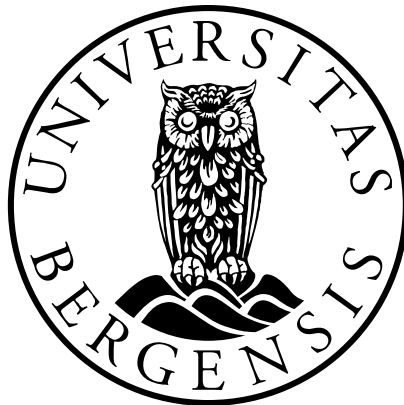


Produksjonsbedrift eller bemanningsforetak?

*Grensedragningen mellom virkeområdene til
arbeidsmiljøloven § 14-12 og § 14-13.*

Kandidatnummer: 197

Antall ord: 8333



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

31.05.2016

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	2
1.1	Presentasjon av avhandlingens tema og problemstilling	2
1.2	Aktualitet	4
1.3	Hva er innleie av arbeidskraft?	5
1.4	Avgrensninger	7
2	Rettskildebildet	9
2.1	Lovgivning og forarbeider	9
2.2	Rettspraksis	9
2.3	EU-rett	10
3	Legislative hensyn	11
4	Historikk	13
5	Minimumsvilkårene i aml. § 14-13 første ledd	15
5.1	Innledning	15
5.2	Fast ansatt hos utleier	16
5.3	Hva utgjør «virksomheten»?	17
5.4	50 prosentvilkåret	19
5.5	Hovedbeskjeftigelsesvilkåret	20
6	Den skjønnsmessige helhetsvurderingen	22
6.1	Innledning	22
6.2	Alternativ til oppsigelse eller permittering	23
6.3	Sporadisk utleie	26
6.4	Innleiebedriftens behov for spisskompetanse	30
6.5	Formålet med ansettelsen og utleien	32
7	Oppsummering og konklusjon	35
8	Litteraturliste	37

1 Innledning

1.1 Presentasjon av avhandlingens tema og problemstilling

Hovedregelen i norsk arbeidsrett er at virksomhetens behov for arbeidskraft skal avhjelpes ved bruk av faste ansatte. Arbeidsmiljøloven¹ (aml.) åpner imidlertid for bruk av innleie av arbeidskraft på bestemte vilkår. Loven skiller mellom innleie fra et bemanningsforetak og en produksjonsbedrift, og det gjelder forskjellige regler for innleie fra disse virksomhetstypene. Grensen mellom de to virksomheter kan i praksis være vanskelig å trekke, og jeg har derfor i denne avhandlingen valgt å redegjøre for skillet mellom dem.

Problemstillingen er hvordan grensene her trekkes.

Et bemanningsforetak er definert i loven som en virksomhet som «har til formål å drive utleie», jf. aml. § 14-12 første ledd. Typiske bemanningsforetak er vikarbyråer som har som sin forretningsidé å tilby arbeidskraft til utleie og normalt ikke har noen egenaktivitet utover dette.² En produksjonsbedrift derimot, er definert som en virksomhet som «ikke har til formål å drive utleie», jf. aml. § 14-13 første ledd. Begrepet brukes om ordinære virksomheter som driver egenproduksjon, enten det er varer eller tjenester. Fra en slik virksomhet skjer utleie av arbeidskraft kun sporadisk, for eksempel for å omgå permitteringer eller oppsigelser av egne ansatte ved svingninger i produksjonen.

Vilkårene for å leie inn fra et bemanningsforetak og en produksjonsbedrift er ulike. Det gjelder for eksempel strenge vilkår for å kunne leie inn arbeidstaker fra et bemanningsforetak: Innleiebedriften må ha et midlertidig behov for arbeidskraft etter aml. §

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

² Fougner mfl. s. 673.

14-9 bokstav a til e, jf. § 14-12 første ledd.³ Den nye regelen i aml. § 14-9 første ledd bokstav f, som gir generell adgang til midlertidig ansettelse i inntil 12 måneder, gjelder ikke for arbeidsleie.⁴ Det er derimot langt mindre strenge vilkår for å leie inn fra en produksjonsbedrift: I utgangspunktet kreves det ikke mer enn at den innleide arbeidstaker er «fast ansatt hos utleier», jf. aml. § 14-13 første ledd.⁵

Ikke bare vilkårene for adgangen til å leie inn arbeidskraft er ulike fra et bemanningsforetak til en produksjonsbedrift, men også rettsvirkningene knyttet til innleien er svært ulik etter hvilken type virksomhet det leies inn fra. Ved ulovlig innleie fra bemanningsforetak, kan for eksempel den innleide arbeidstaker kreve fast ansettelse samt erstatning hos innleiebedriften.⁶ Den innleide kan også kreve fast ansettelse etter fire års sammenhengende innleieforhold, uavhengig om vilkårene for midlertidig ansettelse er oppfylt (fireårsregelen).⁷ I tillegg kommer likebehandlingsprinsippet til anvendelse: Innleide fra bemanningsforetak har krav på samme lønns- og arbeidsvilkår som innleiebedriftens egne ansatte.⁸ Ingen av disse rettsvirkningene kommer derimot til anvendelse ved innleie fra en produksjonsbedrift. Det kan derfor både være enklere og billigere å leie inn arbeidskraft fra en produksjonsbedrift heller enn et bemanningsforetak.⁹

³ Det er en utvidet adgang til innleie for virksomheter som er bundet av tariffavtale, se aml. § 14-12 andre ledd.

⁴ Regelen er et resultat av lovendring ved lov 24. april 2015 nr. 20. Forarbeidene er Prop. 39 L (2014–2015).

⁵ Se nærmere om vilkåret i punkt 5.2.

⁶ Se aml. § 14-14.

⁷ Se aml. § 14-12 fjerde ledd jf. § 14-9 sjette ledd.

⁸ Se aml. § 14-12 a. Regelen er et resultat av Norges implementering av vikarbyrådirektivet, se punkt 2.3.

⁹ Det vil være andre grunnlag som avgjør hvilke lønns- og arbeidsvilkår som gjelder for innleide fra produksjonsbedrift. I tillegg til den individuelle arbeidstalen kan det foreligge en allmenngjort tariffavtale i den aktuelle bransjen.

1.2 Aktualitet

I praksis kan grensen mellom en produksjonsbedrift og et bemanningsforetak være vanskelig å trekke. Dette skyldes blant annet at stadig flere bedrifter i varierende omfang både driver egenproduksjon og utleie av arbeidskraft på samme tid. Eksempelvis tilbyr mange bemanningsforetak flere andre tjenester i tillegg til ordinær arbeidsutleie. Hvorvidt utleiebedriften er å anse som produksjonsbedrift eller bemanningsforetak, er derfor ofte vanskelig å avgjøre og vil variere over tid.

En dom fra Høyesterett i Rt. 2013 side 1730 (heretter omtalt som YIT-dommen), illustrerer problemstillingen som jeg skal behandle i denne masteroppgaven. Saken gjaldt en IT-tekniker som var fast ansatt i selskapet YIT Building System AS (nå Cavrion Norge AS), men som hadde vært innleid til Statoil ASA i over fire år. Arbeidstakeren krevde fast ansettelse på bakgrunn av fireårsregelen. Selv om selskapet YIT i utgangspunktet var en produksjonsbedrift og at utleie fra dette selskapet bare skjedde sporadisk, ble resultatet at det konkrete innleieforholdet likevel var omfattet av reglene for bemanningsforetak. Arbeidstakeren fikk dermed medhold i sitt krav om fast ansettelse hos Statoil.

Dommen illustrerer at reglene for bemanningsforetak gjelder for flere enn kun tradisjonelle vikarbyråer. De rettslige avklaringer som er gitt i YIT-dommen vil bli beskrevet senere, både det relevante faktum og de rettslige vurderingene som resulterte i at innleieforholdet falt inn under reglene for bemanningsforetak.

I min fremstilling videre vil jeg først beskrive hva innleie av arbeidskraft er i punkt 1.2. og foreta nødvendige avgrensninger i punkt 1.3. I oppgavens punkt 3 gis en oversikt over rettskildebildet. Deretter vil jeg redegjøre for de legislative hensynene som gjør seg gjeldende

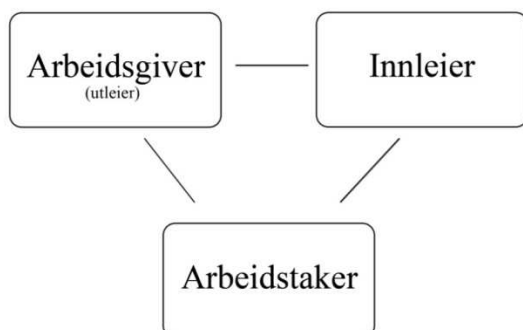
ved reguleringen av innleie, samt historikken bak dagens regler i punkt 3 og 4. I punkt 5 vil jeg presentere minimumsvilkårene i aml. § 14-13 første ledd. I punkt 6 vil jeg redegjøre for den skjønsmessige helhetsvurderingen som skal foretas ved bedømmelsen av om en bedrift skal anses et bemanningsforetak eller produksjonsbedrift i arbeidsrettslig forstand. Avslutningsvis vil jeg nedlegge en konklusjon knyttet til hvordan grensen mellom de to bedriftstypene trekkes.

1.3 Hva er innleie av arbeidskraft?

Arbeidsmiljøloven inneholder ingen definisjon av begrepet «innleie», men definisjonen følger implisitt utleiedefinisjonen i arbeidsmarkedsloven § 25 andre ledd:¹⁰

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

Som definisjonen viser oppstår det et trepartsforhold ved innleie av arbeidskraft: Utleier (arbeidsgiver), arbeidstaker og innleier. Figuren under illustrerer trepartsforholdet.



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

Mellom arbeidstaker og utleier eksisterer det et vanlig ansettelsesforhold.¹¹ Dette innebærer at arbeidsmiljølovens bestemmelser kommer direkte til anvendelse. Arbeidsgiveransvaret og arbeidstakers rettigheter etter loven, herunder stillingsvernet, utbetaling av lønn og feriepenger, er som en klar hovedregel knyttet til virksomheten som står for utleien (utleiebedriften).¹² Hovedregelen er at arbeidstakeren skal være fast ansatt hos utleier, enten det er et bemanningsforetak eller en produksjonsbedrift, jf. aml. § 14-9 første ledd første punktum.

Mellom utleier og innleier foreligger det et alminnelig kontraktsforhold om leie av arbeidskraft. Utleier stiller én eller flere av sine ansatte til disposisjon for innleier i den perioden innleieavtalen varer.

Mellom innleier og den innleide arbeidstaker foreligger det ikke noe ansettelses- eller kontraktsforhold. Innleier har imidlertid styrings- og instruksjonsrett over arbeidstakeren i den perioden vedkommende er innleid, jf. arbeidsmarkedsloven § 25 andre ledd. I tillegg vil innleier ha arbeidsgiveransvaret i blant annet arbeidsmiljøspørsmål (HMS-kravene), jf. aml. § 2-2 første ledd. Disse er offentligrettslige verneregler og ansvaret følger direkte av loven, men er samtidig en naturlig konsekvens av den tilknytningen som oppstår mellom arbeidstaker og innleiebedriften under innleieperioden.

¹¹ Dersom arbeidstaker ikke er ansatt hos utleier, må det rettslig sett karakteriseres som direkte midlertidig ansettelse og ikke som innleie, jf. Fougner (2013) mfl. s. 593. Et alternativ kan være at vedkommende i realiteten anses å være en selvstendig oppdragstaker.

¹² Ot.prp.nr.70 (1998-1999) s. 41 (pkt. 6.3.1.2) og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 221 (pkt. 16.6.4).

1.4 Avgrensninger

Innleie av arbeidskraft må avgrenses mot arbeid som utføres som ledd i en entreprise. Arbeidsmiljøloven regulerer ikke entreprise. I mange tilfeller kan det være vanskelig å ta stilling til om en utførelse av arbeid er innleie eller entreprise. Grensedragningen beror på en konkret helhetsvurdering.¹³ Høyesterett har uttalt at «det avgjørende må være hvem av partene som har ansvaret for ledelsen og resultatet av det arbeidet som skal prestes».¹⁴ For grensedragningen er det ikke avgjørende om oppdraget går ut på å levere et produkt eller en løpende tjeneste i form av bemanning, såkalt bemanningsentreprise.¹⁵ Det er de reelle forhold som er avgjørende for vurderingen av om arbeidsutførelsen er en del av entreprise eller om det er innleie.

I YIT-dommen var spørsmålet for tingretten og lagmannsretten hvorvidt det arbeidet IT-teknikeren utførte for Statoil var en del av en entrepriseavtale mellom selskapet YIT og Statoil. Begge instanser kom frem til at arbeidet var å anses som innleie. Dette spørsmålet ble ikke tillatt fremmet for Høyesterett. Det er viktig å bemerke at dersom utleier reelt sett er en produksjonsbedrift er det ikke nødvendig å ta stilling til hvorvidt arbeidet skal anses som et innleieforhold eller en entreprise. Bakgrunnen for dette er at retten til fast ansettelse og likebehandlingsprinsippet kun gjelder ved innleie fra et bemanningsforetak.

Videre avgrenses min oppgave mot de reglene i arbeidsmarkedsloven § 27 som stiller visse vilkår til virksomheten som leier ut arbeidskraft, enten det er bemanningsforetak eller produksjonsbedrift. Formålet med bestemmelsen er blant annet å hindre at utleier begrenser

¹³ Momenter som inngår i helhetsvurderingen er listet opp i NOU 1998: 15 s. 45-46 (pkt. 5.1.4).

¹⁴ Rt-2013-998 avsnitt 59.

¹⁵ Rt-2013-998 avsnitt 58.

arbeidstakeres muligheter til å ta arbeid hos innleier, etter endt innleietid. Disse reglene har ikke betydning for hvordan grensen mellom bemanningsforetak og produksjonsbedrifter skal trekkes etter arbeidsmiljøloven.

Det avgrenses også mot innleie av arbeidstakere i statlig virksomhet. Dette reguleres i tjenestemannsloven¹⁶ § 3A og 3D, som også skiller mellom bemanningsforetak og produksjonsbedrift. Når det gjelder denne grensedragningen er det ikke noe forskjell mellom arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven. Denne avhandlingen vil kun ta for seg arbeidsmiljølovens bestemmelser om innleie.

Til slutt avgrenses det mot bestemmelser om innleie av arbeidskraft som følger av tariffavtaler. Det finnes en rekke tariffavtaler som inneholder regler om innleie, for eksempel Verkstedoverenskomsten eller Fellesoverenskomsten for byggfag. Disse presiserer hovedsakelig reglene om lønns- og arbeidsvilkår for de innleide arbeidstakerne, herunder innsynsrett for de tillitsvalgte i innleiebedriften.

¹⁶ Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn (tjenestemannsloven)

2 Rettskildebildet

2.1 Lovgivning og forarbeider

Dagens regler om innleie av arbeidskraft er en videreføring av tilsvarende bestemmelser i den tidligere arbeidsmiljøloven fra 1977.¹⁷ Reglene ble vedtatt ved en lovendring i 2000.¹⁸

Forarbeidene vedrørende bestemmelsene i 1977-loven har derfor en sentral betydning for forståelsen av virkeområdene til bestemmelsene, jf. NOU 1998: 15 og Ot.prp. nr. 70 (1998-1999). Disse gir en viss veiledning om avgrensningen mellom virksomhetstypene bemanningsforetak og produksjonsbedrift.

2.2 Rettspraksis

Det foreligger per dags dato kun en høyesterettsdom som omhandler avhandlingens problemstilling. YIT-dommen er derfor en meget sentral rettskilde i vår sammenheng.

Det foreligger av annen rettspraksis fra underinstansene en tingrettsdom fra Stavanger tingrett (upublisert) som også omhandler grensen mellom produksjonsbedrift og bemanningsforetak.¹⁹ Selv om tingrettsdommen har mindre rettskildemessig vekt, vil jeg trekke avgjørelsen frem for å illustrere relevante spørsmål som ikke ble behandlet i YIT-dommen.

¹⁷ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. Innleie fra bemanningsforetak ble regulert i § 55K (dagens § 14-12) og innleie fra produksjonsbedrift ble regulert i § 55L (dagens § 14-13).

¹⁸ Ved lov 4. februar 2000 nr. 10, ikrafttreden 1. juli 2000.

¹⁹ Stavanger tingrett, Stavanger, 18.03.2014, Saksnr.: 13-141010TVI-STAV.

2.3 EU-rett

Vikarbyrådirektivet ble vedtatt i EU 2008 og gjennomført i Norge i 2013.²⁰ Reglene er lovfestet i aml. §§ 14-12 a til 14-12 c. Formålet med direktivet er blant annet å beskytte arbeidstakere som leies ut fra et bemanningsforetak, og anerkjenne slik virksomhet som arbeidsgivere.²¹ Det har vært omdiskutert om de norske begrensningene på innleie fra bemanningsforetak er i tråd med vikarbyrådirektivet. En sak fra EU-domstolen i mars 2015, som gjaldt restriksjoner på innleie i finsk tariffavtale, kan tale for at begrensningene ikke er i strid med direktivet.²² De finske restriksjonene har likhetstrekk med de norske begrensningene.

Vikarbyrådirektivet kommer som nevnt ikke til anvendelse for innleie fra produksjonsbedrifter. Grensedragningen mellom bemanningsforetak og produksjonsbedrift har derfor blitt viktigere etter innføringen av vikarbyrådirektivet. Spørsmålet om likebehandlingsprinsippet kommer til anvendelse er viktig for de innleide arbeidstakerne, siden det blant annet kan gi bedre lønnsvilkår dersom de anses å være innleid fra et bemanningsforetak. Vikarbyrådirektivet gir imidlertid ingen føringer for grensen mellom hva som er bemanningsforetak eller produksjonsbedrift. Denne grensen må trekkes etter norsk rett.

²⁰ Lov-2012-06-22-3. Prop. 74 L (2011-2012).

²¹ Prop.74 L (2011-2012) s. 22 (pkt. 4-2.1.)

²² EU-domstolen 17. mars 2015, sak C 533/13.

3 **Legislative hensyn**

I dette punktet vil jeg si noe om de legislative hensynene og bakgrunnen for at innleie fra bemanningsforetak er strengere regulert enn innleie fra produksjonsbedrift. Dette punktet må ses i sammenheng med punkt 4, der jeg vil beskrive noe av historikken bak dagens regler.

Reguleringen av innleie av arbeidskraft bygger på en avveininger arbeidstakernes behov for beskyttelse på den ene siden, og virksomhetenes behov for fleksibilitet på den andre siden.²³

Arbeidsmiljøloven er en vernelov og har som hovedformål å «trygge ansettelsesforhold» for den enkelte arbeidstaker, jf. aml. § 1-1 bokstav b. Hovedregelen er at arbeidstaker skal ansettes fast, jf. aml. § 14-9 første ledd første punktum. Det betyr at arbeidsavtalen skal inngås for et ubestemt tidsrom og gjelde inntil den blir sagt opp av en av partene. Ved oppsigelse fra arbeidsgivers side er arbeidstakeren beskyttet av lovens regler om oppsigelsesvern.²⁴ Formålet med hovedregelen er blant annet å sikre trygghet og stabilitet for den enkelte arbeidstaker når det gjelder inntektsgrunnlag og stillingsvern.²⁵ Stillingsvernet er derfor en viktig begrunnelse for at både adgangen til midlertidig ansettelse og innleie av arbeidskraft er begrenset i Norge.

Begrensninger på arbeidsleie er videre begrunnet med at flest ansettelsesforhold skal inngås direkte mellom arbeidsgiver og arbeidstaker (topartsforholdet).²⁶ Det betyr at arbeidstaker skal ansattes direkte i den virksomheten som har behov for arbeidskraften. Trepartsforholdet ved innleie gjør arbeidsgiveransvaret noe komplisert og kan svekke stillingsvernet. Ansatte i bemanningsforetak vurderes å ha størst behov for beskyttelse. Deres stillingsvern og lønn er

²³ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 40-41 (pkt.6.3.1).

²⁴ Se aml. kap. 15.

²⁵ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 208 (pkt. 16.2.3).

²⁶ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44 (pkt. 6.3.3.3), jf. Prop. 74 (2011-2012) s. 8-9 (pkt. 1.1).

sterkt knyttet til utleieoppdraget. Arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler gjelder ikke dersom innleier ønsker å bytte ut arbeidstaker eller avslutte kontrakten med bemanningsforetaket. Dersom bemanningsforetaket ikke har annet utleieoppdrag til arbeidstakeren, kan vedkommende risikere å stå uten arbeid og inntekt. I utgangspunktet vil dette gjelde enten arbeidstakeren er fast eller midlertidig ansatt i bemanningsforetaket.²⁷ Lovgivers ønske om å ivareta topartsforholdet er også en sentral begrunnelse for at den nye, generelle adgangen til midlertidig ansettelse i 12 måneder, ikke gjelder ved innleie.²⁸

På den annen side vil alle virksomheter over tid oppleve svingninger eller endringer i behovet for arbeidskraft. Dette kan skyldes vikarbehov på grunn av fravær blant de faste ansatte, behov for spesialkompetanse, eller midlertidig redusering eller økning i arbeidsmengden. Det kan derfor bli behov for tilknytningsformer som kan være et alternativ til ordinære, faste ansettelser. Adgangen til midlertidig ansettelse og innleie av arbeidskraft er ment å ivareta virksomhetenes behov for fleksibilitet i slike situasjoner.²⁹ Hvor omfattende disse unntakene fra hovedregelen om faste ansettelser bør være, er et utpreget politisk spørsmål. Jeg skal i neste punkt se nærmere på historikken bak dagens regler for innleie og hva som har vært formålet med lovreguleringen.

²⁷ Det er omdiskutert om behovet for beskyttelse gjør seg like gjeldende i de tilfeller arbeidstakerne er fast ansatt i bemanningsforetaket med lønn mellom oppdragene. Dette er et tema som jeg ikke går nærmere inn på her.

²⁸ Prop. 39 L (2014-2015) s. 116 – 118 (pkt. 5.5.3.2).

²⁹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 40 (pkt. 6.3.1.1).

4 Historikk

Fram til år 2000 var det et generelt lovforbud mot utleie av arbeidskraft i Norge, med muligheter for unntak og dispensasjoner.³⁰ Bakgrunnen for det generelle forbudet mot arbeidsutleie var å begrense omfanget av vikarbyråer.³¹ Det hadde særlig oppstått problemer innenfor verkstedindustrien, der ansatte sluttet og tok ansettelse i vikarbyråene.

Industribedriftene ble deretter nødt til å leie inn sine tidligere ansatte, men da til en høyre pris. Lovgiveren ønsket å hindre en utvikling der mangel på arbeidskraft i industrien ble utnyttet ved at arbeidstakere ble leid ut til sine tidligere arbeidsgivere til økte omkostninger.

Ordinære virksomheter, hovedsakelig bedrifter innen verkstedindustrien og konsulent- og ingeniørfirmaer innen offshoreindustrien, fikk gitt dispensasjon til å leie arbeidstakere mellom seg. Denne type arbeidsutleie ble ansett som mindre problematisk. Begrunnelsen var at disse virksomhetene ikke drev med arbeidsutleie på lik linje som vikarbyråene. Utleie av de ansatte skjedde mer tilfeldig og som følge av svingninger i produksjonen.

Forbudet mot utleie av arbeidskraft ble opphevet i 2000.³² Bakgrunnen var blant annet endringer i hvordan arbeidsmarkedet organiserte behovet for arbeidskraft. I tillegg hadde det oppstått flere problemer med tolkningen og praktiseringen av forbudet mot arbeidsutleie.³³ Lovgiveren ønsket derfor å lage et enklere og mer forutsigbart regelverk for ut- og innleie av arbeidskraft. Løsningen ble generell adgang til å leie ut all type arbeidskraft, mens det ble innført begrensninger på adgangen til å leie *inn* arbeidstakere.

³⁰ Forbudet ble regulert § 27 i lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak for å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven) som ble avløst av arbeidsmarkedsloven.

³¹ NOU 1998: 15 s. 44-45 (pkt. 5.1) jf. Ot.prp. nr. 70 (1998-99) s.15-16 (pkt. 4.2).

³² Ved lov 4. februar 2000 nr. 10, ikrafttreden 1. juli 2000.

³³ Ot.prp. nr. 70 (1998-99) s.40-40 (pkt. 6.3.1.1).

Adgangen til å leie inn fra et bemanningsforetak ble koblet til reglene om midlertidig ansettelse. Begrunnelsen er at disse to tilknytningsformene anses som alternative måter å organisere behovet for korttidsarbeidskraft i ulike situasjoner. For å hindre bruk av innleie av arbeidskraft på bekostning av hovedregelen om fast ansettelse i et topartsforhold, ble det bestemt at innleie fra bemanningsforetak bare skal skje i samme utstrekning som innleiebedriften kan ansette midlertidig selv.³⁴

På den annen side ønsker lovgiver at det skal være en vid adgang til ut- og innleie mellom produksjonsbedrifter.³⁵ Vernehensynene vurderes å være mindre ved innleie fra en produksjonsbedrift. Dette skyldes at arbeidstakeren allerede har fast ansettelse i en virksomhet som driver egenproduksjon (utleier). Arbeidstakeren har derfor mindre behov for beskyttelse ved utleie til en annen produksjonsbedrift (innleier). Denne type arbeidsleie er dels begrunnet med utleiers behov for å tilby sine ansatte alternativ sysselsetting ved overskudd på arbeidskraft, og dels innleier sitt behov for arbeidstakere med spisskompetanse.

³⁴ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44 (pkt. 6.3.3.3).

³⁵ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 49-50 (pkt. 6.3.4.1).

5 Minimumsvilkårene i aml. § 14-13 første ledd

5.1 Innledning

Utgangspunktet for den nærmere grensedragningen mellom produksjonsbedrift og bemanningsforetak er aml. § 14-13 første ledd første og andre punktum. Bestemmelsen oppstiller minimumsvilkår for at utleier skal anses som en produksjonsbedrift, det vil si *ikke* ha til formål å drive arbeidsutleie. Bestemmelsen lyder slik:

«Innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie, er tillatt når den innleide arbeidstaker er fast ansatt hos utleier. For at virksomheten skal sies ikke å ha til formål å drive utleie, er det et vilkår at utleie skjer innenfor de samme fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse og at utleieaktiviteten ikke omfatter mer enn 50 prosent av de fast ansatte hos utleier.»

Formålet med vilkårene er å stille som minstekrav at produksjonsbedriften «driver egen næringsvirksomhet» ved siden av utleien, og denne virksomheten omfatter minst 50 prosent av de ansatte.³⁶ Dette innebærer at egenproduksjon, enten det er produksjon av varer eller tjenester, skal utgjøre mer enn halvparten av den totale virksomheten og sysselsettingen.

Konsekvensen ved brudd på minimumsvilkårene er at innleie fra slik virksomhet vil bedømmes etter reglene for et bemanningsforetak.³⁷ Det er som nevnt innleier som bærer risikoen dersom utleieren ikke oppfyller kravene til å være en produksjonsbedrift. Dette forutsetter derfor kunnskap om og dokumentasjon fra utleier som viser at virksomheten

³⁶ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50 (pkt. 6.3.4.2).

³⁷ Ot.prp. nr.70 (1998-99) s. 51 (pkt. 6.3.4.5).

faktisk er en produksjonsbedrift og ikke et bemanningsforetak.

Ansvarer gjelder både ved inngåelsen av innleieavtalen og under innleieperioden.³⁸ Innleier må derfor i tillegg ta med i sin risikovurdering at formålet til utleiebedriften kan endre seg i løpet av innleieperioden. Dersom det som opprinnelig var en produksjonsbedrift endrer virksomhets formål i retning av å drive med arbeidsutleie, ligger altså ansvaret hos innleier. Utgangspunktet ved en slik endring er at reglene for bemanningsforetak kommer til anvendelse på innleieforholdet, slik at den innleide blant annet kan kreve fast ansettelse hos innleiebedriften. Dette kan imidlertid bli urimelig i det konkrete tilfellet. Det er derfor i forarbeidene uttalt at domstolen «etter en helhetsvurdering, hvor bl.a. innleierens aktsomhet bør tillegges vekt», kan komme til at den innleide arbeidstaker ikke skal gis fast ansettelse hos innleier.³⁹

5.2 Fast ansatt hos utleier

Innleie fra en produksjonsbedrift er kun tillatt når den innleide arbeidstaker er «fast ansatt hos utleier», jf. aml. § 14-13 første ledd første punktum. I motsetning til ved innleie fra bemanningsforetak, kan ikke ansatte med midlertidig kontrakt hos utleier leies inn. Formålet med regelen er å hindre omgåelse eller uthuling av stillingsvernet.⁴⁰

Vilkåret om fast ansettelse ses i sammenheng med begrunnelsen for at det er en vid adgang til innleie etter bestemmelsen, jf. ovenfor i punkt 4. Bruk av innleid arbeidskraft på bekostning

³⁸ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 51 (pkt. 6.3.4.5).

³⁹ Ot.prp. nr.70 (1998-99) s. 51 (pkt. 6.3.4.5).

⁴⁰ Ot.prp. nr.70 (1998-99) s. 50 (pkt. 6.3.4.3).

av faste ansettelse antas å være mindre ved innleie fra produksjonsbedrifter.⁴¹ Bakgrunnen er at den innleide allerede har fast ansettelsesforhold til en virksomhet som selv driver egenproduksjon. Det er antatt at vedkommende i slike situasjoner har mindre behov for beskyttelse.⁴²

Brudd på vilkåret om at den innleide skal være fast ansatt hos utleierbedriften, medfører ingen særskilte rettsvirkninger.⁴³ Konsekvensen blir at innleien er ulovlig og må opphøre, med mindre arbeidstakeren ikke ansettes fast hos utleier.⁴⁴ Arbeidstakeren kan således ikke kreve fast ansettelse hos innleiebedriften, men må rette et slikt krav mot utleier.

5.3 Hva utgjør «virksomheten»?

Ved vurderingen om hvorvidt utleier oppfyller vilkårene for produksjonsbedrift etter aml. § 14-13 første ledd andre punktum, oppstår det et spørsmål om hva som skal regnes som «virksomheten» etter bestemmelsen.

Problemstillingen er av praktisk betydning. Produksjonsbedriften kan ha flere adskilte avdelinger som driver med forskjellige aktiviteter. Ved vurderingen om utleien av arbeidstakeren har skjedd innenfor eller utenfor «de samme fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse», blir spørsmålet om det er den enkelte avdelingen eller den samlede virksomheten til utleier som skal legges til grunn. For eksempel kan man tenke seg at et busselskap i tillegg til ordinær transport av passasjerer, har et verksted som jobber med teknisk vedlikehold og reparasjon av bussene. Dersom ansatte ved dette verkstedet leies ut,

⁴¹ NOU 1998: 15 s. 133-134 (pkt. 12.3)

⁴² Fougner mfl. (2013) s. 702.

⁴³ Ot.prp. nr.70 (1998-99) s. 51 (pkt. 6.3.4.5).

⁴⁴ Johansen og Stueland (2015). s. 666.

kan det stilles spørsmål om utleien har skjedd innenfor selskapets hovedbeskjeftigelse.

Arbeidsmiljøloven inneholder ingen legaldefinisjon av virksomhetsbegrepet. Forarbeidene presiserer heller ikke hva som menes med begrepet i relasjon til innleiereglene.

Utgangspunktet er at virksomheten normalt vil være «det rettssubjekt som er arbeidsgiver», jf. aml. § 1-8 andre ledd. Dette betyr arbeidsgiverens samlede virksomhet. Unntak fra dette må ha et særskilt grunnlag.⁴⁵ Virksomhetsbegrepet i aml. § 14-12 og § 14-13 må derfor som utgangspunkt forstås på samme måte som lovens § 1-2.⁴⁶

Spørsmålet ble drøftet i YIT-dommen, uten at Høyesterett tok endelig stilling til dette. I dommen ble det vist til hvordan selskapet YIT presenterte seg på sin hjemmeside.⁴⁷ Der kom det frem at selskapet var Norges ledende leverandør av tekniske bygginstallasjoner. Leveranse av IKT-tjenester var en del av selskapets fagområder. Den utleide arbeidstakeren var ansatt i stilling som IT-tekniker. Partene var uenige om hvorvidt arbeidsoppgavene han utførte for Statoil var en del av YITs hovedbeskjeftigelse.

I sin vurdering viste Høyesterett til det rettslige utgangspunktet og juridisk teori. Det ble uttalt at «mye taler for at virksomhetsbegrepet i § 14-13 må forstås som den juridiske enheten».⁴⁸ Videre heter det at reelle hensyn trekker i samme retning, fordi det «vil hindre uklarhet og vanskelige grensedragninger».⁴⁹ Høyesterett fant det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til spørsmålet, ettersom saken ble avgjort på grunnlag av en skjønnsmessig

⁴⁵ NOU 2005:5 s. 148 (pkt. 10.4.1).

⁴⁶ Fougner mfl. (2013) s. 673.

⁴⁷ YIT-dommen avsnitt 39.

⁴⁸ YIT-dommen avsnitt 45. Dette var i samsvar med det Statoil (innleier) anførte.

⁴⁹ YIT-dommen avsnitt 45.

helhetsvurdering.

Det kan tenkes situasjoner der det kan være grunnlag for å gjøre unntak fra det rettslige utgangspunktet. Den utleide arbeidstakeren kan for eksempel være tilknyttet til en avdeling som skiller seg ut fra resten av bedriftens virksomhet. Hvis vi ser tilbake til eksempelet med busselskapet: Hva ville skjedd om selskapet kun leide ut mekanikerne og ikke bussjåførene? Eller hvis selskapet leide ut ansatte i administrasjonen? Administrasjonsansatte må bedømmes som et støtteapparat til det som er virksomhetens formål.⁵⁰ Utleie av disse vil da som utgangspunkt falle utenfor «de fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse», jf. aml. § 14-13 første ledd andre punktum. I slike situasjoner kan det argumenteres for at vurderingen må ta utgangspunkt i den enkelte avdelingen, og ikke i den juridiske enheten.

Hvorvidt en slik snever tolkning av virksomhetsbegrepet kan legges til grunn er uklart, så lenge Høyesterett ikke har tatt uttrykkelig stilling til spørsmålet. I den videre drøftelsen legger jeg til grunn at minimumsvilkårene skal vurderes i forhold til den samlede virksomheten til utleier.

5.4 50 prosentvilkåret

For at utleier skal anses som en produksjonsbedrift, er det et vilkår at «utleieaktiviteten ikke omfatter mer enn 50 prosent av de fast ansatte hos utleier», jf. aml. § 14-13 første ledd andre

⁵⁰ Se Skarning (2013) s. 107 som tar opp spørsmålet i forbindelse med gjennomgangen av hovedbeskjeftigelsesvilkåret.

punktum. Jeg vil først behandle 50 prosentvilkåret,⁵¹ siden det skaper mindre tolkningsproblemer enn hovedbeskjeftigelsesvilkåret, se nedenfor i punkt 5.5.⁵²

Formålet med 50 prosentvilkåret er å hindre at utleie av arbeidskraft utvikler seg til å bli en hovedbeskjeftigelse for den ordinære virksomheten (produksjonsbedriften).⁵³ Ved beregningen av hvorvidt utleieaktiviteten utgjør mer enn 50 prosent av de faste ansatte, skal både produksjonsansatte og administrativt ansatte telle med.⁵⁴ Dette betyr at både faste ansatte som arbeider direkte for virksomhetens formål (produksjonsarbeiderne), og de som arbeider mer indirekte som støttefunksjoner (administrasjonen) skal telles med i beregningen. Dersom bedriften til enhver tid leier ut mer enn 50 prosent av sine faste ansatte, inkludert administrasjonen, vil virksomheten anses som et bemanningsforetak.⁵⁵

5.5 Hovedbeskjeftigelsesvilkåret

Det andre vilkåret for at utleier skal anses som en produksjonsbedrift, er at utleie må skje «innenfor de samme fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse», jf. aml. § 14-13 første ledd andre punktum. Spørsmålet er hva som nærmere ligger i dette vilkåret.

Begrepet «hovedbeskjeftigelse» er ikke nærmere presisert i lovteksten eller i forarbeidene.

Det kreves som nevnt at virksomheten har en egenproduksjon og at dette skal utgjøre hovedaktiviteten, jf. ovenfor i punkt 5.1. Innleier må dermed ta stilling til hva som er produksjonsbedriftens kjernevirksomhet/sentrale fagområdet og hvorvidt utleien av

⁵¹ Jf. YIT-dommen avsnitt 46 som bruker tilsvarende betegnelse.

⁵² Betegnelsen «hovedbeskjeftigelsesvilkåret» er min egen forkortelse av vilkåret som behandles i pkt. 6.6.

⁵³ Ot.prp. nr.70 (1998-99) s. 50 (pkt.6.3.4.2).

⁵⁴ Ot.prp. nr.70 (1998-99) s. 50 (pkt.6.3.4.2).

⁵⁵ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50 (pkt. 6.3.4.2)

arbeidstakeren har skjedd innenfor dette området.⁵⁶ Spørsmålet henger nært sammen med forståelsen av virksomhetsbegrepet i bestemmelsen, se ovenfor i punkt 5.3. Det betyr for eksempel at det kan leies inn en elektriker fra en et elektrikerfirma.

En beslektet problemstilling er hva som nærmere ligger i uttrykket «fagområder». Hvis vi igjen ser tilbake på eksempelet med busselskapet: Dersom selskapet leier ut enkelte av sine bussjåfører til å drive med kursing av ansatte i andre busselskaper, skjer utleien da innenfor fagområder som tilhører utleiers hovedbeskjeftigelse?⁵⁷ Problemstillingen er ikke omtalt i forarbeidene og Høyesterett tok heller ikke stilling til det i YIT-dommen.

Rettstilstanden må anses uavklart så lenge spørsmålet ikke er behandlet av Høyesterett.

Hovedbeskjeftigelsesvilkåret er viktig både i forhold til avgrensningen av hvilke fagområder som må sies å være en del av utleiers hovedbeskjeftigelse, hvilken type ansatte som kan leies ut og ikke minst om disse kan leies ut til andre typer arbeidsoppgaver enn det som strengt tatt er virksomhetens formål. Etersom lovlig innleie fra en produksjonsbedrift uansett beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering, er det uklart om det egentlig er behov for å ta nærmere stilling til de ulike problemstillingene som kan oppstå ved tolkningen av ordlyden. Jeg vil derfor gå over på den skjønnsmessige helhetsvurderingen som skal foretas.

⁵⁶ Johansen og Stueland (2015). s. 664.

⁵⁷ Se om tilsvarende spørsmål i Arbeidsrett.no, lovkommentar (nettversjonen) til aml. § 14-13 note 6 av Anniken Astrup, hentet 30.05.16.

6 Den skjønnsmessige helhetsvurderingen

6.1 Innledning

Spørsmålet om det foreligger lovlig innleie fra en produksjonsbedrift skal avgjøres etter en helhetsvurdering, jf. YIT-dommen. Selv om bedriften ikke leier ut mer enn 50 prosent av sine faste ansatte og utleien skjer innenfor hovedbeskjeftigelsen, kan en skjønnsmessig helhetsvurdering av virksomheten likevel resultere i at den ikke oppfyller hovedvilkåret om at den «ikke skal ha til formål å drive utleie», jf. aml. § 14-13 første ledd første punktum.⁵⁸

Begrunnelsen for en slik helhetsvurdering må ses i sammenheng med de ulike formål bak bestemmelsene om innleie og at vernehensynet overfor den innleide arbeidstaker anses å være grunnleggende forskjellig.⁵⁹ Lovgivers hensikt er som nevnt å ha strengere regler for virksomheter som har utleie av arbeidskraft som formål. Høyesterett presiserte dette nærmere i YIT-dommen, der det heter:

«For å unngå omgåelser av reglene om arbeidsutleie skal det derfor foretas en konkret vurdering av virksomhetens arbeidsutleie sett på bakgrunn av formålet med bestemmelsen».⁶⁰

Det ligger i dette at en vurdering av arbeidsutleiens formål kan bli avgjørende i den skjønnsmessige helhetsvurderingen.⁶¹ Om det likevel foreligger utleieformål skal man i helhetsvurderingen blant annet vurdere virksomhetens «art», herunder «hvilket omfang og

⁵⁸ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50 (pkt. 6.3.4.2).

⁵⁹ NOU 1998: 15 s. 133-134 (pkt. 12.3).

⁶⁰ YIT-dommen avsnitt 48.

⁶¹ Jf. Fougner mfl. (2013) s. 704.

hyppighet utleie skjer og hvor stor andel av virksomheten utleie utgjør».⁶² Det er ikke avgjørende hvordan utleier selv definerer virksomhetens formål. Det er heller ikke avgjørende at hovedformålet faktisk er å drive egenproduksjon og ikke utleie av arbeidskraft. Det avgjørende er en bedømmelse av de faktiske forholdene samlet sett.⁶³

Sentralt i helhetsvurderingen er spørsmålet om arbeidsutleien er i samsvar med de formål aml. § 14-13 er ment å ivareta, eller om dette må anses å falle utenfor bestemmelsens virkeområde, jf. YIT-dommen. Dette vil kunne hindre omgåelse av de strenge reglene som gjelder for innleie fra bemanningsforetak, herunder rettighetene til de innleide etter likebehandlingsprinsippet.

I den videre fremstillingen vil jeg ta utgangspunkt i formålene med aml. § 14-13. Jeg vil se på hva som klart er lovlig innleie etter bestemmelsen. Deretter vil jeg se på de tilfellene som kan være mer usikre. Underveis i drøftelsen vil jeg trekke inn relevante momenter fra både forarbeidene og YIT-dommen.

6.2 Alternativ til oppsigelse eller permittering

Over tid vil de fleste produksjonsbedrifter oppleve at behovet for arbeidskraft reduseres på grunn av svingninger i oppdragsmengden. Formålet med aml. § 14-13 er å ivareta bedriftenes behov for fleksibilitet i slike nedgangsperioder. Dersom bedriften har overskudd på arbeidskraft, kan utleie til en annen bedrift som har behov for ekstra arbeidskraft være et

⁶² Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 43-44 (pkt. 6.3.3.2).

⁶³ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 43-44 (pkt. 6.3.3.2).

«alternativ til oppsigelse eller permittering».⁶⁴ Høyesterett fremhever i YIT-dommen dette som hovedformålet med bestemmelsen.

«Hovedformålet med § 14-13 er å tilgodese utleiebedrifters behov for å kunne leie ut egne produksjonsansatte arbeidstakere når de ellers ville blitt midlertidig overflødige i egen bedrift».⁶⁵

Lovgiver ønsker at det skal være «en forholdsvis vid adgang» til denne type utleie, «for å redusere omfanget av oppsigelser og permitteringer».⁶⁶ Bedrifter som leier ut arbeidskraft utelukkende på bakgrunn av overskudd på egen arbeidskraft vil dermed være omfattet av virkeområdet til aml. § 14-13. Det motsatte må være der utleien skjer med rent profittformål, uavhengig av om produksjonsbedriften har et faktisk overskudd på arbeidskraft.⁶⁷ Slik type arbeidsutleie kjennetegner virksomheter som har som formål drive utleie av arbeidskraft, jf. aml. § 14-12.

Det kan stilles spørsmål ved om produksjonsbedriftens arbeidsutleie kan utgjøre mer enn 50 prosent av de ansatte og/eller skje utenfor fagområdene som tilhører bedriftens utleiers hovedbeskjeftigelse, dersom det skjer som alternativ til permittering eller oppsigelse.

Når det gjelder omfanget av arbeidsutleien må det som utgangspunkt legges til grunn at det ikke kan leies ut «mer enn 50 prosent av de faste ansatte», jf. aml. § 14-13 første ledd andre

⁶⁴ Ot.prp. nr. 56 (2006-2007) s. 17 (pkt. 3.1.1).

⁶⁵ YIT-dommen avsnitt 52.

⁶⁶ NOU 1998: 15 s. 118-119 (pkt. 10.2.2) jf. Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 49-50 (pkt. 6.3.4.1).

⁶⁷ Arbeidsrett.no, lovkommentar (nettversjonen) til aml. § 14-12 note 5.

punktum. Det som er uklart er hvor nær opp til 50 prosentgrensen man kan leie ut, uten at det betyr at utleiebedriften har til formål å drive utleie.

Forarbeidene gir ikke særlig veiledning på dette punktet. På den ene siden er det ønskelig med vid adgang til utleie som alternativ til oppsigelse eller permittering. På den annen side brukes «30 prosent permanent utleie» som eksempel på at en produksjonsbedrift likevel kan anses å ha til formål å drive arbeidsutleie.⁶⁸

I juridisk teori blir det argumentert for at arbeidsutleien kan «ha et relativt stort omfang og hyppighet og andel av virksomheten», dersom utleiebedriften «kun» leier ut som alternativ til oppsigelse eller permittering.⁶⁹ Dette synes å være begrunnet i formålsbetraktninger, siden slik utleie ikke skjer med profittformål.

Videre argumenteres det ut fra sysselsettingshensyn at begrepet «hovedbeskjeftigelse» ikke skal tolkes for snevert. Det heter at produksjonsbedriften må ha adgang til å leie ut alle faste ansatte «som arbeider innen virksomhetens formål, enten de arbeider direkte for virksomhetens formål eller mer indirekte som støttefunksjoner».⁷⁰ Tanken er at alternativet ville vært å permittere eller si opp ansatte som arbeider utenfor det som snevert tolket utgjør utleiens hovedbeskjeftigelse. På den annen side er det uttalelser som trekker i motsatt retning. I kommentarutgaven til loven heter det at «dersom en aktivitet leier ut kontorpersonale, vil forholdet være omfattet av § 14-12, med mindre virksomheten selv har

⁶⁸ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50 (pkt. 6.3.4.2) og gjentatt i senere forarbeider, jf. Ot.prp. nr. 56 (2006-2007) s. 17-18 (pkt. 3.1.1).

⁶⁹ Arbeidsrett.no, lovkommentar (nettversjonen) til aml. § 14-12 note 5.

⁷⁰ Skarning (2013) s. 107.

kontorvirksomhet som hovedbeskjeftigelse». ⁷¹

Etter min vurdering er det vanskelig å si seg uenig i at det ikke skal være adgang til å leie ut alle faste ansatte, så lenge det er begrunnet i et alternativ til permittering eller oppsigelse. Samtidig kan dette åpne for omgåelser. Det vil for eksempel i store produksjonsbedrifter være vanskelig å kontrollere hvorvidt utleien er et resultat av overskudd på arbeidskraft eller om arbeidsutleien må sies å være en del av virksomhetens aktiviteter. Ved den nærmere vurderingen synes det avgjørende å være hvorvidt arbeidsutleien skjer sporadisk eller regulært. ⁷² Dersom utleien skjer regelmessig eller mer permanent, kan det tyde på at formålet ikke er å sysselsette overskuddsarbeidskraft, men å drive med ordinær utleie av arbeidskraft på samme måte som et bemanningsforetak. Dette skal jeg se nærmere på i neste punkt.

6.3 Sporadisk utleie

Det som normalt kjennetegner produksjonsbedrifter er at hovedformålet er å drive med egenproduksjon. Utleie av egne ansatte skjer tilfeldig og som regel på grunn svingninger i produksjonen som medfører overskudd på arbeidskraft, jf. ovenfor i punkt 6.2. Det heter derfor i forarbeidene at aml. § 14-13 er ment å regulere «der utleie kun skjer sporadisk». ⁷³ Spørsmålet blir da hva som etter en skjønnsmessig helhetsvurdering vil kunne tale for at produksjonsbedriftens arbeidsutleie ikke kan sies å være av sporadisk karakter.

Forarbeidene bruker som eksempel at en databedrift som «permanent leier ut 30 prosent av sine edb-tilsatte», vil kunne anses for å drive med ordinær utleie av arbeidskraft. ⁷⁴ Det angis

⁷¹ Fougner m.fl. (2013) s. 674.

⁷² Skarning (2013) s. 108.

⁷³ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50 (pkt. 6.3.4.2).

⁷⁴ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50 (pkt. 6.3.4.2).

ikke noen nedre grense. Det kan derfor tenkes at vedvarende utleie av mindre omfang også vil kunne bli omfattet av reglene for bemanningsforetak. Tilsvarende momenter som fremgår av forarbeidene er der bedriften «regelmessig» leier ut sine ansatte og/eller har «innrettet sin virksomhet med det formål å tilby utleie».⁷⁵ Høyesterett uttalte i YIT-dommen at det vil være omgåelse av formålet med § 14-13 dersom produksjonsbedriften «utvikler arbeidsutleie som et forretningsområde», eller «permanent leier ut en andel av sine ansatte uavhengig av om bedriftens behov eller andre av de oppgitte formål tilsier slik utleie».⁷⁶

Verken forarbeidene eller Høyesterett gir nærmere veiledning om hvordan denne vurderingen skal foretas. Vurderingen forutsetter at innleier skaffer seg inngående kunnskap om den virksomheten som utleier driver. Det må vurderes hvor ofte virksomheten leier ut sine ansatte og omfanget av det, både personell og økonomisk. Dersom arbeidsutleien skjer hyppig, regelmessig eller er en fast aktivitet i virksomheten, kan det tale for at utleier har innrettet sin virksomhet med det formål å drive forretningsmessig utleie av arbeidskraft. Det er imidlertid uklart hvor mye som skal til før grensen eventuelt er overtrådt, slik at reglene for bemanningsforetak kommer til anvendelse.

Videre er det uklart hvilken betydning varigheten av det enkelte innleieforholdet har ved vurderingen om det kan kalles sporadisk eller ikke. I praksis vil spørsmålet komme på spissen dersom arbeidstaker er utleid i mer enn fire år sammenhengende til samme virksomhet, slik situasjonen var i YIT-dommen. Det er normalt da arbeidstaker gjør retten til fast ansettelse hos innleier gjeldende i medhold av fireårsregelen.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 43-44 (pkt. 6.3.3.2).

⁷⁶ YIT-dommen avsnitt 48.

Ordlyden i aml. § 14-13 første ledd gir ikke særlig veiledning. Etter ordlyden kreves det ikke at innleie etter bestemmelsen må være basert på et midlertidig behov. Ettersom fireårsregelen heller ikke gjelder for innleie fra produksjonsbedrift, oppstilles det heller ikke noe øvre grense for hvor lenge arbeidstakeren kan være innleid etter § 14-13.⁷⁷ Spørsmålet blir da om det likevel må forutsettes at innleieforholdet, sett fra utleiebedriftens ståsted, må være av midlertidig karakter for at det skal være i samsvar med bestemmelsens formål.

I forbindelse med utleie som skjer på grunn av overskudd på arbeidskraft, heter det i forarbeidene at produksjonsbedriften som leier ut må vurdere om «nedgangen er forbigående eller permanent».⁷⁸ Dersom nedgangen er varig, må bedriften foreta nødvendige omstillinger av driften og den utleiede arbeidstaker skal ikke hindres varig overflytting til en annen virksomhet. På bakgrunn av dette kan det hevdes at regelverket forutsetter at utleien må være tidsbegrenset. Systembetraktninger kan også tale for en slik forståelse. Innleie av arbeidskraft er en del av reguleringen av korttidsarbeidskraft og er i utgangspunktet ment å harmonisere med reglene for midlertidig ansettelse.⁷⁹ Det betyr at ut- og innleie, uavhengig type virksomhet det leies inn fra, ikke kan være varig, jf. lovens hovedregel om fast ansettelse.

I YIT-dommen forutsettes det også at utleie som alternativ til oppsigelse eller permittering må være av midlertidig karakter, jf. formuleringen «midlertidig overflødig i egen bedrift».⁸⁰ På den annen side tok ikke Høyesterett direkte stilling til om utleien av IT-teknikeren kunne kalles sporadisk i forhold til ham. Først ble det foretatt en generell vurdering av arbeidsutleien

⁷⁷ Dette spørsmålet er regulert som et forhold mellom innleier og de tillitsvalgte i innleiebedriften, jf. aml. § 14-13 andre ledd.

⁷⁸ NOU 1998: 15 s. 118 (pkt. 10.2.2).

⁷⁹ NOU 1998: 15 s. 113 (pkt. 10.1).

⁸⁰ YIT-dommen avsnitt 52.

til selskapet YIT. Høyesterett konstaterte at selskapet ikke drev med «utleie i stort omfang eller utviklet utleie til et forretningsområde».⁸¹ I forbindelse med gjennomgangen av 50 prosentvilkåret heter det at selskapet leide «bare ut arbeidstakere helt sporadisk, hovedsakelig når selskapet har problemer med å sysselsette hele arbeidstokken».⁸² Høyesterett gikk dermed ikke inn på om utleien kunne kalles sporadisk i forhold til den utleiede arbeidstakeren.

Spørsmålet om utleien av IT-teknikeren kunne kalles sporadisk ble vurdert av både tingretten og lagmannsrettens behandling av saken. Begge instanser kom frem til at utleieforholdet ikke var sporadisk på bakgrunn av dens varighet. Arbeidstakeren hadde vært innleid fra første ansettelsesdag og mer enn fire år sammenhengende til Statoil. I denne sammenheng kan det også som illustrasjon vises til Stavanger tingretts dom av 18.03.2014.⁸³ I denne saken ble det foretatt en helhetsvurdering av produksjonsbedriften som stod for utleien. Tingretten vurderte blant annet betydningen av varigheten av innleieforholdet. Utleieforholdet var mer enn fire år til samme virksomhet. Retten kom frem til at selv om aml. § 14-13 som regel vil gjelde mer kortvarige oppdrag, kunne ikke varigheten av det enkelte innleieforholdet være avgjørende i helhetsvurderingen.

Etter mitt syn burde den innleide arbeidstakers stillingsvern være et viktig hensyn i helhetsvurderingen. Dersom innleieforholdet er langvarig eller permanent kan det tale for at arbeidstakeren ikke har en reell stilling hos utleiebedriften, og dermed heller ikke et arbeid å gå tilbake til etter endt utleieperiode. Dette var tilfellet i YIT-dommen. Selv om Høyesterett konkret ikke tok stilling til varigheten av innleieforholdet i forhold til IT-teknikeren, må det

⁸¹ YIT-dommen avsnitt 49.

⁸² YIT-dommen avsnitt 46

⁸³ Stavanger tingrett, Stavanger, 18.03.2014, Saksnr.: 13-141010TVI-STAV.

legges til grunn at manglende arbeid hos utleieselskapet YIT ble avgjørende for at innleieferholdet ikke kunne anses å være omfattet av § 14-13, se nedenfor i punkt 6.5.

6.4 Innleiebedriftens behov for spisskompetanse

Situasjonen kan være at innleiebedriften har behov for en kompetanse egne ansatte ikke besitter, og derfor må leie inn slik kompetanse fra en annen produksjonsbedrift. Det kan for eksempel være et byggefirma som utvikler et eiendomsprosjekt og har behov for en spesialisert ingeniør til deler av prosjektet. Det følger av forarbeidene at aml. § 14-13 også er ment å regulere behovet for «spisskompetanse» i innleiebedriften.⁸⁴ Det er særlig i konsulentfirma innen engineering, teknisk konsulentvirksomhet og IKT at denne type inn- og utleie mellom produksjonsbedrifter forekommer.⁸⁵

Det kan reises spørsmål ved om utleie av en arbeidstaker som ene og alene er begrunnet i innleiebedriftens behov, må anses som forretningsmessig utleie og dermed faller utenfor bestemmelsens virkeområde. Problemstillingen er ikke omtalt i forarbeidene. I YIT-dommen var både ansettelsen hos utleieselskapet YIT og utleien begrunnet i innleiers behov, se nedenfor i punkt 6.5. Situasjonen blir annerledes dersom bare utleien er begrunnet i innleiers behov.

I den tidligere nevnte dommen fra Stavanger tingrett, var situasjonen slik at utleien av arbeidstakeren alene var begrunnet i innleiebedriftens behov. Etter en helhetsvurdering, der retten også la vekt på at arbeidstakeren hadde arbeid å gå tilbake etter endt utleieperiode, kom retten frem til at innleieferholdet var innenfor virkeområdet til aml. § 14-13. Sett i sammenheng med forarbeidenes uttalelse om at bestemmelsen også skal ivareta innleiers

⁸⁴ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 30 jf. Ot.prp. nr. 56 (2006-2007) s. 17-19 (pkt. 3.1.1).

⁸⁵ Ot.prp. nr. 56 (2006-2007) s. 17-19 (pkt. 3.1.1).

behov for spisskompetanse, må resultatet etter min vurdering sies å være i tråd formålet med bestemmelsen.

I juridisk teori sonderes det mellom situasjoner der arbeidsutleien «utelukkende skjer i kjølvannet av tjenesteleveranser», som er en «selvstendig del av virksomheten», eller om det skjer som en «tilleggstjeneste» til selskapets hovedprodukt.⁸⁶ Uttalelsene knytter seg til helhetsvurderingen av virksomhetens «art», men kan etter mitt syn også ses i sammenheng med innleiers behov for spisskompetanse.

Når det gjelder utleie som skjer i kjølvannet av en tjenesteleveranse, kan det alene være begrunnet i innleiers behov. Det kan for eksempel være en IT-bedrift som leverer IKT-tjenester til en kunde, og at denne kunden har behov for å leie inn en IT-spesialist fra bedriften i forbindelse med opplæring av de ansatte hos kunden. I teorien argumenteres det for at utleiebedriften i slike situasjoner ikke kan sies å ha til formål å drive arbeidsutleie, selv om «utleie skjer hyppig og med et visst omfang».⁸⁷ Det motsatte vil være der utleie av arbeidskraft må sies å være «en selvstendig del av virksomheten». Det som kjennetegner sistnevnte er at det nødvendigvis ikke er en sammenheng mellom arbeidsutleien og tjenesteleveransen. Dersom arbeidsutleien er en selvstendig aktivitet i virksomheten, taler det for at formålet er å drive med arbeidsutleie. Varigheten og hvor regelmessig utleien skjer må også trekkes inn ved vurderingen, jf. ovenfor i punkt 6.3.

Arbeidsutleie som skjer som en «tilleggstjeneste» til ordinære tjenester vurderes i teorien å være en slags «mellomkategori». Denne type arbeidsutleie skjer særlig fra leverandørselskaper som leverer produkter og tjenester til olje- og gassindustrien. Utleien kan for eksempel være begrunnet i operatørselskapets behov og kan anses som en «ekstraservice»

⁸⁶ Arbeidsrett.no, lovkommentar (nettversjonen) til aml. § 14-12 note 5.

⁸⁷ Arbeidsrett.no, lovkommentar (nettversjonen) til aml. § 14-12 note 5.

fra leverandørselskapets side. Dersom arbeidsutleien skjer regelmessig på grunn av innleiers behov og leverandørselskapet har innrettet seg på dette, blir spørsmålet om selskapet må anses å ha til formål å drive utleie. I juridisk teori heter det om slike situasjoner at arbeidsutleien skal ha «et noe større omfang og hyppighet og andel av virksomhet» før virksomheten kan anses å ha som formål å drive utleie.⁸⁸

Etter min vurdering viser uttalelsene hvor uklart virkeområdet til aml. § 14-13 i praksis kan være. Denne usikkerheten kan gjøre at virksomhetene i større grad heller velger å inngå entreprisedokumenter. Arbeidet som skal utføres kan imidlertid være av en slik karakter at innleieformen er å foretrekke for partene. På en oljeplattform kan det for eksempel være slik at sikkerhetskravene, behovet for ledelse og organisering av arbeidet gjør at entrepriser ikke kan brukes. I forarbeidene heter det at siden adgang til innleie fra en produksjonsbedrift blir «vesentlig utvidet» vil det være mindre behov for å trekke grensen mellom innleie og entrepriser.⁸⁹ På bakgrunn av dette kan det stilles spørsmål om dette kan inngå som et tolkningsmoment for å tillate innleie som ikke kan organiseres som entrepriser. Rettstilstanden er imidlertid uklar.

6.5 Formålet med ansettelsen og utleien

Helhetsvurderingen innebærer også at det til slutt skal gjøres en konkret vurdering av det individuelle innleieforholdet. Dette innebærer at selv om utleiebedriften ellers anses som en produksjonsbedrift, kan utleie av en enkelt arbeidstaker falle inn under reglene for bemanningsforetak. YIT-dommen er et klart eksempel på at en slik individuell vurdering kan bli avgjørende i den skjønnsmessige helhetsvurderingen. I dette punktet skal jeg se nærmere

⁸⁸ Arbeidsrett.no, lovkommentar (nettversjonen) til aml. § 14-12 note 5.

⁸⁹ NOU 1998: 15 s. 113 (pkt. 10.1.) jf. Ot.prp. nr.70 (1998-1999) s.41 (pkt. 6.3.1.2).

på de individuelle momentene som ble vektlagt i dommen og hva som kan utledes av disse.

Høyesterett slo først fast at selskapet YIT ikke drev med utleie i stort omfang eller hadde utviklet utleie til et forretningsområde. Deretter ble det foretatt en konkret vurdering av bakgrunnen for ansettelsen og utleien av IT-teknikeren fra YIT til Statoil. Høyesterett konkluderte med at:

«I As tilfelle ligger leieforholdet såpass fjernt fra det som var ment å omfatte av § 14-13, at utleien ikke kan ses å ha hjemmel i bestemmelsen».⁹⁰

Høyesterett konstaterte først at de faktiske forholdene i saken var «svært spesielle».⁹¹

Bakgrunnen for dette var blant annet at Statoil leide inn arbeidstakeren (A) i den tro at de arbeidsoppgavene han hadde utført var dekket av entreprisekontrakten mellom YIT og Statoil. Høyesterett slo fast at Statoil måtte bære ansvaret for å ha tatt feil av grensen mellom entrepris og innleie. Deretter viste Høyesterett til momenter i det individuelle innleieforholdet som ledet til at forholdet falt inn under virkeområdet til § 14-12:

Høyesterett sluttet seg til tingrettens og lagmannsrettens bevisvurdering, der det ble lagt til grunn at A ble ansatt hos selskapet YIT på grunn av Statoils behov. Statoil ønsket ikke selv «å leie inn på privat basis». Dette ble løst ved at YIT opprettet en stilling for arbeidstaker som IT-teknikeren for å dekke behovet for hans arbeidskraft hos Statoil. Det ble videre fremhevet at A ble leid ut til Statoil fra første ansettelsesdag. Han hadde aldri arbeidet internt hos sin arbeidsgiver YIT. Hans situasjon skilte seg dermed fra andre ansatte i YIT, fordi tjenestene

⁹⁰ YIT-dommen avsnitt 52.

⁹¹ YIT-dommen avsnitt 49.

han utførte var «spesialtilpasset til Statoils særskilte behov». Selskapet YIT leverte ikke tilsvarende tjenester til andre oppdragstakere. Det fantes heller ikke passende arbeidsoppgaver i YIT som han kunne gå tilbake til. Høyesterett la derfor til grunn at både ansettelsen i YIT og utleien av A var «initiert av og begrunnet i Statoils behov». ⁹² Konklusjonen ble som nevnt at innleieferholdet måtte anses som innleie fra bemanningsforetak etter reglene i aml. § 14-12, og arbeidstaker hadde krav på fast ansettelse i Statoil etter fire årsregelen.

På bakgrunn av dommen kan det utledes at «formålet med ansettelsen» er et sentralt vurderingsmoment i helhetsvurderingen. Dersom arbeidstaker er ansatt kun for å leies ut vil det ikke være i tråd med de formål aml. § 14-13 er ment å ivareta. En slik situasjon ligner på hva som rent faktisk kjennetegner ansettelsesforholdet mellom bemanningsforetak og deres arbeidstakere. ⁹³ Disse ansetter sine vikarer ene og alene med sikte på å leie dem ut til en annen virksomhet, det vil si at de har som sin forretningsidé å tilby arbeidskraft til utleie. ⁹⁴ Dersom en produksjonsbedrift ansetter med samme hensikt, taler det for omgåelse. Da må forholdet vurderes som innleie fra et bemanningsforetak.

Hensynet til arbeidstakers behov for stillingsvern synes videre å ha vært avgjørende i YIT-dommen. Som nevnt fantes det ikke noe passende arbeidsoppgaver arbeidstaker kunne gå tilbake til og behovet for hans arbeidskraft var ene og alene begrunnet i innleiers behov. Stillingsvernet hans, selv om han var fast ansatt hos en produksjonsbedrift, var i realiteten avhengig av utleieoppdraget. Dette har sterke likhetstrekk med stillingsvernet for ansatte i bemanningsforetak. Høyesteretts konklusjon kan dermed sies å bygge på hovedregelen om at behovet for arbeidskraft skal dekkes ved faste, direkte, ansettelser, jf. punkt 3.

⁹² YIT-dommen avsnitt 52.

⁹³ Arbiedsrett.no, lovkommentar (nettversjonen) til aml. § 14-12 note 5.

⁹⁴ Fougner mfl. (2013) s. 704.

7 Oppsummering og konklusjon

YIT-dommen klargjør at grensedragningen beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering ut fra formålet med bestemmelsene og omgåelsesbetraktninger. Gjennomgangen viser at det i praksis kan være vanskelig å ta stilling til hvorvidt et innleieforhold omfattes av aml § 14-12 eller 14-13. Minimumsvilkårene i aml § 14-13 første ledd andre punktum, som var ment å tydeliggjøre grensen mellom bemanningsforetak og produksjonsbedrift, kommer mer i bakgrunnen.

Fordelen ved den skjønnsmessige helhetsvurderingen er at den vil kunne fange opp omgåelser av regelverket. For eksempel vil det kunne hindre at virksomheter som egentlig omfattes av § 14-12 forsøker å framstå som en produksjonsbedrift for å unngå likhetsbehandlingsprinsippet. Det vil også kunne fungere som en slags gjennomskjæringsregel: Dersom den utleiede arbeidstakers stillingsvern i realiteten er avhengig av utleieoppdraget, taler det for at forholdet vil bli bedømt som innleie fra et bemanningsforetak.

Utfordringen ved helhetsvurderingen er at det beror på en konkret og skjønnsmessig vurdering i hvert enkelt innleieforhold, noe som kan gjøre forutberegneligheten mindre. Regelverket forutsetter at innleier har kunnskap om utleiebedriftens virksomhet for å ta stilling til hvilken bestemmelse i loven innleieforholdet faller inn under. Loven setter strenge vilkår og pålegger innleier en dokumentasjonsplikt overfor de tillitsvalgte i innleiebedriften om at vilkårene i aml. § 14-13 første ledd er oppfylt.⁹⁵ Slik dokumentasjon og kunnskap kan i praksis være vanskelig å innhente og ikke minst ressurskrevende, særlig når utleiebedriften

⁹⁵ Se aml. § 14-13 tredje ledd.

befinner seg i utlandet. Dette anerkjennes også av lovgiver, men er likevel en bevisst risiko som er pålagt innleier.⁹⁶

⁹⁶ Ot.prp. nr. 56 (2006-2007) s. 20-21 (pkt.3.3.3).

8 Litteraturliste

Lover

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

Lov av 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn (tjenestemannsloven).

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

Lov om tiltak for å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven) av 27. juni 1947 nr. 9 (opphevet).

Lovforarbeid

NOU 1998: 15 - *Arbeidsformidling og arbeidsleie.*

Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) - *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 sys-selsetting.*

Ot.prp. nr. 56 (2006-2007) - *Endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (innleie, påseplikt for opp-dragsgivere og innsynsrett for tillitsvalgte mv.).*

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

Prop. 39 L (2014–2015) - *Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold).*

Rettspraksis

Høyesteretts dom av 20. desember 2013, Rt-2013-1730 (YIT-dommen).

Stavanger tingrett, Stavanger, 18.03.2014, Saksnr.: 13-141010TVI-STAV. (upublisert).

EU-domstolens dom 17. mars 2015, sak C 533/13 Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry (AKT) mot Öljytuote ry and Shelle Aviation Finland Oy (SAF) (nr. 2/2015).

Litteratur

Fougner, Jan, Lars Holo, Trond Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, - *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave.* 2. utgave. Oslo, 2013

Jakhelln, Henning mfl. - *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven*. Nettversjonen. Cappelen Damm Akademisk. Kommentarer til aml. §§ 14-12 og 14-13 av Anniken Astrup, skrevet ut 30.05.16.

Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland (red.) - *Arbeidsmiljøloven. Kommentarer og praksis*. 2. utgave. Oslo, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2015.

Jakhelln, Henning – *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave. Oslo. N.W. Damm & Søn, 2006.

Skarning, Nicolay - *Midlertidige ansettelser, innleie og vikarbyrådirektivet*. 1. utgave. Oslo, universitetsforlaget, 2013.

Skjønberg, Alexander Næss og Erik Hognestad - *Individuell arbeidsrett*. Oslo, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2014.