

Grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise

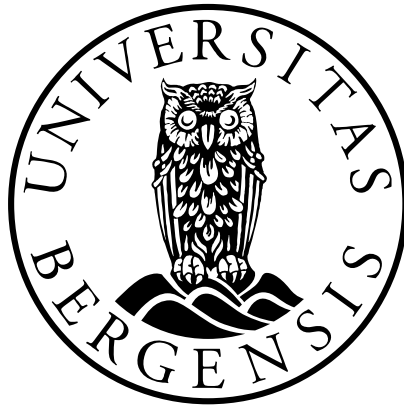
En analyse av Norwegian-dommen

Kandidatnummer:

15

Antall ord:

13 528



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08.06.2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	2
1.1	Tema og aktualitet	2
1.2	Problemstillinger og avgrensninger	4
1.3	Rettskildebildet	6
2	Hva er innleie og bemanningsentreprise?	9
2.1	Innleie	9
2.1.1	Vilkår for innleie	9
2.1.2	Virkninger ved urettmessig bruk av innleie fra bemanningsforetak	11
2.1.3	Innleie fra produksjonsbedrift	12
2.2	Bemanningsentreprise	14
3	Grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise	16
3.1	Hvorfor skille mellom innleie og bemanningsentreprise?	16
3.2	Vurderingstemaet for grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise	19
3.3	Redegjørelse for faktum i sentrale dommer	21
3.3.1	Norwegian-dommen, HR-2018-2371-A	21
3.3.2	Quality People-dommen, Rt. 2013 s. 998	22
3.4	Momenter i vurderingen av grensedragningen	24
3.4.1	Arbeidsledelsen	24
3.4.2	Resultatansvar	27
3.4.3	Oppdragets avgrensning	30
3.4.4	Utvelgelsen av arbeidstakere	31
3.4.5	Vederlag	34
3.4.6	Ansvar for lokale, materialer og verktøy	36
4	Sammenligning med grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker	38
4.1	Likheter og ulikheter i vurderingstemaene	38
4.2	Nærmere sammenligning av momentene	41
5	Avsluttende bemerkninger	47
	Kildeliste	49

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Temaet i masteravhandlingen er grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise på arbeidsrettens område.

Hovedregelen i norsk arbeidsrett er at en arbeidstaker skal ansettes fast etter lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.) § 14-9 første ledd, første punktum. Selv om hovedregelen er fast ansettelse er det åpnet for at en arbeidsgiver kan dekke sitt arbeidskraftbehov ved bruk av innleie eller bemanningsentreprise. Adgangen til innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak er underlagt samme begrensninger som for midlertidig ansettelse etter aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 annet ledd bokstav a til e. Tilsvarende begrensning foreligger ikke for bemanningsentreprise.¹

Det vil foreligge et fast ansettelsesforhold uavhengig av om forholdet karakteriseres som innleie fra bemanningsforetak eller bemanningsentreprise, og vedkommende er på denne måten beskyttet av arbeidsmiljøloven. En innleid arbeidstaker er ansatt hos utleier, og ved bemanningsentreprise er arbeidstakeren ansatt hos entreprenøren. Grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise har i seg selv ikke betydning for hvem som er arbeidsgiver. For at det skal skje en endring i hvem som er arbeidsgiver må det først konstateres at det foreligger et innleieforhold, og dersom innleieforholdet er ulovlig kan den innleide arbeidstakeren ha rett på fast ansettelse hos innleier etter aml. § 14-14 første ledd. Alternativt må vedkommende ha vært innleid hos innleier i tre eller fire år, jf. aml. § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-9 sjuende ledd. Grunnen til at en innleid arbeidstaker kan ønske en avgjørelse på at vedkommende er fast ansatt hos innleier fremfor utleier vil typisk være at fast ansettelse hos innleier kan medføre et tryggere ansettelsesforhold over tid.²

Grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise skiller seg fra en nærliggende problemstilling som er skillet mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker. I grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker er selve spørsmålet om

¹ Storeng m.fl. (2016) s. 147.

² Behandles nærmere i punkt. 2.1.2 og 3.1.

vedkommende er arbeidstaker i det hele tatt, og ikke hvem som utgjør arbeidstakeren sin faste arbeidsgiver slik som ved grensedragningen innleie og bemanningsentreprise.

En klargjøring av om det foreligger et innleieforhold eller bemanningsentreprise er først og fremst av betydning for arbeidstaker grunnet rettighetene som oppstår under et innleieforhold. En innleid arbeidstaker er under innleieperioden underlagt likebehandlingsprinsippet etter Europaparlamentets og rådsdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 (Vikarbyrådirektivet) som er gjennomført i norsk rett gjennom aml. §§ 14-12 a, 14-12 b og 14-12 c.³ Likebehandlingsprinsippet innebærer blant annet at en innleid arbeidstaker skal sikres lik lønn som en arbeidstaker som er fast ansatt hos innleier, jf. aml. § 14-12 a første ledd. Ved bemanningsentreprise gjelder ikke likebehandlingsprinsippet.⁴

Om behovet for arbeidskraft skal karakteriseres som innleie eller bemanningsentreprise er ikke alltid lett å avgjøre ettersom det er flere likheter mellom dem. Kjennetegn på en bemanningsentreprise er at en entreprenør har påtatt seg en resultatforpliktelse overfor oppdragsgiver.⁵ Det er oppdragstaker (entreprenøren) som skal stå for ledelsen av arbeidet frem til et ferdig resultat.⁶ Ved innleie skal utleieren stille løpende arbeidskraft til disposisjon overfor innleier,⁷ og den innleide arbeidstakeren er underlagt oppdragsgiver (innleier) sin styrings- og instruksjonsrett.⁸

HR-2018-2371-A, Norwegian-dommen er en nyere høyesterettsavgjørelse hvor problemstillingen grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise er kjernespoørsmålet.⁹ Ettersom saken nylig er kommet til høyeste rettslige instans, Høyesterett, synliggjør det at grensen for innleie og bemanningsentreprise er aktuell. Norwegian-dommen illustrerer at skillet mellom innleie og bemanningsentreprise ikke alltid er så lett å trekke, og at det foreligger et behov for en rettsavgjørelse for vurderingen av grensedragningen. Høyesterett sin vurdering av momentene i grensedragningen i Norwegian-dommen vil ha en helt sentral rolle i masteravhandlingens hoveddel i kapittel 3.

³ Behandles nærmere i punkt 3.1.

⁴ Storeng m.fl. (2016) s. 148.

⁵ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 3 og Storeng m.fl. (2016) s. 147.

⁶ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 3 og s. 23.

⁷ Storeng m.fl. (2016) s. 147.

⁸ NOU 1998: 15 punkt 5.1.4.

⁹ HR-2018-2371-A avsnitt 69.

1.2 Problemstillinger og avgrensninger

Avhandlingen sitt fokus er arbeidsforhold som reguleres av arbeidsmiljøloven, og ikke eventuelle særskilte forhold som følger av tjenesteloven,¹⁰ statsansatteloven¹¹ og spesiallover som skipsarbeidsloven¹² og universitets- og høyskoleloven.¹³ Grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise har betydning også i skatterettslige- og merverdiavgiftsspørsmål, men disse problemstillingen vil holdes utenfor avhandlingen ettersom avhandlingen omhandler rettsområdet arbeidsrett.

I kapittel 2, nærmere bestemt 2.1, vil det bli foretatt en presentasjon av hva innleie er. Innleiebegrepet er avgrenset i avhandlingen til innleie fra bemanningsforetak etter aml. § 14-12 første ledd. Adgangen til innleie fra «*virksomhet som ikke har til formål å drive utleie*» (produksjonsbedrift) etter aml. § 14-13 er utenfor avhandlingens kjerne. Vilåårene for innleie fra produksjonsbedrift er mindre restriktive enn reglene for bemanningsforetak, og utgjør en problemstilling i seg selv. Det vil imidlertid kort bli redegjort for hva som utgjør hovedforskjellene mellom innleie fra bemanningsforetak og produksjonsbedrift i punkt 2.1.3.

Vilåårene for innleie fra bemanningsforetak etter aml. § 14-12 første ledd, jf. aml. § 14-9 annet ledd bokstav a til e blir gjennomgått på overflatenivå. Det er ikke nødvendig med en inngående behandling av vilåårene og typetilfellene, men for å forstå forskjellen i adgangen til innleie og bemanningsentreprise vil det være nødvendig å foreta en kort behandling av dette i punkt 2.1.1.

Avhandlingens hoveddel følger av kapittel 3. Hovedfokuset i avhandlingen er selve vurderingen av grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise, med Norwegian-dommen som sentralt analyseobjekt.¹⁴ I Norwegian-dommen ble det fremsatt krav om arbeidsgiveransvar på særskilt grunnlag etter aml. § 1-8 annet ledd.¹⁵ Denne problemstillingen er ikke omfattet av avhandlingen.

Innledningsvis i kapittel 3 blir det i punkt 3.1 gjennomgått hvorfor det er viktig å skille mellom innleie og bemanningsentreprise. Deretter fremgår det i 3.2 en presentasjon av

¹⁰ Lov 19. juni 2009 nr. 103 om tjenestevirksomhet (tjenesteloven).

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

¹² Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven).

¹³ Lov 01. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler (universitets- og høyskoleloven).

¹⁴ HR-2018-2371-A.

¹⁵ HR-2018-2371-A avsnitt 1 og 100.

vurderingstemaet for grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise. Kjernen i avhandlingen følger av punkt 3.4 som inneholder en analyse av momentene i grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise.

I utgangspunktet er avhandlingen avgrenset mot problemstillingen grensen mellom arbeidstaker etter aml. § 1-8 første ledd og selvstendig oppdragstaker. Et arbeidskraftbehov som dekkes gjennom bemanningsentreprise har imidlertid mange likhetstrekk med benyttelse av en selvstendig oppdragstaker, og problemstillingen for grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker vil derfor bli kort presentert under bemanningsentrepripunktet 2.2.

Grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker har videre mange sammenfallende momenter i vurderingstemaet som ved grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise. Det er dermed sentralt å se på likheter og ulikheter i disse vurderingstemaene. En sammenligning av grensedragningene blir foretatt i kapittel 4.

Avslutningsvis i kapittel 5 blir det foretatt en avveining av momentene i grensedragningen opp mot hverandre, samt noen avsluttende bemerkninger om hvilken betydning Norwegiandommen har hatt for grensedragningen innleie og bemanningsentreprise.

1.3 Rettskildebildet

Innenfor arbeidsretten er arbeidsmiljøloven en helt sentral rettskilde.¹⁶ Adgangen til innleie er regulert i aml. § 14-12 første ledd. Tilsvarende lovregulering foreligger ikke for bemanningsentreprise. Innleiebegrepet er imidlertid ikke legaldefinert i arbeidsmiljøloven. Fastleggingen av det nærmere innholdet av hva som ligger i innleiebegrepet er etter alminnelige tolkningsprinsipper en ordlydstolkning.¹⁷ Ordlyden til «innleie» i arbeidsmiljøloven § 14-12 gir i seg selv liten veiledning i hva som ligger i begrepet. Innleiebegrepet må dermed fastlegges på bakgrunn andre rettskilder.

Arbeidsmarkedsloven § 25 annet ledd definerer utleie av arbeidskraft:

«Med utleie av arbeidstakere menes leie av arbeidstakere fra en arbeidsgiver (utleier) til en oppdragsgiver (innleier) der de innleide er underlagt oppdragsgivers ledelse.»¹⁸

Definisjonen av utleie som følger av arbeidsmarkedsloven § 25 er lagt til grunn i forarbeidene til arbeidsmarkedsloven som en implisitt definisjon av begrepet innleie.¹⁹

Tidligere sysselsettingsloven § 27 inneholdt et betinget forbud mot utleie dersom virksomheten:

«[...] går ut på å stille egne tilsatte til disposisjon for en oppdragsgiver når disse er underlagt oppdragsgiverens ledelse [...]».²⁰

Arbeidsmarkedsloven § 25 annet ledd og den nå opphevede sysselsettingsloven § 27 første ledd er med på å definere hva innleie er. Det ble uttalt i forarbeidene til arbeidsmarkedsloven at innleiebegrepet skulle tilsvare det tidligere utleiebegrepet i sysselsettingsloven § 27, og at grensedragningen mellom innleie og entreprise skulle bestå uendret.²¹ Forarbeidene (tjenestemannsutvalgets innstilling) til sysselsettingsloven innehar videre uttalelser om grensedragningen mellom utleie og bemanningsentrepriser.²²

¹⁶ Fougner (2019) s. 12.

¹⁷ Boe (2010) s. 275.

¹⁸ Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) § 25 annet ledd.

¹⁹ Ot.prp. nr. 62 (2003-2004) punkt 9.2.1.

²⁰ Lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak for å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven) § 27.

²¹ Ot.prp. nr. 62 (2003-2004) punkt 9.2.1.

²² Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 3 og 23.

Tilhørende forarbeider til den tidligere sysselsettingsloven²³ og arbeidsmarkedsloven²⁴ kan dermed fungere som veiledende rettskilder for begrepene innleie og bemanningsentreprise er, og grensen mellom disse.

Bemanningsentreprisebegrepet er ikke definert i lovgivning. Tjenestemannsutvalget har i sin innstilling foretatt en definisjon av entrepriserbegrepet som har blitt lagt til grunn i rettspraksis, og uttalelsen vil bli benyttet som rettskilde for begrepet i avhandlingen.²⁵

Hva som ligger i selve vurderingen av grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise fremgår ikke av lovgivning. De sentrale momentene i vurderingen er uttrykt i forarbeidene til arbeidsmiljøloven.²⁶ Momentene blir gjennomgått grundig i kapittel 3 av avhandlingen. Forarbeidene går imidlertid ikke nærmere inn på hva som ligger i de ulike momentene. Grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise blir kun behandlet overfladisk i juridisk teori. Dette medfører at omfanget av tilgjengelig rettskildemateriale for temaet er begrenset. Det begrensede omfanget av tilgjengelig rettskildemateriale illustrerer at rettspraksis som har behandlet problemstillingen er svært viktig for hva som ligger i vurdering av grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise.

Det er imidlertid et snevert omfang av Høyesterettspraksis som omhandler problemstillingen grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise. Rettspraksis som foreligger har stor rettskildemessig vekt ettersom det er få relevante dyptgående kilder om temaet.

Norwegian-dommen er den nyeste avsagte dommen om grensedragningen.²⁷ Hvilken betydning Norwegian-dommen har som rettskilde vil bli redegjort for i kapittel 3 og 5.

Rettskildesituasjonen for innleie og bemanningsentreprise skiller seg fra den nærliggende problemstillingen grensen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker. Det foreligger et mangfold rettskilder som angår skillet mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker. Grensedragningen mellom arbeidstaker selvstendig oppdragstaker er analysert grundig i teori. I tillegg foreligger det et stort omfang av rettspraksis som omhandler problemstillingen. Hvorvidt rettskildene for grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker

²³ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971).

²⁴ Ot.prp. nr. 62 (2003-2004).

²⁵ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23.

²⁶ Se avhandlingens punkt 3.2, Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 4.2 og NOU 1998: 15 punkt 5.1.4.

²⁷ HR-2018-2371-A.

kan anvendes som veiledning i vurderingen av grensen mellom innleie og bemanningsentreprise vil bli redegjort for i kapittel 4.

2 Hva er innleie og bemanningsentreprise?

2.1 Innleie

Som redegjort for i punkt 1.3 innehar ikke arbeidsmiljøloven en definisjon på innleie. Det sentrale ved innleie er at oppdragsgiveren står for lederskapet av arbeidsoppgavene til arbeidstaker, og at utleier ikke har resultatforpliktelse knyttet til det arbeidet som den utleide arbeidstakeren utfører.²⁸

En innleid arbeidstaker må være ansatt hos en annen arbeidsgiver (utleier) enn oppdragsgiver (innleier).²⁹ Arbeidsforholdet i en innleiesituasjon er et trepartsforhold. Innleier inngår en kontrakt med utleier om innleie av arbeidstakeren, og utleier er arbeidsgiveren til den innleide arbeidstakeren. Innleier og den innleide arbeidstaker inngår ikke et ansettelsesforhold.³⁰ Det er dermed utleier som har hovedarbeidsgiverfunksjonene som ansettelse og oppsigelse. Utleier har også ansvaret for lønn overfor den utleide arbeidstakeren.³¹ Det følger imidlertid av aml. § 14-12 a at det foreligger et solidaransvar for oppdragsgiver (innleier) for den innleides lønnsforhold.³²

Innleier har også plikter overfor den innleide arbeidstaker i kraft av å være oppdragsgiver.³³ Ansvaret for arbeidsmiljøet etter aml. § 2-2 og likebehandlingsprinsippet i aml. §§ 14-12 a-14-12 c er eksempler på plikter som oppdragsgiver må overholde overfor en innleid arbeidstaker.

2.1.1 Vilkår for innleie

Adgangen til innleie er uttømmende regulert i aml. §§ 14-12 og 14-13. Innleietilfellene deles inn i to kategorier – innleie fra bemanningsforetak og innleie fra ordinære bedrifter, også kalt produksjonsbedrifter. Vilårene for innleie stiller seg ulikt alt etter om det er innleie fra en virksomhet «som har til formål å drive utleie» (bemanningsforetak) etter aml. § 14-12 eller

²⁸ NOU 1998: 15 punkt 5.1.4, Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59 og Fougner (2019) s. 673.

²⁹ Fougner (2019) s. 771.

³⁰ Storeng m.fl. (2016) s. 137.

³¹ Storeng m.fl. (2016) s. 138.

³² Behandles nærmere i punkt. 3.1.

³³ Borgerud/Næss (2019) s. 199.

om det er innleie fra en virksomhet «*som ikke har til formål å drive med utleie*» (produksjonsbedrift) etter aml. § 14-13.

Hensynet bak adgangen til innleie fra bemanningsforetak er innleier sitt behov for kortsiktig og tilfeldig arbeidskraft utover sin faste arbeidsstokk i perioder,³⁴ mens innleie fra produksjonsbedrift er begrunnet med utleiers behov for alternativ sysselsetting for sine ansatte ved midlertidig overskudd av ansatte i egen bedrift.³⁵ Avhandlingen fokuserer på innleie fra bemanningsforetak, men det vil kort bli gjennomgått hva som utgjør hovedforskjellen fra innleie fra en produksjonsbedrift i punkt 2.1.3.

For at et bemanningsforetak skal falle inn under regelen i aml. § 14-12 første ledd må de ha som «*formål å drive utleie*». Dette innebærer at utleien må skje utenfor de fagområder som anses å utgjøre utleiers hovedbeskjeftigelse og overstige 50 prosent av de faste ansatte.³⁶

Innleier sitt behov for midlertidig arbeidskraft i form av innleie fra bemanningsforetak kan for eksempel oppstå grunnet faste arbeidstakeres sykdom, ferie og annet fravær eller grunnet spesialprosjekter av kortere varighet.³⁷ Midlertidig innleie av arbeidstakere fra bemanningsforetakene vil i slike situasjoner bidra til rasjonell og effektiv drift av virksomheten.³⁸

Adgangen til innleie fra bemanningsforetak er kun tillatt «*i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter § 14-9 annet ledd bokstav a til e*» etter aml. § 14-12 første ledd. Dette medfører at vilkårene for midlertidig ansettelse må være innfridd for at innleie fra bemanningsforetak skal bli godtatt. Alternativene for midlertidig ansettelse i aml. § 14-9 annet ledd bokstav a til e er ment som en uttømmende regulering av når innleie fra bemanningsforetak er tillatt etter aml. § 14-12 første ledd:

«[...] a) når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten,

b) for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat),

c) for praksisarbeid,

³⁴ NOU 1998: 15 punkt 5.1.1 og 10.2.2.

³⁵ Rt. 2013 s. 1730 avsnitt 52.

³⁶ Se Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) § 14-13 første ledd annet punktum.

³⁷ NOU 1998: 15 punkt 5.1.1 og 10.2.2.

³⁸ NOU 1998: 15 punkt 10.2.2.

d) deltaker i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med Arbeids- og velferdsetaten,

e) for idrettsutøvere, idrettstrenere, dommere og andre ledere innen den organiserte idretten [...]"

2.1.2 Virkninger ved urettmessig bruk av innleie fra bemanningsforetak

Bakgrunnen for at innleie ikke skal bli godtatt i større utstrekning enn midlertidig ansettelse er at regelen om innleie ikke skal bli brukt som en omgåelse av de strenge begrensningene for midlertidig ansettelse og hovedregelen om fast ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd.³⁹

Et midlertidig ansettelsesforhold opphører etter arbeidsmiljøloven § 14-9 sjette ledd uten oppsigelse fra arbeidstaker eller arbeidsgiver når den fastsatte perioden for arbeidsforholdet er utløpt eller når arbeidsoppdraget er fullført. Midlertidig ansettelse er dermed begrenset i tid eller omfang, i motsetning til fast ansettelse hvor arbeidsforholdet først opphører ved oppsigelse fra en av partene.

Oppsigelse fra arbeidsgiver ved fast ansettelse krever saklig grunn etter aml. § 15-7, og terskelen for at arbeidsgiver skal kunne gå til oppsigelse av arbeidstaker er høy.⁴⁰ For å beskytte arbeidstakeren sitt sterke stillingsvern er det dermed gitt klare begrensninger i arbeidsmiljøloven § 14-9 annet ledd bokstav a til f i adgangen til midlertidig ansettelse, og tidsbegrensninger på hvor lang tid man kan være midlertidig ansatt.

Virkningen av ulovlig innleie reguleres av aml § 14-14. Er den innleide arbeidstakeren ansatt i strid med vilkårene i aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 annet ledd bokstav a til e har den innleide arbeidstakeren krav på dom på fast ansettelse etter § 14-14 første ledd første punktum. Retten kan likevel bestemme at arbeidstaker ikke har krav på fast ansettelse dersom det vil være urimelig, jf. § 14-14 første ledd annet punktum. I tillegg kan en innleid arbeidstaker som er ansatt i strid med aml. § 14-12 kreve erstatning fra innleier etter aml. § 14-14 annet ledd, jf. § 15-12 annet ledd. Tilsvarende regulering foreligger for midlertidig ansettelse.⁴¹

³⁹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.3.

⁴⁰ Eksempelvis Rt. 2009 s. 685.

⁴¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) §§ 14-11 og 15-12 annet ledd.

Ved midlertidig ansettelse har den midlertidige ansatte rett på fast ansettelse etter en fastsatt tidsbegrensning i aml. § 14-9 sjuende ledd. Tidsbegrensningen er satt til tre eller fire år alt etter hva som er grunnlaget for ansettelsen etter aml. § 14-9 annet ledd bokstav a til f.

Tre/fireårsregelen er inntatt også for innleie i aml. § 14-12 fjerde ledd, jf. aml. § 14-9 sjuende ledd. Sammenhengen i regelverket tilsier at det bør foreligge parallellitet mellom reglene om innleie og midlertidig ansettelse.⁴² En innleier som har hatt en innleid arbeidstaker i en midlertidig stilling over tre/fire år kan vanskelig begrunne at arbeidsbehovet er av midlertidig karakter.

En innleid arbeidstaker kan som nevnt ovenfor i punkt 1.1 være fast ansatt hos utleier, og er dermed beskyttet av oppsigelsesvernet overfor utleier.⁴³ Fast ansettelse hos et bemanningsforetak innebærer ikke at arbeidstakeren har rett på en viss stillingsprosent.⁴⁴ Arbeidstakeren kan dermed oppleve at utleier i perioder har lavere antall tilgjengelige oppdrag. Dette kan for eksempel skje ved at en tidligere kontrakt med innleier er overført til et annet bemanningsforetak, og arbeidstakeren må da avvente til innleier har nye oppdrag å tilby. Fast ansettelse hos innleier kan av den grunn gi den innleide arbeidstakeren tryggere ansettelsesforhold over tid. Den innleide arbeidstakeren kan dermed ønske å få en avgjørelse på at han er fast ansatt hos innleier fremfor utleier. For at den innleide arbeidstakeren skal få innleier som arbeidsgiver må det som tidligere nevnt foreligge et ulovlig innleieforhold eller tre/fireårsregelen må være innfridd.

2.1.3 Innleie fra produksjonsbedrift

Adgang til innleie fra produksjonsbedrifter reguleres av aml. § 14-13. Vilklårene for innleie etter produksjonsbedrift er betydelig mildere enn for et bemanningsforetak.⁴⁵ Det blir ikke krevd at vilklårene for midlertidig ansettelse skal være innfridd for at innleie fra produksjonsbedrift skal bli godtatt. Grunnen til den utvidede adgangen for innleie fra en produksjonsbedrift er at utleieadgangen er begrunnet i produksjonsvirksomhetens behov.

⁴² Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) punkt 16.6.4.

⁴³ NOU 1998: 15 punkt 5.2.1.

⁴⁴ NOU 1998: 15 punkt 5.2.1.3.

⁴⁵ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) § 14-13 første ledd kontra § 14-12 første ledd.

Utleie av arbeidskraft fra virksomheten kan være et alternativ til permittering eller oppsigelse, og er dermed et positivt alternativ for den utleide arbeidstakeren.⁴⁶

Virkningene som følger av aml. § 14-14 gjelder kun brudd etter reglene for innleie fra bemanningsforetak. Det følger imidlertid av forarbeidene at dersom produksjonsbedriften som leier ut sine ansatte er utenfor det som omfattet av dens hovedbeskjeftigelse, eller utleien utgjør mer enn halvparten av virksomhetens faste ansatte faller virksomheten inn under aml. § 14-12. Utleien blir da ansett som utleie fra en virksomhet «*som har til formål å drive utleie*» etter aml. § 14-12 første ledd.⁴⁷ Rettsvirkningene for den utleide arbeidstakeren blir da at dersom det har foregått ulovlig utleie kan den innleide kan kreve fast ansettelse hos innleier etter aml. § 14-14 første ledd.

Likebehandlingsreglene i aml. §§ 14-12 a til 14-12 c gjelder heller ikke for virksomheter «*som ikke har til formål å drive utleie*» etter aml. § 14-13.⁴⁸ Det kan derfor være av betydning for den utleide arbeidstakeren å få avgjort om tilfellet faller inn under innleie etter aml. § 14-12 dersom likebehandlingsprinsippet vil medføre bedre arbeidsvilkår.

⁴⁶ Skjønberg m.fl. (2017) s. 159.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.4.2.

⁴⁸ Storeng m.fl. (2016) s. 141.

2.2 Bemanningsentreprise

Ordet entreprise forbindes normalt med bygg og anleggsbransjen.⁴⁹ Betydningen av entreprise i arbeidsrettslig forstand har et utvidet virkeområde. Høyesterett mente både i Quality People-dommen, Rt. 2013 s. 998 som omhandlet kontrakt om posthåndtering og Norwegian-dommen,⁵⁰ som gjaldt kabinansatte og piloter i Norwegian, at det dreide seg om bemanningsentrepriser. Dommene illustrerer at bemanningsentreprise utgjør et mangfold og blir benyttet i ulike bransjer.

Bemanningsentreprisebegrepet er som nevnt i punkt 1.3 ikke legaldefinert i lovgivning. Innholdet av begrepet er utviklet gjennom rettskildene.

Ved innleie skal utleier stille løpende arbeidsytelse til disposisjon der innleier har instruksjon og ledelse, utleier har dermed ikke noe ansvar og risiko for resultatet av arbeidet. Det sentrale i et entrepriseoppdrag er at det skal leveres et sluttresultat i form av et produkt eller en tjeneste bestilt på oppdrag fra oppdragsgiver til entreprenøren.⁵¹ Denne definisjonen av entreprise følger av tjenestemannsutvalgets innstilling:

«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.»⁵²

Ved bemanningsentreprise er det entreprenøren som har ansvaret for resultatet, og dermed står for ledelsen av arbeidet.⁵³ Tjenestemannsutvalgets innstilling innehar en uttalelse av hva som typisk karakteriserer en bemanningsentreprise:

«Et utpreget og helt avgjørende kjennetegn på entreprise er [...] at entreprenøren faktisk utøver arbeidsledelsen, dvs. at han selv eller gjennom noen som er ansatt hos ham, leder, fordeler og kontrollerer det arbeid som utføres.»⁵⁴

Bemanningsentreprise må etter dette karakteriseres som et oppdrag bestilt fra oppdragsgiver hvor det er entreprenøren som er ansvarlig for å innhente og lede kvalifiserte ansatte frem til

⁴⁹ Se for eksempel Hagstrøm (1996) s. 9.

⁵⁰ HR-2018-2371-A.

⁵¹ Storeng m.fl. (2016) s. 147.

⁵² Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23.

⁵³ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23 og NOU 1998: 15 punkt 5.1.4.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 3.

sluttresultatet basert på oppdraget gitt fra oppdragsgiver. Dette medfører at et midlertidig behov for arbeidskraft dekket ved entreprise opphører når oppdraget er ferdigstilt.

En måte å dekke et arbeidskraftbehov på som ikke er lovregulert, og som har fellestrekk med bemanningsentreprise er selvstendige oppdragstakere. Typisk oppdrag utført av selvstendige næringsdrivende organisert som enkeltpersonforetak. Problemstillingen som ofte oppstår i forbindelse med selvstendige oppdragstakere er om de skal anses for å være en arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven § 1-8.

En selvstendig oppdragstaker er ikke omfattet av arbeidstakervernet etter arbeidsmiljøloven.⁵⁵ Det er kun arbeidstakere etter aml. § 1-8 som er beskyttet av arbeidsmiljøloven. Grunnet rettighetene og pliktene som oppstår for en arbeidstaker og arbeidsgiver i et arbeidstakerforhold er det helt sentralt å få avgjort om forholdet skal karakteriseres som bruk av en selvstendig oppdragstaker eller arbeidstaker. Ved en bemanningsentreprise vil ikke vedkommende være beskyttet av arbeidsmiljøloven overfor oppdragsgiver. Vedkommende vil imidlertid i en slik situasjon være fast ansatt hos oppdragstaker (entreprenøren), og er på denne måten vernet av arbeidsmiljøloven.

Problemstillingene skiller seg dermed fra hverandre grunnet at det foreligger en vesentlig forskjell i hvilket vern en selvstendig oppdragstaker har, som ikke har noen arbeidsgiver, og en person som er ansatt hos en leverandør av en bemanningsentreprise. Hvordan vurderingstemaene fra grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise er sammenfallene med grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker, og hvordan momentene er blitt tolket likt og ulikt av Høyesterett, og hvilken betydning dette har, vil det bli nærmere redegjort for i kapittel 4.

⁵⁵ Fougner (2019) s. 25.

3 Grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise

3.1 Hvorfor skille mellom innleie og bemanningsentreprise?

Det er viktig å få klargjort om arbeidskraftbehovet utgjør et innleieforhold ettersom det oppstår plikter for oppdragsgiver (innleier) overfor den innleide arbeidstakeren gjennom arbeidsmiljøloven, samt rettigheter for den innleide arbeidstakeren. Tilsvarende forpliktelser og rettigheter oppstår ikke ved bemanningsentreprise.⁵⁶ Skillet er også av betydning ettersom arbeidsmiljøloven ikke setter begrensninger for virksomheters adgang til å benytte seg av bemanningsentrepriser,⁵⁷ slik som ved innleie, jf. aml. § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 annet ledd bokstav a til e.

Som nevnt i punkt 1.1 avgjør ikke grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise i seg selv hvem som er vedkommende sin arbeidsgiver. Får en person medhold i at vedkommende er innleid er det likebehandlingsreglene i arbeidsmiljøloven den innleide arbeidstakeren i første rekke kan påberope seg.⁵⁸ Den innleide arbeidstakeren vil fortsatt være ansatt hos oppdragstaker (utleier), og ikke hos oppdragsgiver (innleier).

For at den innleide arbeidstakeren skal få medhold i at innleier er hans arbeidsgiver må tre/fireårsregelen etter aml. § 14-12, jf. § 14-19 sjuende ledd være innfridd eller det må foreligge et ulovlig innleieforhold etter aml. § 14-14. Foreligger det brudd på vilkårene for adgang til innleie for bemanningsforetak kan den innleide arbeidstakeren kreve fast ansettelse og erstatning fra innleier etter aml. § 14-14, jf. § aml. § 15-2 annet ledd. Tilsvarende regler eksisterer ikke ved bemanningsentreprise.

I dommer som har blitt reist angående grensedragningen innleie og bemanningsentreprise er ofte spørsmålet om vedkommende skal anses for å være innleid slik at han har rett på fast ansettelse hos innleier etter tre/fireårsreglen i aml. § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-9 sjuende

⁵⁶ Borgerud/Næss (2019) s. 201.

⁵⁷ Storeng m.fl. (2016) s. 148.

⁵⁸ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) §§ 14-12 a til 14-12 c.

ledd.⁵⁹ Grunnen til dette er som tidligere nevnt i punkt 2.1.2 at oppdragsgiver kan velge å gi oppdraget videre til et annet selskap.⁶⁰ En innleid arbeidstaker eller en som arbeider gjennom en bemanningsentreprise vil da ikke være sikret videre oppdrag hos oppdragstaker (utleier eller entreprenør), med mindre oppdragstaker får nye oppdrag til arbeidstakeren. Det vil fortsatt foreligge et ansettelsesforhold med oppdragstaker, men arbeidstakeren kan stå uten mulighet for inntekt dersom oppdragsgiver ikke får nye oppdrag. På denne måten kan arbeidsforholdet være indirekte avsluttet.

Får imidlertid vedkommende medhold i at han har vært innleid arbeidstaker, og oppdraget har pågått sammenhengende i over tre/fire år har han krav på fast ansettelse hos innleier. Ved bemanningsentreprise foreligger ingen rett på fast ansettelse hos oppdragsgiver. En innleid arbeidstaker har dermed større sikkerhet og stabilitet i et innleieforhold enn ved bemanningsentreprise dersom innleieforholdet pågår sammenhengende utover tre/fire år.

Likebehandlingsprinsippet i aml. §§ 14-12 a til 14-12 c som er implementert i arbeidsmiljøloven på bakgrunn av Vikarbyrådirektivet,⁶¹ trådte i kraft 1. januar 2013. Rettighetene som følger av direktivet oppstår for en innleid arbeidstaker. Poenget er at en innleid arbeidstaker skal sikres like gode vilkår hos innleier som om vedkommende hadde vært direkte ansatt hos innleier.⁶² Formålet med Vikarbyrådirektivet er å gi forpliktelser til bemanningsforetak, og derav er utleier pliktsubjektet.⁶³

Likebehandlingsprinsippet i aml. § 14-12 a innebærer blant annet at den innleide skal ha samme lønn som om han hadde vært direkte ansatt hos oppdragsgiver.⁶⁴ Innleide arbeidstakere skal også ha *«samme tilgang til felles goder og tjenester som virksomhetens egne arbeidstakere, med mindre objektive grunner tilsier noe annet»* etter aml. § 14-12 a annet ledd.

I aml. §§ 14-12 b og 14-2 c følger det krav for å sikre at likebehandlingsprinsippet blir overholdt. Som nevnt ovenfor i punkt. 1.1 og 2.1 i gjelder det et solidaransvar for utbetaling av lønn til den innleide arbeidstakeren. Både arbeidsgiver (utleier) og oppdragsgiver (innleier)

⁵⁹ Eksempelvis Rt. 2013 s. 998.

⁶⁰ Eksempelvis Rt. 2013 s. 998 avsnitt 6.

⁶¹ Europaparlamentets og rådsdirektiv 2008/104/EF 19. november 2008 om vikararbeid (vikarbyrådirektivet) artikkel 5 nr. 1, jf. artikkel 3, nr. 1.

⁶² Fougner (2019) s. 775.

⁶³ Borgerud/Næss (2019) s. 205-206.

⁶⁴ Følger av blant annet Borgerud/Næss (2019) s. 205 og Storeng m.fl. (2016) s. 142.

står ansvarlig for utbetaling av lønn, feriepenger og eventuell annen godtgjørelse til den innleide arbeidstaker etter aml. § 14-12 c. Får ikke den innleide den lønnen han har krav på fra utleier kan han kreve vederlaget direkte dekket av innleier.⁶⁵

Innleier er etter aml. § 14-12 b forpliktet til å opplyse utleier om lønns- og arbeidsvilkår som er nødvendig for at utleier skal kunne overholde hans likebehandlingsplikt etter aml. § 14-12 a. Opplysningsplikten gjelder også overfor den innleide arbeidstaker etter aml. § 14-12 b annet ledd når den innleide arbeidstakeren «*ber om det*». Ettersom innleier vil stå i solidaransvar for utbetaling av lønn vil det normalt være i innleier sin interesse å opplyse om forhold som er av betydning for riktig lønnsutbetaling.⁶⁶

Likebehandlingsreglene i aml. §§ 14-12 a til 14-12 c gjelder ikke for entreprisetilfeller. Dette illustrerer at skillet mellom innleie og bemanningsentreprise er aktuelt ettersom en innleid arbeidstaker kan påberope seg rettigheter overfor innleier. En person som arbeider hos en leverandør av en bemanningsentreprise vil som regel ha et ordinært ansettelsesforhold hos entreprenøren, og er på denne måten beskyttet av arbeidsmiljølovens regler. Vedkommende som er ansatt hos en leverandør av bemanningsentreprise vil imidlertid kunne ha interesse av å få avgjort om det dreier seg om et innleieforhold dersom han eksempelvis vil få høyere lønn eller andre bedre arbeidsvilkår hos innleier grunnet likebehandlingsreglene.

⁶⁵ Storeng m.fl. (2016) s. 144.

⁶⁶ Storeng m.fl. (2016) s. 143.

3.2 Vurderingstemaet for grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise

Vurderingen av om det foreligger et innleieforhold eller en bemanningsentreprise har ikke utgangspunkt i en lovbestemmelse. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven inneholder uttalelser på hvilke momenter som er sentrale i vurderingen av om det foreligger et innleieforhold eller en bemanningsentreprise.⁶⁷ En nærmere redegjørelse for hva som inngår i momentene er ikke klarlagt i forarbeidene. Momentenes innhold og vektlegging er utpenslet i rettspraksis. Rettspraksis står dermed helt sentralt som rettskilde for vurderingstemaet for grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise.⁶⁸

For å vurdere om det foreligger et innleieforhold eller en bemanningsentreprise må det foretas en konkret helhetsvurdering. Det avgjørende er realiteten, og ikke hva som fremgår av selve avtalen mellom partene.⁶⁹ Rettspraksis illustrerer likevel at avtalen står helt sentralt i vurderingen, men dersom det avtalte ikke utgjør realiteten er det realiteten som blir det avgjørende.⁷⁰ At realiteten er det avgjørende er viktig for å unngå at oppdragsgivere forsøker å omgå arbeidsgiveransvaret og virkningene som følger ved brudd på innleiereglene ved kalle arbeidskraftbehovet for bemanningsentreprise, når realiteten er et innleieforhold.

Av Blaalidutvalget sin NOU til arbeidsmiljøloven fremgår momentlisten som er blitt benyttet i rettspraksis for å vurdere grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise:

«I utgangspunktet er det entreprise når:

- *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*

⁶⁷ NOU 1998: 15 punkt 5.1.4 og Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 4.2.

⁶⁸ Særlig Rt. 2013 s. 998 og HR-2018-2371-A.

⁶⁹ Følger blant annet av Rt. 2013 s. 998 avsnitt 66 og Borgerud/Næss (2019) s. 201.

⁷⁰ Se HR-2018-2371-A avsnitt 81.

- *entreprenøren nytter egne materialer og verktøy.*

Det er utleie av arbeidskraft når:

- *oppdragsgiver har ledelsen av arbeidet,*
- *et bestemt antall arbeidstakere er stilt til disposisjon for oppdragsgiver,*
- *det er fastsatt en timepris eller timeavhengig pris,*
- *det er ubestemte eller kun skisserte arbeidsoppgaver,*
- *oppdragsgiver beholder ansvaret for det utførte arbeidet, og*
- *oppdragsgivers materialer og verktøy nyttes under oppdraget.»⁷¹*

I rettspraksis blir Blaalidutvalget sin momentliste presentert som sentral ved vurderingen av grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise.⁷² Av lovkommentar til arbeidsmiljøloven fremgår det at formålet med reglene er et tolkningsmoment som også kan ha betydning i vurderingen.⁷³ Det blir presisert i Norwegian-dommen at det ikke dreier seg om kumulative vilkår som må være oppfylt, men at det må foretas en helhetsvurdering av momentene.⁷⁴

⁷¹ NOU 1998: 15 punkt 5.1.4 og Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 4.2.

⁷² Eksempelvis i Rt. 2002 s. 1469, Rt. 2013 s. 998 og HR-2018-2371-A.

⁷³ Johansen m.fl. (2015) s. 639.

⁷⁴ HR-2018-2371-A avsnitt 80.

3.3 Redegjørelse for faktum i sentrale dommer

3.3.1 Norwegian-dommen, HR-2018-2371-A

Norwegian-dommen er, som tidligere nevnt i punkt 1.1, den nyeste Høyesterettsdommen som omhandler grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise.⁷⁵ Det foreligger ikke mange Høyesterettsdommer om grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise, og dommen har av den grunn fått mye oppmerksomhet.

Problemstillingen i dommen var om piloter og kabinansatte ansatt i ulike datterselskaper i Norwegian-konsernet kunne kreve fast ansettelse etter aml. § 14-12 første ledd i morselskapet Norwegian Air Shuttle ASA («NAS») og Norwegian Air Norway AS («NAN») grunnet ulovlig innleie. Pilotene og de kabinansatte krevde fast ansettelse etter regelen om innleie etter aml. § 14-12 første ledd eller etter arbeidsgiveransvar på særskilt grunnlag i aml. § 1-8 annet ledd.⁷⁶ Problemstillingen om arbeidsgiveransvar på særskilt grunnlag etter aml. § 1-8 annet ledd faller utenfor avhandlingens tema. Høyesterett kom enstemmig til at arbeidsforholdet var en bemanningsentreprise.

Saken oppstod grunnet langvarig og omfattende omorganiseringer i flyselskapet Norwegian.⁷⁷ Norwegian bestod opprinnelig kun av morselskapet NAS.⁷⁸ Veksten i Norwegian medførte et behov for omorganiseringer.⁷⁹ Ansvar for drift, personell, herunder piloter og kabinansatte, og tjenester ble flyttet fra NAS til egne datterselskaper.⁸⁰ Driftsselskapene NAS og NAN skulle deretter kjøpe inn blant annet personell fra datterselskapene etter behov.

Pilotene og de kabinansatte ble ved virksomhetsoverdragelsene overført fra NAS til Norwegian Pilot Services Norway AS («PSN») og Norwegian Cabin Services AS («CSN»). De kabinansatte ble overført direkte fra NAS til CSN, mens pilotene gikk fra NAS til NAN og endelig til PSN.⁸¹ Det skjedde en ny virksomhetsoverdragelse i 2017. PSN og CSN ble da underlagt Norwegian Air Resources Limited («NAR»).

⁷⁵ HR-2018-2371-A.

⁷⁶ HR-2018-2371-A avsnitt 1.

⁷⁷ HR-2018-2371-A avsnitt 2.

⁷⁸ HR-2018-2371-A avsnitt 3.

⁷⁹ HR-2018-2371-A avsnitt 12.

⁸⁰ HR-2018-2371-A avsnitt 2.

⁸¹ HR-2018-2371-A avsnitt 6.

⁸² HR-2018-2371-A avsnitt 42.

Partene i saken er enig om at det rettslig sett hadde skjedd en virksomhetsoverdragelse. Arbeidsgivers rettigheter og plikter gikk da over på de nye arbeidsgiverne, PSN og CSN, jf. aml. § 16-2.⁸³ Videre forelå det enighet om at det hadde vært innleie av personell fra PSN og CSN til NAS og NAN til september 2016. Etter 1. september 2016 hevdet NAS og NAN at tjenesten var levert som bemanningsentreprise.⁸⁴ De ansatte krevde fast ansettelse i NAS og NAN da de mente at det forelå et innleieforhold.

3.3.2 Quality People-dommen, Rt. 2013 s. 998

Quality People-dommen var den sentrale Høyesterettsdommen som omhandlet grensedragningen innleie og bemanningsentreprise innenfor arbeidsrett før Norwegian-dommen.⁸⁵ I analysen av de enkelte momentene i grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise i punkt 3.4 står dermed Quality People-dommen helt sentralt i sammenligning med Norwegian-dommen.

Saken gjaldt en arbeidstaker som utførte arbeid på Statoil sitt interne postkontor i Bergen mens han var ansatt hos Quality People.⁸⁶ Arbeidet var utført sammenhengende i mer enn fire år. Vedkommende mente at arbeidsforholdet var et innleieforhold, og krevde fast ansettelse hos Statoil etter fireårsregelen i aml. § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-9 sjuende ledd.

Statoil inngikk i 2000 en rammeavtale med Quality People som omhandlet blant annet bemanning og drift av Statoil sitt interne postkontor på Sandsli.⁸⁷ I 2010 ble rammeavtalen overtatt av ISS Facility Services, og arbeidstakeren måtte dermed slutte i jobben på postkontoret hos Statoil.⁸⁸

Problemstillingen Høyesterett måtte vurdere var om arbeidet var et innleieforhold etter aml. § 14-12 første ledd eller om det dreide seg om en bemanningsentreprise, og derav hvem som utgjorde arbeidstakeren sin arbeidsgiver.⁸⁹ Quality People var et bemanningsforetak, men Statoil mente at kontrakten de hadde inngått med Quality People måtte være en bemanningsentreprise. Dersom arbeidsforholdet ble ansett for å være et innleieforhold ville

⁸³ HR-2018-2371-A avsnitt 72.

⁸⁴ Følger av blant annet HR-2018-2371-A avsnitt 61.

⁸⁵ HR-2018-2371-A.

⁸⁶ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 4.

⁸⁷ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 4.

⁸⁸ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 6.

⁸⁹ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 1 og 8.

fireårsregelen medføre at arbeidstakeren hadde rett på fast ansettelse hos Statoil etter aml. § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-9 femte ledd annet og tredje punktum. Høyesterett fastslo at det dreide seg om en bemanningsentreprise, slik som i Norwegian-dommen. Statoil var dermed ikke arbeidsgiver overfor den arbeidstakeren, og vedkommende hadde dermed ikke krav på fast ansettelse hos Statoil.

3.4 Momenter i vurderingen av grensedragningen

3.4.1 Arbeidsledelsen

Ansvar for arbeidsledelsen trekkes frem som et helt sentralt moment i vurderingen av grensedragningen i flere rettskilder.⁹⁰

Tjenestemannsutvalget har uttalt at «*et utpreget og helt avgjørende kjennetegn på entreprise er at entreprenøren faktisk utøver arbeidsledelsen [...]*».⁹¹ Er det derimot oppdragsgiver som er ansvarlig for arbeidsledelsen taler det for at det foreligger et innleieforhold. En innleid arbeidstaker vil være underlagt oppdragsgivers styringsrett i form av instruks som blir gitt under oppdragsperioden.⁹²

I Quality People-dommen blir arbeidsledelsen omtalt som et avgjørende moment i helhetsvurderingen, sammen med ansvaret for resultatet.⁹³ Høyesterett gjentar i Norwegian-dommen at arbeidsledelse og ansvar for resultatet er kjernemomenter i vurderingen av om det foreligger innleie eller bemanningsentreprise:

*«[...] de sentrale kriteriene er ansvar for ledelsen og resultatet av det arbeidet som utføres. De øvrige kriteriene tjener mest som sperre mot forsøk på omgåelser.»*⁹⁴

Høyesterett tok i Norwegian-dommen utgangspunkt i hvordan arbeidsoppdraget var beskrevet i avtalegrunnlag for å vurdere arbeidsledelsesmomentet. Det ble presisert at realiteten kan vise seg å medføre en annen tolkning enn avtalegrunnlaget.⁹⁵ I vurderingen av momentet arbeidsledelse i Norwegian-dommen la Høyesterett vekt på at NAR:

«[...] skal levere trente og kvalifiserte besetninger på rett sted og i rett tid til alle flygninger i henhold til det oppsatte ruteprogram [...]» og det er NAR «*[...] som har ansvaret for at besetningene er faglig kvalifisert og har nødvendig trening for de aktuelle flytypene.*»⁹⁶

⁹⁰ Eksempelvis Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23, Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59 og HR-2018-2371-A avsnitt 80.

⁹¹ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23.

⁹² NOU 1998: 15 avsnitt 5.1.4.

⁹³ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59.

⁹⁴ HR-2018-2371-A avsnitt 80.

⁹⁵ HR-2018-2371-A avsnitt 81.

⁹⁶ HR-2018-2371-A avsnitt 82.

Innholdsmessig blir momentet arbeidsledelse i Norwegian-dommen tillagt blant annet hvem det er som er ansvarlig for å kontrollere at det er kvalifiserte arbeidstakere til enhver tid på oppsatt arbeidsplan. Videre var det av betydning hvem som skulle sette opp arbeidsplanen og avgjøre hvilke arbeidstakere som skulle jobbe på hvilket tidspunkt.⁹⁷ I dommen var det NAR som skulle avgjøre hvilke piloter og kabinansatte som skulle utgjøre besetningen på flyvningene, og dette fant Høyesterett trakk klart i retning av at det forelå en entreprise.

Det følger av tjenestemannsutvalget at under kriteriet arbeidsledelse inngår det at entreprenøren fordeler og kontrollerer arbeidet som utføres, og utøver de vanlige arbeidsledende funksjoner.⁹⁸ Dette samsvarer med Høyesterett sin anvendelse av momentet i Norwegian-dommen.

NAS og NAN skulle imidlertid stå for opplæring og utsjekking som gjelder AOC-spesifikke krav.⁹⁹ AOC-spesifikke krav er driftstillatelser, air operator certificates, som utstedes av nasjonalt luftfartstilsyn og som gir selskapet godkjenning til å drive kommersiell flyvirsomhet.¹⁰⁰ Piloter og kabinansatte som ikke oppfylte AOC-kravene kunne NAS og NAN kreve byttet ut. Av punkt 5 i «agreement for contracted activities» fremgår det at NAS og NAN skulle ha aktiv kontroll og ansvar for «contracted activities». Punktene i avtalen anså Høyesterett som momenter som kunne tale for at forholdet skulle anses som et innleieferhold.¹⁰¹ En oppdragsgiver må imidlertid kunne ha en viss mulighet til å føre kontroll uten at forholdet skal karakteriseres for å være et innleieferhold.¹⁰²

Av tjenestemannsutvalget fremgår det at en selvstendig arbeidsledelse fra entreprenørens side ikke innebærer at oppdragsgiver ikke skal kunne føre fortløpende kontroll med arbeidsresultatet under arbeidet eller når arbeidet er avsluttet.¹⁰³ Kontroll av arbeidsresultatet må kunne godtas uten at arbeidsforholdet skal anses for å være et innleieferhold. Er kontrollen imidlertid en direkte aktiv styring av arbeidet oppdragstaker skal utføre taler det for at det er et innleieferhold.¹⁰⁴

⁹⁷ HR-2018-2371-A avsnitt 82.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23.

⁹⁹ HR-2018-2371-A avsnitt 83.

¹⁰⁰ HR-2018-2371-A avsnitt 12.

¹⁰¹ HR-2018-2371-A avsnitt 83-84.

¹⁰² HR-2018-2371-A avsnitt 84.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23.

¹⁰⁴ HR-2018-2371-A avsnitt 84-85.

Forarbeidene sett i sammenheng med uttalelsene i Norwegian-dommen illustrer at det er en grense for hvor stor grad av kontroll som kan godtas før det er oppdragsgiver som utøver arbeidsledelsen, men at enhver form for kontroll ikke medfører at arbeidsforholdet må karakteriseres som innleie.

Det kan være vanskelig å konkret fastlegge hva som ligger i kravet til arbeidsledelse for at forholdet skal utgjøre en bemanningsentreprise. Av tjenestemannsutvalgets innstilling fremgår det at oppdragstaker selv må kunne avgjøre hvilke metoder som er formålstjenlig for å oppnå kontraktmessig resultat.¹⁰⁵ Det blir ikke stilt konkrete krav til hvilken type og hvor mye ledelse som må bli utøvd for at det skal utgjøre en bemanningsentreprise. Oppdragstaker blir med dette gitt et handlingsrom for hvordan ledelsen best skal utføres i det konkrete oppdraget.

Videre blir det uttrykt at oppdragstaker må utøve de normale arbeidsledende funksjonene, og at det ikke er nok at de formelt holder en leder.¹⁰⁶ Uttalelsen illustrer at det er realiteten i ledelsen som er det avgjørende, slik som det også ble uttrykt i Norwegian-dommen.

I Quality People-dommen ble det vurdert om kravene til en «*på stedet leder*» var oppfylt slik at arbeidsledelsen lå hos entreprenøren.¹⁰⁷ Postkontoret var en adskilt enhet som utelukkende bestod av ansatte fra Quality People. Det var dermed ikke holdepunkter for at Statoil utøvde arbeidsledelsen.¹⁰⁸ Lederen i Quality People-dommen var imidlertid blitt flyttet til et annet bygg, og var dermed ikke fysisk til stede på postkontoret som leder. Høyesterett mente at kravet likevel var innfridd grunnet at den ansatte på postkontoret hadde en leder fra Quality People å forholde seg til.¹⁰⁹ Dommen illustrer at det ikke er avgjørende om lederen er fysisk tilstede, så lenge de vanlige lederfunksjonene er tillagt entreprenøren.

Innholdet ledelseskriteriet er tillagt i tjenestemannsutvalget og av Norwegian-dommen kan heller ikke bli tolket som at lederen må være fysisk til stede. Ledelse omfatter en kontroll og fordelingsfunksjon slik at oppdraget som skal bli utført blir styrt frem til det ferdige resultatet av entreprenøren. Kontroll innebærer for eksempel at entreprenøren skal sørge for at det til enhver tid er kvalifiserte ansatte på oppdraget, og en slik kontrollfunksjon behøver ikke

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 3.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23.

¹⁰⁷ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 79.

¹⁰⁸ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 83.

¹⁰⁹ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 83.

nødvendigvis fysisk tilstedeværelse av lederen til enhver tid. Det er vanlig at en leder styrer ansatte uten å være til stede. Det avgjørende må være om entreprenøren innehar de vanlige lederfunksjonene, og har hovedansvaret for kontroll og fordeling av de ansatte. Hva som utgjør vanlige lederfunksjoner vil kunne variere med arten og omfanget av oppdraget. Det må dermed vurderes konkret i hvert tilfelle hvem som i realiteten innehar de vanlige lederfunksjonene.

Arbeidsledelse er som nevnt fremhevet både i rettspraksis og forarbeider som et avgjørende moment i vektingsfasen i helhetsvurderingen. Det samme gjelder kriteriet ansvaret for resultatet. At momentene står særlig sentralt blir illustrert av uttalelsen i Norwegian-dommen sitert ovenfor.¹¹⁰ Tilsvarende uttalelser fremgår også av Quality People-dommen.¹¹¹ Ser man uttalelsene i sammenheng med fremgangsmåten til Høyesterett i vurderingen av momentene i Norwegian-dommen kommer det tydelig frem at resterende momenter kun vil ha betydning dersom det er usikkerhet knyttet til om det foreligger innleie eller bemanningsentreprise etter at ledelse- og resultatkriteriene er vurdert. I Norwegian-dommen blir arbeidsledelseskriteriet gjennomgått nøye, og etter gjennomgangen blir det understreket at momentet taler «sterkt» for at det foreligger en bemanningsentreprise.¹¹²

3.4.2 Resultatansvar

Som redegjort for i punkt 3.4.1 utgjør ansvarsmomentet et viktig moment i helhetsvurderingen av grensedragningen av innleie og bemanningsentreprise. Blaalidutvalget og rettspraksis har anerkjent at det er karakteristisk for bemanningsentreprise at oppdragstaker har selvstendig ansvar for resultatet.¹¹³ Motsetningsvis fremgår det at det vil tale for innleie dersom det er oppdragsgiver som har ansvaret for arbeidet som blir utført.¹¹⁴

At det var NAR som var ansvarlig for å stille kvalifisert besetning til flyvningene ble vektlagt under kriteriet hvem som har ansvar for resultatet i Norwegian-dommen. Høyesterett uttrykte at det var NAR som stod ansvarlig for erstatning til NAS eller NAN dersom det var

¹¹⁰ HR-2018-2371-A avsnitt 80.

¹¹¹ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59-60.

¹¹² HR-2018-2371-A avsnitt 92.

¹¹³ NOU 1998: 15 punkt 5.1.4, Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59 og HR-2018-2371-A avsnitt 80.

¹¹⁴ NOU 1998: 15 punkt 5.1.4.

manglende besetning til å gjennomføre en planlagt flyvning eller om det oppstod forsinkelser.¹¹⁵

Det ble videre vektlagt at NAR ikke kunne rette krav mot NAS eller NAN dersom det skulle oppstå dødsfall eller personskade på NAR sine ansatte.¹¹⁶ At den økonomiske risikoen for overnevnte forhold var plassert hos NAR illustrer at selskapet stod ansvarlig for å levere avtalt resultat etter avtalt oppdrag i kontrakten.

I Quality People-dommen ble ansvarsmomentet kort gjennomgått med henvisning til tidligere drøftelser av momentene. Det ble her lagt vekt på ledelsen Quality People hadde for arbeidet, og at avtalt fastpris talte for at det var Quality People som hadde risikoen for resultatet og eventuelle merkostnader som kunne påløpe grunnet feilkalkulering av oppdraget. Quality People hadde etter Service Level Agreement det daglige økonomiske og driftsmessige ansvaret for arbeidet som ble gjort, noe som også illustrerte at ansvaret for resultatet var lagt på Quality People.¹¹⁷

Vurderingen av resultatmomentet i Quality People-dommen illustrerer at momentet har sammenheng med vederlagsmomentet. Er det avtalt en fastpris uten rom for ekstra vederlag ved uforutsette hendelser taler det for at det foreligger en bemanningsentreprise. Er det derimot tale om et innleieforhold skal den innleide arbeidstakeren stille sin løpende tjeneste til disposisjon til en fastsatt timespris. Blir arbeidstakeren pålagt ekstra arbeid grunnet uforutsette forhold skal dette bli kompensert med en fastsatt timespris.

Både i Norwegian-dommen og Quality People-dommen vektlegger Høyesterett at det er av betydning hvem som må bære den økonomiske belastningen dersom oppdraget ikke kan gjennomføres som planlagt eller grunnet uforutsette hendelser som medfører merkostnader. Dommene presiserer at i resultatmomentet står det helt sentralt hvem som har ansvaret og risikoen ved uforutsette hendelser under utføringen av oppdraget.

Ved innleie har oppdragstaker påtatt seg en forpliktelse til å levere arbeidskraft som samsvarer med kvalifikasjonskravene til arbeidstakeren som fremgår av kontrakten med oppdragsgiver. Det foreligger ikke et resultatansvar for oppdragstaker knyttet til det konkrete arbeidet den innleide arbeidstakeren utfører. Oppdragsgiver står ansvarlig for å lede den

¹¹⁵ HR-2018-2371-A avsnitt 94.

¹¹⁶ HR-2018-2371-A avsnitt 94.

¹¹⁷ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 106.

innleide arbeidstakeren sin arbeidsutførelse til det ønskede resultat.¹¹⁸ I innleieforhold er det dermed oppdragsgiver som står nærmest til å bære det økonomiske tapet dersom den innleide arbeidstakeren begår en feil som skyldes manglende styring fra oppdragsgiver.¹¹⁹

Oppdragstaker er ved levering av en bemanningsentreprise ansvarlig for å lede oppdraget frem til et ferdig resultat eller levere en tjeneste i henhold til kontrakt. Oppstår det avvik fra det avtalte i kontrakten mellom oppdragstaker (entreprenøren) og oppdragsgiver vil oppdragstaker stå ansvarlig for risikoen for uforutsette merkostnader. I Norwegian-dommen ville oppdragstaker stått ansvarlig for merkostnader grunnet forsinkelser i flyavganger dersom det var manglende personell grunnet for eksempel sykdom.

At risiko inngår i resultatkriteriet samsvarer med hvordan momentet er blitt brukt i problemstillingen grensen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker. Rt. 1994 s. 1064, Bye-dommen omhandlet grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker. Høyesterett skulle avgjøre om inntekt skulle bli ansett som arbeidsinntekt for Bye eller næringsinntekt for TBME. Resultatet i dommen ble at det ikke forelå et arbeidstakerforhold, og at inntekten var næringsinntekt for TMBE. Det ble uttalt i dommen at det springende punkt var:

«[...] om den konsulentvirksomhet som Bye utførte i TMBEs navn, ble drevet for dette selskapets regning og risiko, eller om den ble drevet for Akers [oppdragsgivers] regning og risiko.»¹²⁰

Uttalelsen i Bye-dommen er illustrerende for å se likheter i vurderingene av grensedragningen innleie og bemanningsentreprise, og grensen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker. Også i grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker er det sentralt å se på hvem som er nærmest til å bære risikoen, og hvem som skal stå ansvarlig for økonomiske merkostnader eller lignende. Hvilke momenter som er spesielt sentrale i de ulike grensedragningene, og hvordan rettspraksis har vektlagt kriteriene blir gjennomgått nærmere i kapittel 4.

¹¹⁸ NOU 1998: 15 avsnitt 5.1.4.

¹¹⁹ NOU 1998: 15 avsnitt 5.1.4.

¹²⁰ Rt. 1994 s. 1064 s. 1069.

3.4.3 Oppdragets avgrensning

Av Tjenestemannsutvalgets innstilling fremgår det at ved entreprise:

«[...]må arbeidsoppdraget på forhånd være klart bestemt. Det er etter utvalgets mening ikke tilstrekkelig at nye avgrensede arbeidsoppgaver bestemmes fra dag til dag.»¹²¹

Momentet oppdragets avgrensning må ses i sammenheng med resultatkriteriet. En entreprenør som påtar seg et oppdrag for oppdragsgiver har behov for at oppdragets innhold er avklart for å kunne levere et kontraktsmessig resultat. Er arbeidsoppgavene ubestemte og skisserte tilsier det at det foreligger et innleieforhold.¹²²

Oppdraget ble i Norwegian-dommen ansett for å være klart avgrenset på bakgrunn av gjennomgangen av avtalen mellom partene under arbeidsledelsesmomentet. Det ble imidlertid presisert at det kan foreligge et visst behov for oppdragsgiver for å justere besetningen utfra endringer i markedet i avtaleperioden. Et slikt justeringsbehov anså Høyesterett som vanlig ved gjennomføring av entrepriser.¹²³

I Quality People-dommen ble det lagt vekt på at det forelå bestillinger som gjaldt lengre perioder for den interne posthåndteringen, og at bestillingene inneholdt en redegjørelse av arbeidstiden og hvilke arbeidsoppgaver oppdraget konkret innebar. Videre ble det fremlagt en udatert versjon av Service Level Agreement og postens egen prosedyrehåndbok som skulle bli fulgt. Høyesterett fant at dette utvilsomt medførte at oppdraget var spesifisert og avgrenset i tilstrekkelig grad til at det talte for at det forelå en bemanningsentreprise.¹²⁴

Tjenestemannsutvalget har fremhevet at det ved bemanningsentreprise ofte vil bli avtalt at *«[...] arbeidet skal utføres innen en bestemt tid.»¹²⁵* Høyesterett avviste imidlertid i Quality People-dommen at det må foreligge et slikt krav for at arbeidskraftbehovet skal være en bemanningsentreprise. Det kan foreligge en bemanningsentreprise selv om den blir utøvd som

¹²¹ Ot.prp .nr. 53 (1970-1971) s. 23.

¹²² NOU 1998: 15 punkt 5.1.4.

¹²³ HR-2018-2371-A avsnitt 93.

¹²⁴ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 77.

¹²⁵ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23.

«en løpende tjeneste».¹²⁶ Det som er av betydning er om arbeidsoppgavene er avklart på forhånd, og ikke blir avklart fra dag til dag.¹²⁷

Momentet oppdragets avgrensning ble kort behandlet i Norwegian-dommen. Vurderingen av momentet ble plassert i vurderingen i sammenheng med ledelse – og resultatkriteriene, og etter gjennomgangen av disse tre momentene ble det uttalt at:

*«De sentrale vilkårene for å anse NARs levering av piloter og kabinpersonell til NAS og NAN som entreprise, ikke som arbeidsleie, er dermed oppfylt. Jeg kan ikke se at de andre momentene som nevnes i forarbeider og rettspraksis som relevante i denne sammenheng, kan føre til en annen konklusjon.»*¹²⁸

Den siterte uttalelsen illustrer at avgrensningen av oppdraget ble vurdert som et av de sentrale momentene i Norwegian-dommen. Grunnen til dette er at entreprenøren må ha klarhet i hva det er som skal leveres for å kunne levere et resultat i kontraktsmessig stand. Den nære sammenhengen mellom momentet avgrensning av oppdraget og resultatkriteriet illustrer dermed at avgrensning av oppdraget også er et viktig moment i helhetsvurderingen, selv om momentet ikke ble vurdert mer inngående i Norwegian-dommen.

3.4.4 Utvelgelsen av arbeidstakere

Kriteriet omfatter hvem det er som avgjør antall ansatte som skal utføre oppdraget, og sammensetningen av arbeidsstyrken. Er det fastsatt et bestemt antall arbeidstakere som skal utføre oppdraget taler det for at det foreligger et innleieforhold.¹²⁹ Ved bemanningsentreprise er det normalt opp til oppdragstaker å bestemme antall ansatte og hvilke ansatte som skal utføre oppdraget.¹³⁰

NAS og NAN stod for fastsettingen av hvor mange ansatte det var behov for til den enkelte flyvningen. Høyesterett påpekte imidlertid at det forelå liten valgfrihet når det kom til hvor mange ansatte den enkelte flyvning krevde. Hvor mange ansatte det var behov for i besetningen avhenger av flytype og fastsatte krav fra myndighetene.¹³¹ Det var dermed av

¹²⁶ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59.

¹²⁷ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 77.

¹²⁸ HR-2018-2371-A avsnitt 95.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 3.

¹³¹ HR-2018-2371-A avsnitt 98.

underliggende betydning at NAS og NAN stod for selve fastleggingen av antall ansatte. Høyesterett sin tolkning av momentet illustrer at dersom valgfriheten av antall ansatte er begrenset har momentet liten vekt i retning innleie dersom oppdragsgiver står ansvarlig for denne reguleringen.

Tjenestemannsutvalget har uttalt at det «vanligvis» er entreprenøren som bestemmer arbeidsstyrkens størrelse og sammensetning.¹³² Formuleringen «vanligvis» illustrerer som i Norwegian-dommen sin tolkning av momentet at hvem som er ansvarlig for utvelgelsen av arbeidstakere ikke alltid har så stor betydning i helhetsvurderingen.

I Quality People-dommen ble det vektlagt at det i bestillinger mellom Statoil og Quality People var krav om at utleier skulle:

«[...] finne personell med de rette kvalifikasjoner og personlige egenskaper for oppdraget, og at Statoil ikke skal betale for arbeid utført av ukvalifiserte medarbeidere.»¹³³

Selv om Statoil skulle kunne stille kvalifikasjonskrav til medarbeidere uttalte Høyesterett at en oppdragsgiver må ha rett til dette uten at det medfører at oppdraget ikke kan bli karakterisert som en entreprise.¹³⁴ Kravene Statoil stilte til de ansatte var generelle kvalifikasjonskrav om egnethet for jobben. Nærmere spesifiserte kvalifikasjoner ble ikke fremsatt overfor Quality People, og det var dermed Quality People sitt ansvar å sørge for at sammensetningen av arbeidstakerne var tilstrekkelig kvalifisert til jobben.¹³⁵ Hadde Statoil stilt mer spesifikke krav til de ansatte kunne momentet trolig slått ut annerledes, spesielt om man ser dette i sammenheng med Høyesterett sin resterende vurdering av kriteriet om utvelgelse av arbeidstakere i dommen.

Høyesterett vurderte videre i Quality People-dommen bestillinger som var foretatt hvor oppdraget var beregnet til 3,8 og 4 årsverk. Formuleringene ble ikke tolket som at oppdraget var begrenset til et bestemt antall arbeidstakere. Det var kun to oppdragsbekreftelser som inneholdt en slik ordlyd blant et stort antall bestillinger. Vitneuttalelser tilsa også at det ikke

¹³² Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 3.

¹³³ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 89.

¹³⁴ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 89.

¹³⁵ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 89.

var et fastsatt antall ansatte, og arbeidsstrukturen fremstod som at det var oppdragstakeren som stod for arbeidsstyrkens størrelse og sammensetning.¹³⁶

Et annet forhold i Quality People-dommen var at oppdragsgiver hadde gitt oppdragstaker en liste over navngitte personer til bruk som sommervikarer.¹³⁷ Dette talte for at det forelå et innleieforhold, og medførte et brudd på kravet til at entreprenøren selv skal velge hvem som skal benyttes i oppdraget.¹³⁸ I helhetsvurderingen ble det uttalt at ettersom denne begrensningen i entreprenøren sin utvelgelse av arbeidstakere kun gjaldt en avgrenset kort periode av året, og at Quality People selv kunne velge hvem på listen som skulle bli ansatt, skulle ikke momentet bli tillagt betydning.¹³⁹

Sommervikarmomentet i Quality People-dommen begrenser oppdragstaker sin styringsrett til å foreta selvstendige avgjørelser av utvelgelse av arbeidstakere. Momentet i seg selv taler for at det foreligger et innleieforhold, men ble likevel ikke tillagt betydning i helhetsvurderingen. Ser man denne vektleggingen i sammenheng med tjenestemannsutvalget sin uttalelse og Norwegian-dommen sin bruk av momentet tilsier det at utvelgelse av arbeidstakere som moment ikke har avgjørende vekt i helhetsvurderingen, men at det kan ha betydning i grensetilfellene.

Av de gjennomgåtte rettskildene blir det fokusert på hvem som har den sentrale avgjørelsesmyndigheten i utvelgelsen av arbeidstakere til oppdraget. Det må gå en grense for hvor stor innflytelse oppdragsgiver skal ha i denne avgjørelsen før arbeidsforholdet må karakteriseres som innleie. Dersom det foreligger liten valgfrihet for oppdragstaker grunnet for eksempel fastsatte krav fra myndighetene, som i Norwegian-dommen, vil ikke momentet vektlegges i retning innleie i helhetsvurderingen.¹⁴⁰ Det samme gjelder dersom oppdragsgiver stiller generelle kvalitetskrav til egnethet til stillingen. Dette ble godtatt som entrepris i Quality People-dommen. Blir det imidlertid stilt mer spesifikke krav til arbeidstakeren vil momentet lettere ha betydning i en helhetsvurdering i retning innleie. Rettspraksis illustrerer at så lenge oppdragstaker sin begrensning i utvelgelsen av arbeidstakere har en saklig begrunnelse vil det normalt ikke ha betydning i helhetsvurderingen.

¹³⁶ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 87-88.

¹³⁷ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 91.

¹³⁸ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 92.

¹³⁹ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 110.

¹⁴⁰ HR-2018-2371-A avsnitt 98.

I Quality People-dommen ble momentet utvelgelse av ansatte vurdert i stor grad. Selv om Høyesterett valgte å vurdere momentet inngående, ble det ikke tillagt vekt i helhetsvurderingen i retning innleie. At momentet ble vurdert i større grad i Quality People-dommen enn i Norwegian-dommen skyldes forskjeller i oppdragets art. Det betyr ikke at det har skjedd en endring i hvor mye momentet skal bli vektlagt i helhetsvurderingen, men at ulike faktiske forhold i sakene medførte at momentet måtte bli vurdert mer inngående i Quality People-dommen. Det var flere aspekter ved utvelgelsen av arbeidstakere i Quality People-dommen som Høyesterett anså nødvendig å vurdere, uten at det nødvendigvis skulle medføre at momentet skulle bli tillagt større vekt i den avsluttende helhetsvurderingen.

3.4.5 Vederlag

Momentet omhandler om det er avtalt en fast pris for arbeidets utførelse. Skal oppdraget betales med en forhåndsbestemt fastsatt pris tilsier det at det foreligger en bemanningsentreprise.¹⁴¹ Ved innleie er det normalt at oppdragsgiver betaler en fastsatt timespris til utleier per time den innleide arbeidstakeren utfører for oppdragsgiver.

Vederlaget i Norwegian-dommen ble fastsatt som ledd i forhandlinger i avtalen om levering av besetning til sommer- og vinterprogrammene. Ble det foretatt endringer i bestillingen skulle det skje med en justering i vederlaget etter en *«kost pluss-modell»*. Ettersom vederlaget ble avgjort på forhånd, og vederlaget kun skulle justeres ved endringer i bestillinger talte det for en bemanningsentreprise.¹⁴²

I Tjenestemannsutvalgets uttales det at løpende regning ikke utelukker at det foreligger en entreprise.¹⁴³ Høyesterett viser i Norwegian-dommen til Tjenestemannsutvalget sin uttalelse, og uttalte at dersom det var tale om løpende regning ville det ikke automatisk medføre at det forelå et innleieforhold, men at det kunne tale i retning innleie.¹⁴⁴

Høyesterett viste til Tjenestemannsutvalgets uttalelse også i Quality People-dommen.¹⁴⁵ Avtalen mellom Quality People og Statoil hadde i det vesentlige forhåndsfastsatt en pris for

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23-24.

¹⁴² HR-2018-2371-A avsnitt 97.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23-24.

¹⁴⁴ HR-2018-2371-A avsnitt 97.

¹⁴⁵ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 93.

oppdraget. Det ble lagt vekt på at partene hadde oppgitt en rund sum i bestillingene som ble tolket til å være et fastprisestimat.¹⁴⁶

I en fastprisavtale er det leverandøren som påtar seg risikoen for ekstra kostnader som kan oppstå grunnet feilberegninger i oppdraget som medfører for eksempel overtid. Kontrakten mellom partene inneholdt en regulering av overtidsbetaling. Høyesterett konkluderte med at punktet i avtalen gjaldt overtidsbetaling for arbeid som lå utenfor oppdragets omfang, og dermed ikke kostnader som oppdragstaker skulle bære risikoen for.¹⁴⁷ Uttalelsen om overtidsarbeid illustrerer at dersom det er inntatt et punkt som omhandler at oppdragsgiver skal betale overtid taler det for at det foreligger et innleieforhold, med mindre overtidsbetalingen knytter seg til arbeid som faller utenfor oppdragets avgrensede omfang.

Videre ble det i Quality People-dommen vektlagt at Statoil ikke kontrollerte timene Quality People som oppdragstaker brukte på oppdraget.¹⁴⁸ Dette tilsa at oppdraget ikke ble betalt på bakgrunn av avregnede utførte timer, slik som er vanlig ved innleieforhold.

Det foreligger en underrettsdom, RG-2004-105, som inneholder uttalelser angående hva som kan bli tillagt betydning i vederlagsmomentet. Dommen omhandlet om det forelå solidaransvar for skattetrekk og arbeidsgiveravgift mellom Maritim Montasje AS (oppdragstaker) og Brødrene Hukkelberg AS (oppdragsgiver). For å plassere ansvaret måtte retten vurdere om det forelå et innleieforhold eller en bemanningsentreprise. Lagmannsretten kom til at oppdraget var utført som en bemanningsentreprise.

Vederlaget mellom partene ble betalt basert på antall timer for arbeidsutførelsen. Lagmannsretten uttalte at det ikke skulle bli tillagt vesentlig vekt i retning innleie ettersom *«det aktuelle reparasjonsarbeidet kunne vanskelig prissettes på forhånd»*. På den andre siden ble timesprisen for entreprisearbeidet ansett for å være for lavt til at det forelå et selvstendig resultatansvar. Den lave prisen begrunnet lagmannsretten imidlertid med dårlig virksomhetsstyring fra Maritim Montasje, og av den grunn talte heller ikke dette i retning innleie.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 96-98.

¹⁴⁷ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 102-104.

¹⁴⁸ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 100.

¹⁴⁹ RG-2004-105 under «Lagmannsretten bemerker».

Dommen fremhever at det i vederlagsmomentet kan være av betydning hvor stort vederlag som er avtalt mellom partene. Er vederlaget vesentlig mindre enn hva det vil koste å gjennomføre oppdraget, kan dette gi en indikasjon på at oppdragstaker ikke er ansvarlig for resultatet. Størrelsen på den fastsatte prisen, enten på timesbasis eller forhåndsfastsatt, kan dermed illustrere hvem risikoen for oppdraget er plassert hos.

Underrettsdommen, RG-2004-105 illustrer at arbeid etter løpende regning også forekommer i bemanningsentrepriser, og at det ikke nødvendigvis medfører at det foreligger et innleieforhold. Underrettsdommen sammenholdt med Tjenestemannsutvalgets uttalelse, Norwegian-dommen og Quality People-dommen stadfester at vederlagsmomentet ikke alltid har så stor betydning i helhetsvurderingen. Det er ikke alle typer oppdrag det vil være enkelt å fastsette en pris på forhånd på da det kan være vanskelig å forutse omfanget av oppdraget. Ved slike typer oppdrag må det kunne foreligge en bemanningsentreprise selv om vederlaget blir fastsatt etter løpende regning. Momentet vil i disse tilfellene ha liten vekt i en helhetsvurdering i retning innleie.

3.4.6 Ansvar for lokale, materialer og verktøy

Tjenestemannsutvalget har uttrykt at dersom:

«[...] oppdragsgiveren stiller materiell, maskiner og verktøy til disposisjon, taler for at for at det foreligger arbeidsutleie. I enkelte bransjer er det likevel naturlig at oppdragsgiveren holder materiell og spesielt verktøy.»¹⁵⁰

Det sentrale i vurderingen av momentet er hvem som stiller lokale, materiell, maskiner og verktøy til disposisjon. Er det oppdragstakeren som selv står for utstyret og lokalet tilsier det at det foreligger en entreprise, og motsatt dersom det er oppdragsgiveren som stiller med lokale og utstyret. Det foreligger imidlertid tilfeller hvor det også i entrepriseforhold kan være «naturlig» at oppdragsgiver stiller med utstyret slik som den siterte uttalelsen til Tjenestemannsutvalget uttrykker.¹⁵¹ Hvilke tilfeller dette kan dreie seg om blir illustrert i Norwegian-dommen og Quality People-dommen.

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 24.

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 24.

Høyesterett uttalte i Norwegian-dommen at det momentet som talte mest for at tilfellet skulle være et innleieforhold er at det var NAS og NAN som «holdt det sentrale utstyret», flyene.¹⁵² Det ble imidlertid presisert at momentet ikke er et absolutt krav om at entreprenøren skal stille med utstyret for at forholdet skal anses som en entreprise. Norwegian-dommen tolket på bakgrunn av avtalen mellom partene at «utstyret» måtte være infrastrukturen NAR stiller med for å planlegge og administrere riktig besetning til flyvningene, og at de dermed stod for utstyret etter avtalen.¹⁵³

I Quality People-dommen ble en tilsvarende tolkning som i Norwegian-dommen lagt til grunn. Det ble ikke tillagt vekt i retning av innleie at det var Statoil som stod for lokalene og utstyret. Grunnen til dette er at oppdraget var av en slik karakter at det var naturlig at Statoil hadde lokalene og utstyret tilgjengelig. Oppdraget krevde ikke spesialutstyr som det forventes at en entreprenør stiller med.¹⁵⁴ Dette momentet stod dermed ikke særlig sentralt i dommen.

Tjenestemannsutvalgets uttalelse, Norwegian-dommen og Quality People-dommen illustrerer at momentet hvem som skal stille med materiale og verktøy ikke alltid er av betydning. Høyesterett trakk i Norwegian-dommen frem en uttalelse fra Tjenestemannsutvalget som sier at det gjerne er oppdragstakeren som stiller med verktøy og materialer, men at det ikke er et «absolutt vilkår».¹⁵⁵ Hvilken vekt momentet skal bli tillagt avhenger av om oppdraget krever spesialutstyr som det er naturlig at oppdragstaker selv stiller med. Dersom oppdragets karakter tilsier at det er naturlig at oppdragsgiver stiller med utstyret vil ikke dette vektlegges i retning av et innleieforhold. Krever oppdraget lite utstyr eller lokaler som består av vanlig kontorlandskap som i Quality People-dommen vil ikke momentet tale i retning innleie selv om oppdragsgiver stiller lokalet og utstyret til disposisjon for oppdragstaker. Det må også tolkes spesifikt etter hvert avtaleforhold hva som utgjør utstyret, slik som i Norwegian-dommen.

¹⁵² HR-2018-2371-A avsnitt 96.

¹⁵³ HR-2018-2371-A avsnitt 96.

¹⁵⁴ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 108.

¹⁵⁵ HR-2018-2371-A avsnitt 96.

4 Sammenligning med grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker

4.1 Likheter og ulikheter i vurderingstemaene

Momentene i vurderingen av om det foreligger et arbeidstakerforhold eller om oppdragstaker skal anses som selvstendig oppdragstaker har, som nevnt ovenfor i punkt 2.2, mange likhetstrekk med grensedragningen innleie og bemanningsentreprise. Det vil derfor i dette kapitlet foretas en sammenligning av grensedragningen for innleie og bemanningsentreprise opp mot grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker for å illustrere likheter og forskjeller.

En arbeidstaker defineres i aml. § 1-8 som *«enhver som utfører arbeid i annens tjeneste»*. I vurderingen av om det foreligger et arbeidstakerforhold er utgangspunktet lovteksten i aml. § 1-8. Ordlyden til i *«annens tjeneste»* illustrerer at det foreligger en avgrensning til en selvstendig oppdragstaker. Selve bestemmelsen gir imidlertid ikke en nærmere regulering av hva som ligger i vurderingen av om vedkommende er arbeidsgiver etter aml. § 1-8. Innholdet i vurderingen må av den grunn, som ved grensedragningen innleie og bemanningsentreprise, fastlegges nærmere på bakgrunn av forarbeider og rettspraksis.

Det sentrale i skillet mellom arbeidstaker og en selvstendig oppdragstaker er om det i det vesentlige foreligger en innsatsforpliktelse eller en resultatforpliktelse.¹⁵⁶ Selvstendige oppdragsgivere blir benyttet for å utføre et bestemt oppdrag, og har en resultatforpliktelse overfor oppdragsgiver. En arbeidstaker skal derimot stille løpende arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver, og har påtatt seg en innsatsforpliktelse overfor arbeidsgiver.¹⁵⁷

Selve vurderingen av om det foreligger et arbeidstakerforhold er en skjønnsmessig helhetsvurdering.¹⁵⁸ Som ved grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise er det de reelle underliggende forhold som er avgjørende, og ikke hva arbeidsforholdet

¹⁵⁶ Fougner (2019) s. 25.

¹⁵⁷ Fougner (2019) s. 25.

¹⁵⁸ Fremgår av blant annet NOU 2004: 5 punkt 10.5.2 og HR-2016-1366-A avsnitt 58.

karakteriseres som i kontrakten.¹⁵⁹ Av forarbeidene til arbeidsmiljøloven er det oppstilt sentrale momenter i retning av arbeidstaker.

«Følgende kriterier kan etter rettspraksis tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold:

- *Arbeidstakeren har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet og kan ikke bruke medhjelpere for egen regning*
- *Arbeidstakeren har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet*
- *Arbeidsgiveren stiller til rådighet arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer eller andre hjelpemidler som er nødvendige for arbeidets utførelse*
- *Arbeidsgiveren bærer risikoen for arbeidsresultatet*
- *Arbeidstakeren får vederlag i en eller annen form for lønn*
- *Tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter og er oppsigelig med bestemte frister*
- *Det arbeides hovedsakelig for én arbeidsgiver».*¹⁶⁰

Momentene som er opplistet i forarbeidene er ikke ment som en uttømmende liste over relevante momenter. Hvilke momenter som er av betydning vil variere med hvilket saksforhold man står overfor.¹⁶¹ Det uttales imidlertid i forarbeidene til ferieloven av 1947 at et moment som er sentralt er om det foreligger «et personlig og avhengig arbeidsforhold».¹⁶² Av forarbeidene og rettspraksis fremgår det at arbeidstakerbegrepet i ferieloven¹⁶³ innehar samme betydning som begrepet i arbeidsmiljøloven,¹⁶⁴ og forarbeidsuttalelsene i ferieloven kan dermed fungere som veiledende rettskilde for arbeidstakerbegrepet etter arbeidsmiljøloven.

¹⁵⁹ TOSLO-2018-18950 punkt 3.1.

¹⁶⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 6.1.1.

¹⁶¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 6.1.1.

¹⁶² Ot.prp. nr. 104 (1947) s. 10.

¹⁶³ Lov 29. april 1998 nr. 21 om ferie (ferieloven) § 2 første ledd.

¹⁶⁴ Følger blant annet av NOU 1982: 12 punkt 5.2 og Rt. 1984 s. 1044 s. 1048.

Flere av momentene i vurderingen av om det foreligger et arbeidstakerforhold er sammenfallende med vurderingen av grensedragningen innleie og bemanningsentreprise. Stabilitet og eksklusivitet er imidlertid momenter som ikke faller inn under vurderingen av grensen mellom innleie og bemanningsentreprise. Begrunnelsen for at det er forskjeller i vurderingen er at en selvstendig oppdragstaker ikke har et arbeidstakerforhold overhodet, mens ved bemanningsentreprise er spørsmålet hvem som er vedkommende sin arbeidsgiver. Vernehensynet har av den grunn svært ulik vekt i de ulike grensedragningene.

Videre vil ikke stabilitet spille en rolle i grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise, ettersom innleie og bemanningsentreprise er bruk av arbeidskraftbehov som er av midlertidig karakter. Momentet om det hovedsakelig arbeides for én oppdragsgiver har heller ikke betydning i vurderingen mellom innleie og bemanningsentreprise. I innleie - og bemanningsforhold er det vanlig at oppdrag blir utført for flere oppdragsgivere samtidig. Eksempelvis kan et bemanningsforetak som driver med utleie av barnehageassistenter sende en utleid arbeidstaker til ulike barnehager hvor det foreligger behov for midlertidig arbeidskraft grunnet for eksempel sykdom hos en fast ansatt hos oppdragsgiver. Momentene stabilitet og om det i hovedsak arbeides for én arbeidsgiver vil dermed ikke bli tatt med videre inn i sammenligningen av momentene i punkt 4.2.

4.2 Nærmere sammenligning av momentene

I en nyere dom for Oslo Tingrett, TOSLO-2018-18950, Alerisdommen var problemstillingen om 24 miljøarbeidere var selvstendige oppdragstakere eller arbeidstakere for Aleris Ungplan & Boi AS. Domsslutningen ble at elleve av de saksøkte var arbeidstakere, syv var oppdragstakere, og de resterende var det ikke nødvendig å ta stilling til.

Innledningsvis i Alerisdommen blir vurderingstemaet for grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker redegjort for. Det ble fremhevet at det er realiteten i arbeidsforholdet som er det avgjørende,¹⁶⁵ slik som det også er i grensedragningen innleie og bemanningsentreprise. Videre foretok Tingretten en presentasjon av de syv momentene som står særlig sentralt i vurderingen, og fremla at grensedragningen må bli avgjort på bakgrunn av en helhetsvurdering. Det ble presisert at også andre momenter kan være av betydning.¹⁶⁶

Det ble videre uttalt i Alerisdommen at det varierer fra sak til sak hvilken vekt momentene blir tillagt.¹⁶⁷ Dette skiller seg fra grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise hvor ledelse og resultatkriteriene er fremhevet av Høyesterett som helt avgjørende momenter, og at resterende momenter kun vil være av betydning i typiske omgåelsestilfeller.¹⁶⁸

Uttalelsene i Alerisdommen synliggjør at det er større variasjoner i hvilke momenter som kan bli utslagsgivende i grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker. Samtidig fremgår det i Alerisdommen at momenter av særlig stor vekt i grensen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker er «*personlig arbeidsplikt og underleggelse av styringsrett*»,¹⁶⁹ noe som tilsvarer ledelsesmomentet i grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise.

I HR-2016-1366-A, Avlasterdom II ble det også fremhevet at:

*«arbeidsgivers ledelse og kontroll [...] er helt grunnleggende for bedømmelsen» og «[...] dersom det ikke utføres arbeidsledelse, har man ikke med et arbeidstakerforhold å gjøre.»*¹⁷⁰

¹⁶⁵ TOSLO-2018-18950 punkt 8.1.

¹⁶⁶ TOSLO-2018-18950 punkt 8.1.

¹⁶⁷ TOSLO-2018-18950 punkt 8.1.

¹⁶⁸ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59 og HR-2018-2371-A avsnitt 80.

¹⁶⁹ TOSLO-2018-18950 punkt 8.1.

¹⁷⁰ HR-2016-1366-A avsnitt 27.

Dommen omhandlet en kvinne som var avlaster i en familie for et barn med omsorgsbehov. Spørsmålet i saken var om avlasteren skulle bli ansett som arbeidstaker. Høyesterett kom til at det forelå et arbeidstakerforhold under dissens 4-1. Den siterte uttalelsen viser at forutsetningen for at det foreligger et arbeidstakerforhold er at det blir utøvd en overordnet arbeidsledelse.

I Rt. 2007 s. 1458, Dykkerulykkedommen ble de samme momentene avgjørende. Dykkeren var her underlagt selskapets ledelse og instruksjonsmyndighet når det gjaldt utførelsen av arbeidet, og dykkeren var dermed arbeidstaker.¹⁷¹ Det er en likhet mellom de to grensedragningene ved at ledelsesmomentet har blitt anerkjent i rettspraksis som et særlig sterkt moment i begge helhetsvurderingene.

Ledelsesmomentet i grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker omfatter om arbeidstakeren må stille med personlig arbeidskraft og om arbeidstakeren er underlagt en styringsrett.¹⁷² En selvstendig oppdragstaker er ikke underlagt andre sin styringsrett. En person som utfører arbeid for en leverandør av bemanningsentreprise er imidlertid ansatt hos oppdragstaker (entreprenøren). Vedkommende er derav underlagt oppdragstakers (entreprenøren) sin styringsrett, og har et stillingsvern gjennom å være ansatt hos entreprenøren.

Vurderingen av ledelsesmomentet har dermed ulike utgangspunkter. I grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise er spørsmålet hvem sin styringsrett vedkommende er underlagt. Ved grensen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker er selve kjernen om vedkommende er underlagt noen andre sin styringsrett i så stor grad at det foreligger et arbeidstakerforhold.

Grunnen til forskjellene i spørsmålsvinklingen i ledelsesmomentet i de to grensedragningene er vernebehovet sin ulike betydning. Avhengighets- og underordningsforholdet som oppstår mellom arbeidsgiver og arbeidstaker gjennom arbeidsavtalen begrunner vernebehovet en arbeidstaker har.¹⁷³ En selvstendig oppdragstaker er ikke underlagt overordnet styringsrett, og dermed foreligger ikke et vernebehov. Behovet for vern får større betydning jo mindre frihet vedkommende får til selv å bestemme over arbeidsutførelsen.¹⁷⁴ Det er derfor særlig sentralt å

¹⁷¹ Rt. 2007 s. 1458 avsnitt 37.

¹⁷² Eksempelvis Fougner (2019) s. 689 og Skjønberg m.fl. (2017) s. 50-51.

¹⁷³ Fougner (2019) s. 25-26 og Skjønberg m.fl. (2017) s. 50.

¹⁷⁴ Fougner (2019) s. 690.

avgjøre om vedkommende er underlagt noen andre sin arbeidsledelse, slik at det utgjør et arbeidstakerforhold etter aml. § 1-8.

Både ved innleie og bemanningsentreprise foreligger det som nevnt et underordningsforhold. I grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise foreligger det et ansettelsesforhold uavhengig av om det foreligger innleie eller en bemanningsentreprise, og vedkommende er dermed underlagt arbeidsmiljøloven sitt vern. En innleid arbeidstaker er ansatt hos utleier, og ved bemanningsentreprise er vedkommende ansatt hos entreprenøren. Vernehensyn gjør seg dermed ikke gjeldende på samme måte i denne grensedragningen som ved grensen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker.

Grunnen til at det oppstår tvister om grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise er først og fremst i tilfeller der vedkommende vil oppnå bedre betingelser ved å bli fast ansatt hos innleier fremfor utleier eller entreprenør. Det sentrale er å vurdere hvem som i hovedsak utøver arbeidsledelsen, oppdragiver (innleier) eller oppdragstaker (entreprenøren), og dermed er arbeidsgiveren til arbeidstakeren.

Vernebehovet sin sentrale betydning i grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker har medført at det er blitt tillagt stor vekt i helhetsvurderingen. Momentet sin sentrale betydning følger blant annet av Alerisdommen og Rt. 2013 s. 354, Avlasterdommen.¹⁷⁵ Grunnet arbeidstakers sterke vern i norsk rett har arbeidstakerbegrepet blitt tillagt en vid tolkning i rettspraksis.

I Quality People-dommen blir en tilsvarende utvidet tolkning av innleiebegrepet avvist. Det er ikke det samme behovet for en utvidet tolkning av innleiebegrepet slik som for arbeidstakerbegrepet. Grunnen til dette er, som tidligere redegjort for, at vedkommende ved innleie og bemanningsentreprise allerede er underlagt arbeidsmiljølovens vern.¹⁷⁶

Enkelte av saksøkerne i Alerissaken ønsket ikke å bli ansett som arbeidstakere, og ville derfor frasi seg vernereglene. Retten kom frem til at saksøkerne sine synspunkt kunne bli tillagt vekt dersom det fremstår som reelle valg, og de er godt opplyst og innforstått med konsekvensene.

¹⁷⁵ Rt. 2013 s. 354 avsnitt 39 og TOSLO-2018-18590 punkt 8.1.

¹⁷⁶ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 61 flg.

Er det vedkommende selv som ytrer et slikt veloverveid behov kan vernehensynet få mindre betydning i vurderingen.¹⁷⁷

I Rt. 2002 s. 1469, Eksakt Regnskap-dommen, Quality People-dommen og Norwegian-dommen har partenes forutsetninger i avtalen blitt tillagt en viss betydning. Eksakt Regnskap-dommen gjaldt gyldighetene av et skattevedtak om etterberegning av merverdiavgift. Eksakt regnskap AS hadde opprettet et eget selskap som skulle tilby regnskapstjenester for kunder som ikke var avgiftspliktige, Eksakt Regnskapsservice AS. Problemstillingen var om tjenesten de utførte i selskapet var merverdiavgiftspliktig etter merverdiavgiftsloven § 3 nr.2.¹⁷⁸ Høyesterett kom under dissens 3-2 til at det forelå et utleieforhold av arbeidskraft, og at tjenesten dermed ikke var merverdiavgiftspliktig.

I Eksakt regnskap-dommen uttalte førstevoterende at selskapenes egne forutsetninger hadde vært at Eksakt Regnskapsservice AS hadde leid inn administrative tjenester fra Eksakt regnskap, og at det talte for at det forelå et innleieforhold.¹⁷⁹ Av dommen kunne partenes forutsetninger fremstå som et selvstendig moment. Dette er imidlertid ikke etterfulgt i Norwegian-dommen og Quality People-dommen. I Norwegian-dommen og Quality People-dommen ble det tatt utgangspunkt i avtalen mellom partene, men Høyesterett presiserte i begge dommene at det er realiteten som var det avgjørende for forholdet.¹⁸⁰ Partenes forutsetninger i avtalen kan være med på å kartlegge hva som var ment mellom partene, men det vil ikke utgjøre et selvstendig moment. Det avgjørende er realiteten.

Risikoen for arbeidet, hvem som stiller lokale og materialer til disposisjon, og vederlagsmomentet ble ansett for å gi lite veiledning i Alerissaken,¹⁸¹ og ble dermed sett på som nøytrale i helhetsvurderingen.

Risikomomentet tilsvarer momentet ansvaret for resultatet i grensedragningen innleie og bemanningsentreprise. Resultatmomentet er fremhevet som et avgjørende moment i grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise.¹⁸² Nedtoningen av momentet i Alerisdommen illustrerer at vektleggingen av momentene i de to ulike grensedragningene ikke alltid er sammenfallende. I Bye-dommen ble imidlertid risikomomentet tillagt mye vekt

¹⁷⁷ TOSLO-2018-18590 punkt. 8.8.

¹⁷⁸ Lov 19.juni 2009 nr. 58 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven) § 3 nr. 2.

¹⁷⁹ Rt. 2002 s. 1469 s. 1476.

¹⁸⁰ Rt. 2013 s. 998 avsnitt 66 og HR-2018-2371-A avsnitt 81.

¹⁸¹ TOSLO-2018-18950 punkt 8.6.

¹⁸² Følger blant annet av Rt. 2013 s. 998 avsnitt 59 og HR-2018-2371-A avsnitt 80.

og gjennomgått nøye i vurderingen av om det forelå et arbeidstakerforhold.¹⁸³ Alerisdommen og Bye-dommen sine ulike vektlegginger av risikomomentet illustrerer at det i grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker varierer etter hvilken sak man står overfor.

I grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise er resultatmomentet et kjernemoment av stor vekt. Det vil dermed trolig ikke bli godtatt at momentet blir utelatt fra vurderingen i grensen mellom innleie og bemanningsentreprise.

Momentene hvem som skal stille lokale og materiale til disposisjon og vederlagsmomentet er blitt tillagt mindre vekt også i grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise. Både i grensen mellom arbeidstaker/selvstendig oppdragstaker og innleie/bemanningsentreprise har momentene fått varierende grad av betydning ut i fra hvilket faktisk forhold man står overfor.

Om det foreligger løpende og uspesifiserte arbeidsoppgaver er videre et moment som blir vektlagt i vurderingen av om forholdet karakteriseres som arbeidstaker eller selvstendig oppdragstaker. Momentet er tilsvarende momentet oppdragets avgrensning gjennomgått ovenfor i punkt 3.4.3. At momentet er av betydning må begrunnes på samme måte som for en entreprenør. En selvstendig oppdragstaker vil også ha et behov for at oppdraget er avgrenset og spesifisert for å kunne levere en tjeneste eller et produkt i henhold til kontrakt.

Gjennomgangen av rettskilder som omhandler grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker viser at en sentral ulikhet mellom de to grensedragningene er at Høyesterett i grensen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker tolker arbeidstakerbegrepet vidt. En selvstendig oppdragstaker er ikke vernet av arbeidsmiljøloven overhodet, og det er av avgjørende betydning å ta stilling til om vedkommende er arbeidstaker. Vernehensyn står dermed helt sentralt i vurderingen av grensen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker. Tilsvarende anvendelse av vernehensyn som moment og utvidelse av innleiebegrepet gjelder ikke ved grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise, ettersom det her foreligger ansettelsesforhold.

Videre blir det godtatt et stort rom for hvilke momenter som kan brukes i grensen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker. Dette skiller seg fra grensedragningen mellom

¹⁸³ Rt. 1994 s. 1064 s. 1069.

innleie og bemanningsentreprise hvor momentlisten nærmest blir fulgt skjematisk av Høyesterett. I Avlasterdommen foreligger det en uttalelse som illustrer at momentlisten for grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker ikke skal anvendes skjematisk, og at andre momenter ofte trekkes inn i vurderingen:

*«Den samlede vurdering er at momentene med tyngde taler for at A var arbeidstaker. Helhetsvurderingen skal imidlertid ikke være en mekanisk anvendelse av momentene, og spørsmålet blir om det er andre forhold som tilsier at A likevel ikke er å anse som arbeidstaker.»*¹⁸⁴

I grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker vil momentene som faller utenfor den typiske momentlisten kunne få avgjørende vekt i helhetsvurderingen. Dette er et markant skille fra grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise hvor de resterende momentene sjeldent får betydning dersom ledelse og resultatkriteriet taler klart i den ene retningen. Jevnt over viser dommene for grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker at ledelsesmomentet normalt har avgjørende vekt i helhetsvurderingen slik som ved grensedragningen innleie og bemanningsentreprise. En likhet mellom problemstillingene ligger dermed i at ledelse står særlig sentralt.

Videre foreligger det en likhet mellom de to grensedragningene grunnet at de har mange sammenfallende momenter. Hvordan de sammenfallende momentene i grensedragningene skal bli vektlagt, og hvilket innhold de har skiller seg noen ganger fra hverandre, men dette vil også kunne slå ulikt ut innad i grensedragningene grunnet faktiske forskjeller i arbeidets karakter.

En annen ulikhet mellom grensedragningene er at det foreligger betraktelig mer veiledning i juridisk teori og rettskilder for grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker, enn for innleie og bemanningsentreprisetilfellene. Arbeidstakerbegrepet er vurdert i en rekke Høyesterettsavgjørelse, og innenfor en rekke ulike typer oppdrag. En rettsanvender vil dermed kunne ønske å søke veiledning i rettskildene som omhandler grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker i vurderingen av grensedragningen mellom innleie og bemanningsentreprise. Det er da det svært viktig at rettsanvenderen er klar over at vernehensynet gjør seg særs mer gjeldende i grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker.

¹⁸⁴ Rt. 2013 s. 354 avsnitt 57.

5 Avsluttende bemerkninger

Analysen av Norwegian-dommen har illustrert at dommen ikke er ment som en rettsutviklende og nyskapende dom for grensedragningen innleie og bemanningsentreprise. Grensedragningen beror på en konkret helhetsvurdering, og momentene vil ikke nødvendigvis slå likt ut i fremtidige dommer. Høyesterett sin fremgangsmåte i Norwegian-dommen er tilsvarende som i Quality People-dommen. Begge dommene tar utgangspunkt i momentliste fra forarbeidene, og vurderer alle momentene. Ikke alle momentene blir vurdert like inngående i dommene, men dette skyldes faktiske forskjeller i sakene, og ikke at det har skjedd en utvikling i hvordan momentene skal bli vektlagt.

Høyesterett foretar i Norwegian-dommen en tydelig presisering av at hvem som har ansvar for ledelsen og resultat skal stå som de helt avgjørende momentene i vurderingen, og at det er realiteten som er det avgjørende for hva arbeidsforholdet skal karakteriseres som.¹⁸⁵ Allerede etter gjennomgangen av kriteriene ledelse, ansvar og avgrensning av oppdraget konkluderte Høyesterett foreløpig med at de resterende momentene vanskelig kunne medføre en endring fra bemanningsentreprise til innleie.¹⁸⁶ Uttalelsen fungerer som en tydelig presisjon av hvilke momenter som står sterkt i helhetsvurderingen, og gir klare retningslinjer for momentenes vektlegging i fremtidige saker. De øvrige momentene i vurderingen blir i Norwegian-dommen trukket frem som momenter som er ment å fange opp forsøk på rene omgåelser, og kan dermed fungere som sikkerhetsventiler i grensetilfeller.¹⁸⁷

Selv om førstevoterende foretok en foreløpig konklusjon etter gjennomgåelsen av kriteriene ledelse, resultat og avgrensning av oppdraget i Norwegian-dommen foretok Høyesterett likevel en analyse av de resterende momentene som er fremhevet som sentrale etter Tjenestemannsutvalgets uttalelse.¹⁸⁸ Hvilken vekt utvelgelse av arbeidstakere, vederlagsfastsettelse og ansvar for materialer/lokaler blir tillagt avhenger av karakteren og arten av arbeidsforholdet. Betydningen av momentet vil dermed kunne slå ulikt ut alt etter hvilken type oppdrag man står overfor. Norwegian-dommen og Quality People-dommen er nærmest sammenfallende i hvordan de har vektlagt momentene i helhetsvurderingen. Vederlagsmomentet har imidlertid blitt vurdert mer inngående i Quality People-dommen enn

¹⁸⁵ HR-2018-2371-A avsnitt 80.

¹⁸⁶ HR-2018-2371-A avsnitt 95.

¹⁸⁷ HR-2018-2371-A avsnitt 80.

¹⁸⁸ HR-2018-2371-A avsnitt 96-98.

Norwegian-dommen, men dette skyldes forskjeller i oppdragets art og karakter, og ikke forskjeller i hvordan Høyesterett mener momentet skal vektlegges på generell basis.

Selv om Norwegian-dommen ikke er en nyskapende og utviklende dom er den viktig i veiledningen av hva som ligger i momentene, og hvordan de skal avveies mot hverandre. At retten ikke avviker fremgangsmåten i Quality People-dommen skaper en nødvendig presisering og klargjøring av hvordan vurderingen av grensedragningen skal bli utført. Ettersom det er få rettskilder og juridisk teori som omhandler problemstillingen vil Norwegian-dommen være av stor betydning for fremtidige saker om grensedragningen innleie og bemanningsentreprise. Det skaper større forutberegnelighet både for arbeidstakere, arbeidsgivere og rettsanvendere at Norwegian-dommen bidrar til en presisering av momentenes innhold, betydning og vektlegging.

Kildeliste

Lover og direktiver

Sysselsettingsloven	Lov 27. juni. 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven).
Ferieloven	Lov 29. april 1998 nr. 21 om ferie (ferieloven).
Arbeidsmarkedsloven	Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven).
Universitets- og høyskoleloven	Lov 01. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler (universitets- og høyskoleloven).
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
Merverdiavgiftsloven	Lov 19. juni 2009 nr. 58 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven).
Tjenesteloven	Lov 19. juni 2009 nr. 103 om tjenestevirksomhet (tjenesteloven).
Skipsarbeidsloven	Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven).
Statsansatteloven	Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).
Vikarbyrådirektivet	Europaparlamentets og rådsdirektiv 2008/104/EF 19. november 2008 om vikararbeid (vikarbyrådirektivet).

Forarbeider

Ot.prp. nr. 104 (1947)	Ot.prp. nr. 104 (1947) Om lov om ferie
Ot.prp. nr. 53 (1970-1971)	Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) Om lov om endringer i lov 27. juni 1947 om tiltak til å fremme sysselsetting.

Ot.prp. nr. 70 (1998-1999)

Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., i lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. og i lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting.

Ot.prp. nr. 62 (2003-2004)

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

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)

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

NOU 1982: 12

NOU 1982: 12 Lov om ferie.

NOU 1998: 15

NOU 1998: 15 Arbeidsformidling og arbeidsledelse.

NOU 2004: 5

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Domsregister

Høyesterettspraksis

Rt. 1984 s. 1048

Rt. 1994 s. 1064

Rt. 2002 s. 1469

Rt. 2007 s. 1458

Rt. 2009 s. 685

Rt. 2013 s. 354

Rt. 2013 s. 998

Rt. 2013 s. 1730

HR-2016-1366-A

HR-2018-2371-A

Underrettspraksis

RG-2004-105

TOSLO-2018-18950

Litteraturliste

Boe (2010)

Boe, Erik Magnus, *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3.utgave, Universitetsforlaget 2010.

Borgerud/Næss (2019)

Borgerud, Ingeborg Moen, Næss, Mona, *Arbeidsrett. Omstilling, nedbemanning og virksomhetsoverdragelse i offentlig sektor*, 2.utgave, Universitetsforlaget 2019.

Fougner (2019)

Fougner, Jan, *Norsk Arbeidsrett. Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, 1.utgave, Universitetsforlaget 2019.

Hagstrøm (1997)

Hagstrøm, Viggo, *Entrepriserett utvalgte emner*, Vindern forlag 1997.

Johansen m.fl. (2015)

Johansen, Atle Sønsteli, Stueland, Einar, *Arbeidsmiljøloven: Kommentarer og praksis*, 2. utgave, Gyldendal Norsk Forlag 2015.

Skjønberg m.fl. (2017)

Skjønberg, Alexander Næss, Hognestad, Eirik, Hotvedt, Marianne Jenum, *Individuell arbeidsrett*, 2.utgave, Gyldendal Juridisk 2017.

Storeng m.fl. (2016)

Storeng, Nils H., Beck, Tom H., Lund, Arve
Due, Andersen, Kari Bergeius, Andersen,
Terje G., Svendsen, Thomas B.,
Arbeidslivets spilleregler, 4.utgave,
Universitetsforlaget 2016.