis splitter opp virksomheten gjennom å inngå bemanningsentrepriser kan innebære negative konsekvenser for arbeidsforholdet, slik at oppdragsforholdet bør anses som innleie. Dette fordi en oppsplitting øker avstand mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, som kan medføre svekket informasjonsflyt, medvirkning og partssamarbeid.⁷⁶ Når man etablerer virksomheten sin på en slik måte som en varig løsning, vil det være egentlig til å svekke arbeidstakerrettigheter. Dette vurderingsmomentet vil ikke redusere virksomheters mulighet for å innhente spisskompetanse gjennom bemanningsentrepriser som virksomheten har behov for i en tidsbegrenset periode, for eksempel tidsbegrensede prosjekter knyttet til IKT.

Fougner-utvalget påpeker til dette momentet at det er nødvendig å skille mellom det som kan være helt legitime utsettinger av ulike side- og støttefunksjoner, slik som kantinedrift osv. Norsk virksomhetsorganisering har beveget seg mer i retning av et behov og ønske om varig utsettelse av støttefunksjoner. Det er entreprisbehovet som er et varig behov for oppdragsgiver, men selve kontrakten er typisk på to år med mulighet for forlengelse. Fougner-utvalget gir uttrykk for at de ikke vil begrense muligheten for entreprisløsninger som oppfattes som velfungerende virksomhetsmodeller i norsk arbeidsliv, ettersom en slik utsetting av støttefunksjoner vil bidra til at oppdragsgiver kan konsentrere seg om sin kjernevirksomhet.⁷⁷ I mange tilfeller så kan i tillegg ansatte hos tjenesteleverandøren ha bedre karrieremuligheter og kompetanseheving, enn om vedkommende skulle vært ansatt direkte hos oppdragsgiver. På den andre siden er organisasjonsgraden lavere innenfor tjenestenæringen enn andre næringer, som kan påvirke ansattes mulighet til medvirkning og samarbeid negativt.⁷⁸

Dette momentet om varigheten bør i visse tilfeller ha betydning. Dersom «dette sammen med

⁷⁶ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 47.

⁷⁷ NOU 2021: 9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv s. 305.

⁷⁸ NOU 2021: 9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv s. 306.

andre forhold og kriterier tilsier at lovens formål om trygge ansettelsesforhold legges under press, kan dette tilsi at forholdet bør bedømmes som innleie». ⁷⁹

4.3.4 Arbeidet skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet

Det siste vurderingsmomentet i aml. § 14-12 femte ledd andre punktum knytter seg til betydningen av arten av arbeidsoppdraget. Det vil tale for at arbeidsforholdet skal kategoriseres som innleie dersom arbeidet skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet. Dette momentet kan delvis utledes av gjeldende rett, ettersom det i Ot.prp.nr.53 (1970-1971) s. 23 vises til at det er et kjennetegn på bemanningsentreprise dersom arbeidsoppgaven skiller seg fra det oppdragsgiverens egne ansatte jobber med. Eksempler på at man er utenfor kjerne- eller hovedaktivitet er et rengjøringsbyrå som påtar seg renhold av et kontor, eller et firma engasjeres for å utføre spesielle innredningsarbeider på et skip. Det taler for at det er bemanningsentreprise. Dermed bør det motsatt tale for innleie om arbeidet skjer innenfor kjerne- eller hovedaktivitet.

Årsaken for dette vurderingsmomentet er at arbeidsoppgaver som ligger innenfor virksomhetens kjerneproduksjon eller hovedbeskjeftigelse, som det er et permanent behov for, bør utføres av virksomhetens egne ansatte. Fougner-utvalget sier at utbredelsen av slike entreprisekontrakter ikke er særlig stor i norsk arbeidsliv, men vurderingsmomentet gir et viktig signal at en slik varig oppsplitting og fragmentering av virksomheten ikke er ønskelig fordi det undergraver lovens hovedregel om faste ansettelser. ⁸⁰

Spørsmålet er hva som ligger i vilkåret «kjerne- eller hovedaktivitet». Ordlyden til «kjerne- eller hovedaktivitet» tilsier at arbeidsoppgavene til oppdragsgivers faste ansatte må vurderes. Enkelte arbeidsgiverforeninger har påpekt at vilkåret er dynamisk, avhengig av hva som til enhver tid er virksomhetens gjeldende strategi for driften, og derfor er lite egnet som rettslig begrep. ⁸¹ Det ble imidlertid vedtatt i innstillingen, og er det som må legges til grunn i vurderingen. Departementet mener i de fleste tilfeller er det uproblematisk å avgjøre hva som er virksomhetens kjerne- eller hovedaktivitet. De skiller mellom private og offentlige virksomheter. For private virksomheter vil det som regel være det virksomheten tjener penger

⁷⁹ NOU 2021: 9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv s. 306.

⁸⁰ NOU 2021: 9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv s. 306.

⁸¹ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 47.

på, mens ved offentlige virksomheter vil det være relevant å se hen til hva slags aktivitet som oppfyller samfunnsoppdraget deres. I begge tilfeller kan det være relevant å vurdere hvilken del av virksomheten det investeres mest tid og ressurser i. Det vil samt være relevant å se hen til hvor stor andel av den samlede arbeidsstokken som utfører den aktuelle aktiviteten.⁸²

Dette vurderingsmomentet vil som ved de andre momentene føre til at legetime bemanningsentrepriser som kantinedrift, renhold og vakthold typisk vil falle utenom. Administrative funksjoner som HR, økonomi og regnskap vil på tilsvarende måte typisk falle utenfor «kjerne- eller hovedaktivitet», med mindre dette i begge tilfellene i realiteten er en del av virksomhetens «kjerne- eller hovedaktivitet».

4.4 Helhetsvurdering

Det følger av nyere og eldre forarbeid, samt høyesterettspraksis, at det må foretas en helhetsvurdering av de sentrale kriteriene for å klassifisere om man står overfor et innleieforhold eller en bemanningsentreprise.⁸³ Arbeidsmiljøloven § 14-12 femte ledd oppstiller vurderingsmomenter som taler for at et oppdragsforhold mellom to virksomheter skal klassifiseres som innleie av arbeidstakere. Hensikten med den nye bestemmelsen er at den skal lovfeste og tydeliggjøre grensen mot bemanningsentreprise.

I både Quality People-dommen og Norwegian-dommen var det momentene om hvem som har ledelsen av arbeidet og ansvar for resultatet som var avgjørende for å klassifisere det som bemanningsentreprise.⁸⁴ Det er disse momentene som nå er lovfestet i aml. § 14-12 femte ledd første punktum. Slik det fremgår av både loven, forarbeidene og høyesterettsdommene er de mest sentrale og relevante momentene, ved grensdragning mellom innleie og bemanningsentreprise, hvem som har ledelsen av arbeidet og ansvaret for resultatet. Det skal i helhetsvurderingen særlig legges vekt på disse momentene, og disse to momentene må alltid vurderes. Det innebærer at dersom innleier har ansvar for den daglige ledelsen av arbeidet og ansvar for de innleides arbeidsresultat, så trekker det i de aller fleste tilfeller i retning av innleie. Det vil si at dersom det tolkes motsatt og det er oppdragstaker som har arbeidsledelsen og ansvar for resultatet trekker det i retning av bemanningsentreprise.

⁸² Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 47.

⁸³ Se for eksempel Innst.108 L (2022–2023) Arbeidsmiljøloven m.m, lovendr. s. 5.

⁸⁴ Rt. 2013 s, 998 (Quality People) avsnitt 109 og HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 80.

Ordlyden i bestemmelsen viser til at disse vurderingsmomentene i aml. § 14-12 femte ledd første punktum er særlig viktige, ettersom det etter ordlyden skal «særlig legges vekt» på disse momentene.

Ettersom første punktum har to momenter som det særlig skal legges vekt på så kunne man tenkt seg at dersom de var oppfylt, og det var oppdragstakeren som har ansvar for arbeidsledelsen og resultatet, så dreier det seg alltid om bemanningsentreprise. Imidlertid må det ved kontrakter om kjøp av løpende tjenester, der arbeidskraft er det sentrale elementet i leveransen, også foretas en vurdering av om momentene i andre punktum likevel tilsier at oppdragsforholdet må klassifiseres som innleie. Det er særlig i to situasjoner man må vurdere kriteriene i aml. § 14-12 femte ledd andre punktum i tillegg.⁸⁵

Den ene situasjonen er de tilfeller når det er uklart hva konklusjonen blir etter aml. § 14-12 femte ledd første punktum. Det kan for eksempel være der de to momentene i aml. § 14-12 femte ledd første punktum peker i hver sin retning. Det kan i tillegg være i de tilfeller der det foreligger tvil om hvilken part som faktisk har ledelsen av arbeidet og ansvar for resultatet.

Den andre situasjonen er dersom man konkluderer med at arbeidsledelse og ansvar for resultatet tilsier at det er bemanningsentreprise, og kontrakten innebærer en løpende tjeneste. En løpende tjenestekontrakt er en tjenesteleveranse med en viss varighet og kontinuitet. Momentene i andre punktum er ment som en hindring mot forsøk på omgåelser, og kan medføre at flere kontrakter om tjenestekjøp kan bli ansett som innleie. Det må tas en vurdering av om bemanningsentreprisen er reell, eller om oppdragsforholdet må klassifiseres som innleie. Grunnen for denne sikkerhetsventilen er at lovgiver mener at det i arbeidslivet foreligger entreprisekontrakter som i for stor grad utfordrer arbeidsmiljølovens formål om topartsrelasjonen og trygge ansettelsesforhold. Momentene i andre punktum er mindre relevante å vurdere dersom avtalen går ut på at oppdragstaker skal levere en fysisk vare, gjenstand eller produkt til oppdragsgiver. Dersom oppdragsforholdet omfatter både en tjeneste og levering av en vare, skal det vektlegges hvorvidt tjenesteelementet utgjør den dominerende delen av avtalen/leveransen.⁸⁶ Det vil i denne vurderingen være naturlig å se hvor stor del av kontraktsprisen arbeidskraften utgjør, og på arten av kontraktsgjenstanden.

⁸⁵ Arbeids- og inkluderingsdepartementet, *veileder: Innleie av arbeidskraft*, (2023) s. 40.

⁸⁶ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 45-46.

I bygg- og anleggskontrakter som «omfatter både arbeidskraft, materialer og gjerne et tydelig definert og fysisk sluttprodukt, vil for eksempel antakeligvis ikke anes som en tjeneste. Dette kan likevel stille seg annerledes dersom arbeidskraften er den dominerende delen av leveransen».⁸⁷

Vurderingsmomentene inngår i en helhetsvurdering og ses i sammenheng. Momentene er ikke kumulative, og deres relevans og vekt vil variere avhengig av hvordan oppdragsforholdet er organisert. Peger vurderingsmomentene i ulike retninger, må rettsanvenderen foreta en helhetsvurdering med lovens formål om trygge ansettelsesforhold som bakgrunn for vurdering. Det er forutsatt at lovens materiellrettslige bestemmelser skal tolkes i lys av formålet og «kan derfor etter omstendighetene være avgjørende for tolkningsresultatet».⁸⁸ Departementet viser til at momentene ikke er uttømmende.⁸⁹ Dette fører til at domstolene i tillegg kan vektlegge andre relevante hensyn enn bare de som eksplisitt står i bestemmelsen. Det er en del av momentene i bestemmelsen som inneholder skjønnsmessige ord slik som «i hovedsak» og «vedvarende». Det kan føre til vanskelige grensdragninger for domstolen. Dette kan igjen føre til usikkerhet på hvor domstolen velger å legge lista på hva som er innenfor og utenfor, samt i randsonen, av ordlyden.

Departementet uttalte at dersom alle momentene i aml. § 14-12 femte ledd andre punktum er oppfylt, taler det for at kontrakten bør klassifiseres som innleie, selv i de tilfellene hvor oppdragstaker har ansvar for arbeidsledelsen og arbeidsresultatet.⁹⁰ Et moment i andre punktum som ser ut til å få mer vekt av lovgiver er momentet om at «arbeidet skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet». Departementet har uttalt at «Bemanningsentrepriser som innebærer utsetting av oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet på permanent basis, må som den klare hovedregel klassifiseres som innleie».⁹¹

En mulig illustrasjon på helhetsvurderingen kan være et eksempel på en situasjon der et oljeraffineri (oppdragsgiver) har inngått en entreprisekontrakt med en virksomhet (oppdragstaker) som spesialiserer seg på industriell rengjøring. Kontrakten går ut på at

⁸⁷ Arbeids- og inkluderingsdepartementet, *veileder: Innleie av arbeidskraft*, (2023) s. 40.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 68.

⁸⁹ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 47.

⁹⁰ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 47.

⁹¹ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 47.

entreprenøren skal utføre oppdrag ved hjelp av en sugebil, et spesialisert kjøretøy som brukes til å håndtere olje- og petroleumsprodukter. Denne spesialiserte kompetansen besittes ikke av oljeraffineriet, noe som gjør avtalen til en nødvendig og legitim entreprisekontrakt.

Arbeidsledelsen og arbeidsresultatet ligger hos entreprenøren, og derfor klassifiseres dette som en bemanningsentreprise. På grunn av strenge sikkerhetskrav for å slippe inn på oljeraffineriet, sender entreprenøren den samme arbeidstakeren hver dag for å oppfylle kontraktsforpliktelsen.

Imidlertid, etter at arbeidstakeren har fullført oppgavene sine som følger av kontrakten, blir han satt til å utføre oppgaver for oppdragsgiver. Arbeidet går ut på å gå rundt på raffineriet å inspisere rør. Det meste av arbeidsdagen går til rørsjekk. Dette kan peke på at det i «hovedsak skal leveres arbeidskraft» ettersom arbeidstakeren utfører arbeid på samme måte som om vedkommende var ansatt direkte, jf. aml. § 14-12 femte ledd andre punktum. Det var ikke avtalt at rørsjekk skulle inkluderes i entreprisekontrakten før oppdraget startet. Rørsjekken utføres i «nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet» on-site, side om side med de andre ansatte, og er arbeid som kunne blitt utført av oppdragsgivers egne ansatte, jf. aml. § 14-12 femte ledd andre punktum. Videre er det et «vedvarende arbeidskraftsbehov» å utføre sjekk av rør for å oppfylle sikkerhetsrutiner, og det er innenfor oljeraffineriets «kjerne- eller hovedaktivitet», jf. aml. § 14-12 femte ledd andre punktum. Denne personen er tett integrert til virksomheten og utfører kjerneaktiviteter.

Samlet sett peker alle disse momentene i aml. § 14-12 femte ledd andre punktum mot at oppdragsforholdet bør kategoriseres som innleie. Dette er et kort eksempel som illustrerer hvordan en helhetsvurdering kan føre til at en bemanningsentreprise blir ansett som innleie.

4.5 En vurdering av Norwegian-dommen sett i lys av lovendringen: Har rettstilstanden endret seg etter lovfestingen?

I Norwegian-dommen konkluderte Høyesterett med at det dreide seg om bemanningsentreprise etter gjennomgangen av momentene om arbeidsledelse og ansvar for

resultatet.⁹² De resterende momentene ville kun ha betydning dersom det var usikkerhet knyttet til om det forelå innleie eller bemanningsentreprise. Høyesterett avviker ikke fremgangsmåten i Quality People-dommen og skapte med det en presisering og klargjøring av grensedragningen. Ettersom det er få rettskilder som behandler problemstillingen fikk Norwegian-dommen stor betydning for fremtidige saker der tvisten dreier seg om grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise. Dommen presiserte momentenes innhold og vektlegging. Det sentrale spørsmålet nå er om lovfestingen av grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise innebærer en endring av rettstilstanden.

Det ble i Quality People-dommen og Norwegian-dommen uttrykt at det var en lovgiveroppgave å vurdere om det var behov for å nyansere eller trekke nye grenser på området for grensen mellom innleie og bemanningsentreprise, og i så tilfelle på hvilken måte. Lovgiver har fulgt opp det, og nå lovfestet grensedragningen i aml. § 14-12 femte ledd. Som analysen viser er noen av momentene en videreføring av det som frem til 1. april 2023 var gjeldende rett, men også at noen av momentene er nye. Helhetsvurderingen har etter lovendringen dessuten fått en annen vinkling, ved at momentene i aml. § 14-12 femte ledd andre punktum har en større rolle i vurderingen enn hva momentene hadde før. Ettersom før lovfestingen så skulle de øvrige momentene etter arbeidsledelse og resultatansvar tjene «mest som sperre mot forsøk på omgåelser».⁹³ Mens momentene i aml. § 14-12 femte ledd andre punktum nå må vurderes i de tilfeller man kommer til at det dreier seg om bemanningsentreprise etter aml. § 14-12 femte ledd første punktum, og det er snakk om kjøp av arbeidskraft. Dette er dermed en endring i rettstilstanden i den forstand at flere momenter kan være utslagsgivende selv når arbeidsledelsen og resultatansvaret ligger hos oppdragstaker. Formålet om faste og direkte ansettelser i et topartsforhold står enda mer sentralt, og vernehensynet kan være utslagsgivende i grensedragningen.

Vurdering av Norwegian-dommen sett i lys av lovendringen

For å eksemplifisere at rettstilstanden er endret kan det være interessant å se på om resultatet i Norwegian-dommen ville hatt et annet utfall i dag etter lovendringen. I dommen kom Høyesterett til at det var bemanningsentreprise, der de vektla momentene om arbeidsledelse og resultatansvar. Dette er i tråd med dagens bestemmelse i aml. § 14-12 femte ledd som sier

⁹² HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 95.

⁹³ HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 80.

det «særlig legges vekt» på «ledelsen av arbeidet» og «ansvar for resultatet». Ettersom Høyesterett gjorde en grundig vurdering av disse momentene, legges det til grunn at de er oppfylt. Det var oppdragstaker som hadde arbeidsledelsen og ansvar for resultatet. Det må i tillegg med dagens lovtekst bli gjort en vurdering av om momentene i aml. § 14-12 femte ledd andre punktum kunne vippet avgjørelsen over fra bemanningsentreprise til innleie.

«det i hovedsak skal leveres arbeidskraft»

Det er et kjennetegn på innleie at arbeidstaker stiller arbeidskraft til disposisjon for innleier, og utfører arbeid for innleier på lik linje som om man var ansatt direkte. Grensen kan være vanskelig der arbeidskraft er den bærende innsatsfaktoren, men det er avtalt resultatforpliktelse. I Norwegian-dommen påpekte Høyesterett at det ikke bare skulle stilles arbeidstakere til disposisjon, men en mer komplett tjeneste. Det kan tyde på at det trekker mot bemanningsentreprise. Imidlertid blir det i forarbeidet understreket at man må vurdere om det i «hovedsak» skal leveres arbeidskraft. Dersom arbeidskraft utgjør det primære elementet i leveransen, må kontrakten inneholde tydelige elementer på at det foreligger en resultatforpliktelse i bunn. Det skulle i tvisten mellom Norwegian og flybesetningen leveres kvalifisert personell på rett sted til rett tid, det tyder på at det skulle leveres arbeidskraft og den kompetanse som arbeidstakeren besitter. Det kan argumenteres for at arbeidskraft var hovedelementet i avtalen, men grensen er utydelig ettersom Høyesterett uttalte at det var en mer komplett tjeneste som skulle leveres.

Et vurderingselement i dette momentet er hvem som stiller med utstyr. Det kan indikere på at det er innleie om oppdragsgiver stiller med utstyret, ettersom det antyder at det er selve arbeidskraften som er det sentrale i leveransen. Som påvist i analysen, er det ikke av avgjørende betydning å fastslå hvem som stiller med utstyret, men det kan fungere som et støttemoment i grensetilfeller. I Norwegian saken leverte innleier utstyret som var nødvendig for å foreta tjenesten, nemlig flyene. Ettersom grensen på om det i hovedsak skulle leveres arbeidskraft var utydelig kan dette elementet om utstyr tjene som et moment som trekker i retning av innleie.

«arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet»

Det avgjørende er hvor oppdraget utføres og om det utføres ved hjelp av oppdragsgivers utstyr. Dette arbeidet foregår «on-site» ettersom arbeidet utføres ved hjelp av oppdragstakers

utstyr, som i dette tilfellet er flyene. Dette trekker også i retning av at man har å gjøre med et tilfelle av innleie.

«arbeidet dekker et vedvarende arbeidskraftbehov hos oppdragsgiver»

Vedvarende arbeid vil si at det er et permanent og tidsbegrenset behov for arbeidskraften. NAS har et permanent behov for arbeidskraften for at virksomheten skal gå rundt, ettersom flytrafikken ikke vil gå som planlagt uten personellet.

Til dette momentet uttalte lovgiver at en permanent oppsplitting av virksomheten ved å inngå entrepriser innebærer negative konsekvenser for arbeidsforhold, slik at det bør anses som innleie. Det er på denne måten Norwegian omorganiserte sin virksomhet, og sammen med det permanente behovet for arbeidskraft trekker dette i retning av innleie.

«arbeidet skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet»

Ved vurderingen for private virksomheter skal det legges vekt på hva virksomheten tjener penger på. Det kan i tillegg være relevant å se hen til hvilken del av virksomheten det investeres mest tid og ressurser i, samt hvor stor andel av den samlede arbeidsstokken som utfører den aktuelle aktiviteten.

Norwegian saken er et eksempel på en virksomhetsorganisering som innebar en mer varig utsetting i entrepriser, og ikke av støttefunksjoner som kantinedrift, renhold og vakthold. Det var oppgaver som lå innenfor virksomhetens kjerne- og hovedaktivitet. Avtalen mellom NAS (morselskapet) og NAR (datterselskapet) var at det skulle leveres kabin- og pilottjenester. Det var dette flygende personellet som gjorde det mulig å tilby flytransport for reisende kunder. NAS var helt avhengig av dette personellet for å tjene penger på det de tilbydde, nemlig flyreiser. De hadde ikke egen arbeidsstokk i morselskapet og det var dermed arbeidstokken fra NAR som utførte flygningene. Det er hovedvirksomheten til selskapet å tilby flytransport, og følgelig dette det investeres mest tid og ressurser i. Dette var flyselskapets primæroppgave, og trekker i retning av at vilkåret om kjerne- og hovedaktivitet er oppfylt. Norwegian sin varige oppsplitting og fragmentering er et eksempel på virksomhetsorganisering som Fougner-utvalget mente ikke var ønskelig.⁹⁴ Nemlig fordi dette undergraver lovens hovedregel om faste ansettelser og lovens formål om trygge ansettelsesforhold. Momentet trekker i retning av innleie.

⁹⁴ NOU 2021: 9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv s. 306.

Konklusjon

Basert på gjennomgangen ovenfor er det sterke holdepunkter for at resultatet i dommen ville blitt innleie dersom vurderingen hadde blitt gjort med dagens bestemmelse i aml. § 14-12 femte ledd. Alle momentene i andre punktum trekker i retning av at det i realiteten skal klassifiseres som innleie, dette til tross for at momentene i første punktum tilsier at det er en bemanningsentreprise. Det skal også som vist i avhandlingens punkt 4.4 legges vekt på at «Bemanningsentrepriser som innebærer utsetting av oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet på permanent basis, må som den klare hovedregel klassifiseres som innleie».⁹⁵ Departementet har uttalt at virksomhetsorganisering som på permanent basis innebærer bruk av bemanningsentrepriser bør som «hovedregel anses som innleie».⁹⁶

På grunnlag av den tidligere gjennomgangen kan det spørres om den nye lovgivningen ødelegger prejudikatet som følger av høyesterettspraksisen. Nye momenter i bestemmelsen fører til ytterligere avgrensingsspørsmål og nye skjønnsmessige vurderinger som dommene ikke gir svar på. Det vil trekke i retning av innleie dersom de fire momentene i aml. § 14-12 femte ledd andre punktum er oppfylt, dette representerer en ny utvikling sammenlignet med tidligere rettstilstand. Det kan føre til at flere tjenesteavtaler enn tidligere kan bli ansett som innleie. Selv om dommene etter lovendringen ikke kan brukes som prejudikat, er det fremdeles mange av vurderingene som er utpenslet av rettspraksis, som fortsatt gjør seg gjeldende i rettsanvendelsen etter lovendringen. Rettspraksis før lovendringen har derfor fortsatt en sentrale rolle.

⁹⁵ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 47.

⁹⁶ Prop. 131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 46.

5 Rettslige virkninger av ulovlig innleie, og risikoen for omgåelse

5.1 Innledning

Virksomheter som utforsker løsninger for å etablere arbeidsforhold som utfordrer de etablerte tilknytningsformene, bør være bevisst på muligheten for gjennomskjæring. Gjennomskjæring innebærer at tilknytningsforholdet rettslig sett blir bedømt som noe annet enn det som var intensjonen ved inngåelsen av tilknytningsforholdet. For eksempel at man har sagt at tilknytningsforholdet er bemanningsentreprise, men i realiteten er det innleie. Konsekvensene ved feil klassifisering kan potensielt bli store.

Det finnes gråsoner og grensetilfeller på om noe anses som innleie etter aml. § 14-12 eller bemanningsentreprise. Ettersom det er en skjønnsmessig vurdering, kan det være knyttet usikkerhet til hva en domstol ville konkludert med i en slik tvist. Dette åpner opp for spørsmål om hva slags rettigheter og plikter arbeidslivets aktører har. Det må stilles spørsmål om hva slags rettigheter en arbeidstaker har, og hvilken risiko en arbeidsgiver er villig til å ta. Dersom domstolen kommer frem til at arbeidsforholdet er ulovlig innleie etter aml. § 14-12, så kan blant annet arbeidstakeren ha visse rettigheter. Spørsmålet er hvilke rettslige tiltak en arbeidstaker, fagforeninger og Arbeidstilsynet kan benytte seg av. Disse rettighetene vil ikke oppstå for en arbeidstaker i en bemanningsentreprise.

Risikoen for omgåelse i innleieregelverket refererer seg til muligheten for at arbeidsgivere forsøker å unngå gjeldende regelverk knyttet til innleie av arbeidskraft. Dette kan gjøres ved å utnytte eventuelle smutthull i loven for å oppnå økonomiske fordeler ved å unngå ansvars- og pliktdelen knyttet til innleieforholdet. For å redusere risikoen for omgåelse er det viktig for lovgiver å ha tydelige og omfattende regler som definerer innleieforholdet klart. Videre må det være effektive håndhevelsesmekanismer og sanksjoner for dem som prøver å omgå regelverket. Arbeidstakerne kan også beskytte seg selv ved å være klar over sine rettigheter og være oppmerksomme på potensielle forsøk på omgåelse av innleieregelverket.

5.2 Arbeidstilsynets kamp aml. § 18-6 første ledd

Det følger av aml. § 18-6 første ledd at Arbeidstilsynet har en påleggskompetanse og mulighet for å treffe enkeltvedtak. Det er i bestemmelsen listet opp hvilke bestemmelser i arbeidsmiljøloven som gir Arbeidstilsynet mulighet for å anvende denne kompetansen. Påleggskompetansen innebærer en instruks om å rette opp forhold som strider mot bestemmelsene i lov, og mottakeren vil få en plikt til å oppfylle det. Det følger av aml. § 18-6 første ledd at «Arbeidstilsynet gir de pålegg og treffer de enkeltvedtak ellers som er nødvendig for gjennomføringen av bestemmelsene i og i medhold av [...] § 14-12 første, andre, tredje, sjette og sjuende ledd». Det vil si at etter gjeldende rett så har ikke Arbeidstilsynet kompetanse til å gi pålegg eller treffe enkeltvedtak der mottakeren må rette opp forhold som strider mot aml. § 14-12 fjerde og femte ledd.

Det er imidlertid kunngjort endringer i aml. § 18-6 første ledd.⁹⁷ Endringene har ikrafttredelse 1. januar 2024, og innebærer at påleggskompetansen gis til «§ 14-12, første, andre, femte og sjette ledd». Det vil si at Arbeidstilsynet fra 1. januar 2024 kan gi pålegg eller treffe enkeltvedtak som er nødvendige for å gjennomføre aml. § 14-12 femte ledd. Tilsynet kan gi pålegg om at den ulovlige innleien må opphøre. Ved å ikke følge instruksene eller enkeltvedtak risikerer arbeidsgiver å bli ilagt sanksjoner, for eksempel tvangsmulkt, jf. aml. § 18-7 og overtredelsesgebyr, jf. aml. § 18-10.

5.3 Kollektivt søksmål aml. § 17-1 femte ledd

Fra 1. juli 2022 ble det gjeninnført regler om kollektiv søksmålsrett for fagforeninger. Dette er regulert i aml. § 17-1 femte ledd. Bestemmelsen gir fagforeninger som har medlemmer i en virksomhet som har leid inn arbeidstakere fra bemanningsforetak etter aml. § 14-12 rett til å «reise søksmål i eget navn om lovligheten av slik innleie». En fagforening kan reise søksmål uavhengig av kravet til partstilknytning etter tvisteloven § 1-4, jf. § 1-3. Søksmålsadgangen gjelder imidlertid kun «fastsettelsessøksmål om lovligheten av innleie; ikke søksmål om fast ansettelse/erstatning for innleide».⁹⁸ Arbeidsgiver står dermed ikke ovenfor en risiko for å måtte ansette den innleide arbeidstakeren eller utbetale erstatning.

⁹⁷ Lov 17. mars 2023 Endringslov til arbeidsmiljøloven mv. punkt I.

⁹⁸ Prop.54 L (2021-2022) Endr. i arbeidsmiljøloven (søksmålsrett for fagforeninger om ulovlig innleie) s. 15.

5.4 Likebehandling og solidaransvar aml. §§ 14-12 a til 14-12 c

Likebehandlingsprinsippet i aml. §§ 14-12 a til 14-12 c ble implementert i 2013 på bakgrunn av EUs vikarbyrådirektiv.⁹⁹ Rettighetene som følger av nevnte bestemmelser oppstår for arbeidstakere som er innleid etter aml. § 14-12. Gjennom bestemmelsene plikter oppdragsgiver å tilby den innleide samme arbeidsvilkår som de faste ansatte. Innleid arbeidstaker skal blant annet etter aml. § 14-12 a sikres lik lønn som om arbeidstaker var fast ansatt hos innleier.

5.5 Arbeidstaker krever erstatning aml. § 14-14 andre ledd

Det følger av aml. § 14-14 andre ledd at ved brudd på bestemmelsene i aml. § 14-12 kan den innleide arbeidstaker kreve erstatning fra innleier. Erstatningen skal fastsettes etter aml. § 15-12 andre ledd. Fastsettelse av erstatning skal gjøres ut fra «det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig», jf. aml. § 15-12 andre ledd andre punktum. Arbeidsgivers (innleier) risiko innebærer da å utbetale erstatning dersom domstolen tilkjenner oppreisning til den innleide arbeidstakeren.

5.6 Arbeidstaker krever fast ansettelse aml. § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-14

Innleides rett til fast ansettelse hos innleier utvides etter lovendringen. Retten til fast ansettelse hos innleier er en mekanisme for å forhindre misbruk av innleieinstituttet.¹⁰⁰ Lovgiver ønsket å styrke innleide arbeidstakere sin rett til fast ansettelse i innleievirksomheten. Det har de gjort ved å utvide bestemmelsen om retten til fast ansettelse til å gjelde ved all innleie fra bemanningsforetak, også innleie som skjer etter avtale med tillitsvalgte, jf. aml. § 14-12 andre ledd. I tillegg vil retten til fast ansettelse inntre når arbeidstaker har vært sammenhengende innleid i mer enn tre år, uavhengig av

⁹⁹ Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2008/104/EF om vikararbeid.

¹⁰⁰ Prop.131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 37.

innleiegrunnlag, jf. aml. § 14-12 fjerde ledd. Før lovendringen var regelen om fast ansettelse etter tre eller fire år avhengig av innleiegrunnlaget, og arbeidstaker hadde ikke rett til fast ansettelse dersom innleie var basert på avtale med tillitsvalgte.

Grunnen for at en innleid arbeidstaker ønsker fast ansettelse kan være at fast stilling hos innleier fremfor utleier kan medføre et tryggere ansettelsesforhold over tid, ettersom fast ansettelse hos et bemanningsbyrå nødvendigvis ikke innebærer at arbeidstakeren har rett på en viss stillingsprosent. Et slikt arbeidsforhold kan oppleves som turbulent fordi arbeidstakeren kan oppleve at utleier i perioder har mindre tilgjengelige oppdrag. En innleid arbeidstaker kan oppleve økt stabilitet og sikkerhet i et innleieforhold som pågår sammenhengende i tre år sammenlignet med en arbeidstaker som er ansatt hos en entreprenør. Dette kan skyldes at arbeidsforholdet hos entreprenøren er knyttet til prosjektbasert arbeid og påvirket av konjunkturavhengighet. Dermed kan det føles tryggere å jobbe i et innleieforhold hos en stabil virksomhet.

Arbeidsgivers (innleier) risiko innebærer at man må ansette den innleide arbeidstakeren dersom arbeidstakeren ønsker det. Domstolen kan etter aml. § 14-14 første ledd avsi dom om at den innleide har et fast arbeidsforhold hos innleier. Det følger imidlertid av aml. § 14-14 første ledd andre punktum at retten til fast ansettelse ikke er absolutt. Domstolen kan i «særlige tilfeller» unnlate å gi dom om fast ansettelse, dersom det etter en «avveining av partenes interesser finner at det vil være åpenbart urimelig», jf. aml. § 14-14 første ledd andre punktum. Forarbeidet fremhever at momenter ved urimelighetsvurderingen er blant annet at innleieforholdet har vart i kort tid, vurderingen av lovligheten av innleieforholdet har budt på tvil og at den innleide har et trygt ansettelsesforhold hos utleier.¹⁰¹ I Norwegian-dommen kom Høyesterett til at en innleieperiode som tok plass før 1. september 2016 var ulovlig innleie, og spørsmålet var om de ansatte kunne kreve fast ansettelse. Høyesterett konkluderte med at det ville være «åpenbart urimelig» å avsi dom om fast ansettelse når det hadde gått så lang tid siden den ulovlige innleien.¹⁰²

¹⁰¹ Ot.prp.nr.70 (1998-1999) s. 48.

¹⁰² HR-2018-2371-A (Norwegian) avsnitt 137.

5.7 Risikoen for omgåelse

Et av formålene med lovendringen i aml. § 14-12 var å klargjøre grensen mellom innleie og bemanningsentreprise, slik at dette kan motvirke omgåelse av innleiereglene. Spørsmålet er imidlertid hvor lett det kan være for arbeidsgivere å omgå lovverket. Problematikken har blitt kort nevnt i forarbeidet. Der nevnes det at det er en «utfordring at reglene om rett til fast ansettelse etter en viss tid tilpasses ved at innleid arbeidstaker som nærmer seg «opptjent tid», byttes ut med en annen innleid arbeidstaker».¹⁰³ Problemstillingen er ikke særlig utdypet i forarbeidet, men det pekes på at det etter omstendighetene kan betraktes som ulovlig omgåelse. Spørsmålet om det foreligger omgåelse må vurderes konkret av domstolene.¹⁰⁴ Imidlertid, er det å erstatte en innleid arbeidstaker med en annen innleid arbeidstaker med den hensikt å frata den tidligere arbeidstakeren lovfestede rettigheter, en mulig form for ulovlig omgåelse av innleiereglene.

En annen form for omgåelse på området er at innleie forkles som bemanningsentreprise. Dette er et av formålene ved å lovfeste vurderingsmomentene i aml. § 14-12 femte ledd.

Lovfestingen vil også kunne forenkle tilsynsmyndighetens kontroll med innleiereglene. Forarbeidene viser til at å lovfeste grensen mellom innleie og bemanningsentreprise skal gjøre regelverket tydeligere og mer tilgjengelig for brukerne av loven.¹⁰⁵ Dette vil videre bidra til å hindre omgåelser ved at reglene blir enklere å etterleve. Det hevdes at det å oppheve innleieadgangen ved arbeid av midlertidig karakter vil bidra til å hindre misbruk og omgåelse av innleiereglene.¹⁰⁶

Arbeidsmiljøloven § 14-12 fjerde ledd gir arbeidstakeren rett til fast ansettelse etter at man har vært innleid «sammenhengende» i mer enn tre år. Ved beregningen av hva «sammenhengende» er skal det ikke gjøres fradrag for arbeidstakerens fravær, jf. aml. § 14-12 fjerde ledd andre punktum. En naturlig forståelse av «sammenhengende» innebærer at ansettelsesforholdet skal være uavbrutt. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 333 sier at «Mindre avbrudd mellom to ansettelsesforhold må derimot kunne tolereres. Det vil bero på en totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet, om kravet til

¹⁰³ Prop.131 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) s. 39.

¹⁰⁴ Innst.108 L (2022-2023) Arbeidsmiljøloven mm, lovendr s. 4.

¹⁰⁵ Innst.108 L (2022-2023) Arbeidsmiljøloven mm, lovendr s. 7.

¹⁰⁶ Innst.108 L (2022-2023) Arbeidsmiljøloven mm, lovendr s. 8.

«sammenhengende» er oppfylt eller ikke». Ettersom «sammenhengende» er et skjønnsmessig vilkår kan det brukes som en inngangsport for omgåelser og som et smutthull i loven. Det kan være enkelte virksomheter som benytter seg av såkalt «lufting». Det vil si at man som arbeidsgiver med hensikt skaper et opphold i ansettelsesforholdet for å unngå å gi den innleide arbeidstakeren fast ansettelse, og deretter ta arbeidstakeren tilbake igjen når de har vært ute lenge nok. Fenomenet «lufting» har ikke blitt avklart av domstolen om det er lovlig eller ei.

6 Avslutning

Grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise er sentral, nettopp fordi det som ikke anses å være reelle bemanningsentrepriser, skal underordnes arbeidsmiljølovens bestemmelser. Det er gunstig for en arbeidstaker at man faller ned på innleie fremfor bemanningsentreprise, ettersom innleie er lovregulert og sikrer arbeidstakeren rettigheter. I henhold til problemstillingen for avhandlingen er det essensielt å vite hvilke momenter som tas med i vurderingsprosessen, hvordan de enkelte momentene skal tolkes, og deres relative vektlegging mot hverandre. Dette sammenfattes nedenfor.

Analysen i kapittel 4 belyser hvordan grensen mellom innleie og bemanningsentreprise skal trekkes etter lovendringen. Først blir det avklart hvilke vurderingsmomenter som har blitt lovfestet. Disse momentene er hvem som har «ledelsen av arbeidet» og «ansvar for resultatet», jf. aml. § 14-12 femte ledd første punktum. Videre er momentene om det «i hovedsak skal leveres arbeidskraft», «arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet», «arbeidet dekker et vedvarende arbeidskraftsbehov» og «arbeidet skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet», jf. aml. § 14-12 femte ledd andre punktum. Det har til hvert enkelt vurderingsmoment blitt utledet presiseringer for tolkningen av de ulike momentene. Deretter har det blitt kartlagt hvordan momentene opptrer i en helhetsvurdering. Det skal særlig legges vekt på vurderingsmomentene i første punktum. Lovgiver har i tillegg innført momentene i andre punktum som skal fungere som sperre mot forsøk på omgåelser. Dersom oppdragsforholdet blir ansett som en bemanningsentreprise etter første punktum, må det i tillegg gjennomføres en vurdering av om momentene i andre punktum likevel indikerer at oppdragsforholdet skal klassifiseres som innleie. Dette muliggjør at man kan avdekke tilfeller der innleie er kamuflert som bemanningsentrepriser.

Hensynet til å sikre trygge ansettelsesforhold er sentralt for lovgiver. Dette vernehensynet oppnås best gjennom ansettelse i et topartsforhold. En lovfesting av momentene i aml. § 14-12 femte ledd som tydeliggjør skillet mellom innleie og bemanningsentrepriser vil derfor kunne bidra til å oppfylle lovens formål i aml. § 1-1.

Kilderegister

Lover

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

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

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

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

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

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

Lov 20. desember 2022 nr. 99 om endringer i arbeidsmiljøloven m.m (inn- og utleie fra bemanningsforetak)

Lov 17. mars 2023 nr. 3 om endringer i arbeidsmiljøloven mv. (arbeidstakerbegrepet og arbeidsgiveransvar i konsern)

Forskrifter og direktiver

Forskrift 4. juni 2008 nr. 541 om bemanningsforetak

Forskrift 11. januar 2013 nr. 33 om innleie fra bemanningsforetak.

Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2008/104/EF av 5. desember 2008 om vikararbeid.

Rettspraksis

Rt. 2013 s. 998 (Quality People)

Rt. 2013 s. 1730 (YIT)

HR-2018-2371-A (Norwegian).

Lovforarbeider

Norges offentlige utredninger

NOU 1998:15 Arbeidsformidling og arbeidsleie

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

Odelstingsproposisjoner

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) 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.62 (2003–2004) Om lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven)

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

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

Stortingsproposisjoner

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

Prop.54 L (2021-2022) Endringer i arbeidsmiljøloven (søksmålsrett for fagforeninger om ulovlig innleie)

Innstillinger

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

Litteratur

Aarli, Ragna og Synne Sæther Mæhle, *Juridisk metode i et nøtteskall*, Gyldendal Norsk Forlag 2018.

Graver, Hans Petter: *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger i Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008.

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm 2012.

Skarning Nicolay, *Midlertidige ansettelse: innleie og vikarbyrådirektivet*, 1. utg., Universitetsforlaget 2013.

Skjønberg, Alexander Sønderland., Hognestad, Eirik og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utg., Gyldendal Norsk Forlag 2020.

Skjønberg, Alexander Sønderland., Hognestad, Eirik og Marianne Jenum Hotvedt, *Arbeidsrett: Individuelle og kollektive emner*, 3. utg., Gyldendal Norsk Forlag 2022.

Storeng, Nils H., mfl., *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utgave., Universitetsforlaget 2020

Øvrige kilder

Arbeids- og inkluderingsdepartementet veileder, *Innleie av arbeidskraft* (2023):

https://www.regjeringen.no/contentassets/07d08f3731014e78b4d3d5f446f0155e/no/pdfs/innleie-av-arbeidskraft-veileder.pdf?fbclid=IwAR1OnORf6S80yqTJ0_sFNBrZ_gwA0KtQ5-ai91PbG0Mt6dszg4JmLkYuWSo

Fafo-notat 2021:17 *Omfanget av inn- og utleie i norsk arbeidsliv: Målemetoder og omfang*, Kristine Nergaard <https://www.fafo.no/images/pub/2021/10354.pdf>

Manpower, *Kompetanselån* (2023) <https://www.manpower.no/nb/bedrift/kompetanselan>

Liste over figurer

Figur 1 er hentet fra:

Arbeids- og inkluderingsdepartementet veileder, *Innleie av arbeidskraft* (2023)

https://www.regjeringen.no/contentassets/07d08f3731014e78b4d3d5f446f0155e/no/pdfs/innleie-av-arbeidskraft-veileder.pdf?fbclid=IwAR1OnORf6S80yqTJ0_sFNBrZ_gwA0KtQ5-ai91PbG0Mt6dszg4JmLkYuWSo