

KANDIDAT

xxxxxx

PRØVE

JUS5511 1 Arbeidsrett, den individuelle del

Emnekode JUS5511

Vurderingsform Hjemmeeksamen

Starttid 11.11.2020 07:45

Sluttid 11.11.2020 12:30

Sensurfrist 01.12.2020 22:59

**Seksjon 1**

**Oppgave Tittel Oppgavetype**

Informasjon Dokument

1 JUS5511 Langsvar

**Drøft grensen mellom entreprise og innleie av arbeidskraft og grensen mellom innleie fra bemanningsforetak (arbeidsmiljøloven § 14-12) og innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie (arbeidsmiljøloven § 14-13).**

**Bruk gjerne både rettspraksis og egne praktiske eksempler for å belyse begge grensedragningene.**

**Skriv ditt svar her**

### **Innledning**

Grensedragningen mellom både entreprise og arbeidsinnleie, og mellom innleie fra henholdsvis bemanningsforetak og fra virksomhet som ikke har utleie som formål er sentral. Felles for begge grensedragningene er at ulike rettsgrunnlag kommer til anvendelse avhengig av klassifiseringen av arbeidsforholdet. Dette vil også medføre ulike vilkår for adgangen til å benytte seg av arbeidskraften, og ulike rettsvirkninger.

Oppgaven ber om en behandling av grensedragningene i begge tilfeller. Jeg vil behandle skillet mellom entreprise og innleie av arbeidskraft først, før jeg behandler skillet mellom innleie fra bemanningsforetak og virksomheter uten utleie som formål. For begge temaene vil jeg først presentere noen generelle utgangspunkter, før jeg går nærmere inn på grensedragningene.

Jeg tolker oppgaven slik at en inngående drøftelse om de ulike vilkårene i rettsgrunnlagene utover det som er aktuelt for grensedragningen faller utenfor oppgavens tema. For å belyse grensen og dens tilhørende rettsvirkninger vil jeg likevel påpeke noen rettsvirkninger og vilkår der dette er relevant. Fokuset vil likevel ligge på selve grensene mellom begrepene og regelsettene.

### **Grensen mellom entreprise og arbeidsinnleie**

#### Utgangspunkter

Et entrepriseforhold innebærer at en oppdragsgiver gir et oppdrag til entreprenøren, som vedkommende skal utføre for oppdragsgiver mot et vederlag. Entreprenøren vil typisk benytte seg av egen arbeidskraft for å utføre oppdraget, og har ansvaret for resultatet av arbeidet. Avtalen består i de fleste tilfeller av en fast pris, der entreprenøren står for materialene, verktøyet og arbeidskraften. Oppdragsgiveren har ikke kontrollen over selve utføringen av oppdraget. Ofte vil entreprenøren besitte spesiell kunnskap og kompetanse som oppdragsgiver ikke har. Entreprise kan dermed føre til en mer effektiv utnyttelse av eksempelvis arbeidskraften.

Med arbeidsutleie menes leie av arbeidstakere fra en arbeidsgiver, som da er utleier, til en oppdragsgiver, som er innleier, jf. arbeidsmarkedsloven § 25 annet ledd. Den innleide er underlagt ledelsen til oppdragsgiver, altså inneleier. Ved arbeidsinnleie har innleier typisk den daglige ledelsen av arbeidstakerne og ikke minst arbeidet de utfører. Her har ikke utleier noen kontroll over hva arbeidstakerne til daglig gjør for innleier. Slik sett vil forholdet i utleieperioden virke som et ordinært arbeidsforhold mellom innleier og arbeidstaker, på tross av at arbeidstaker er ansatt hos utleier. Avtaleforholdet består derfor i realiteten mellom innleier og utleier.

Retningslinjene for grensedragningen som har blitt utviklet gjennom forarbeider og rettspraksis er i dag ansett som gjeldende rett. I Rt. 2002 s. 1469 (*Eksakt Regnskap*) uttalte Høyesterett at spørsmålet om hvorvidt det foreligger arbeidsutleie må avgjøres ut fra en konkret vurdering av hva som er den mest nærliggende karakteristikken. Det er en rekke momenter som er sentrale for grensedragningen. I Prop. 74 L (2011- 2012) s. 25-26 uttaler departementet at det i utgangspunktet er entreprise når entreprenøren leder arbeidet, bestemmer antall arbeidstakere som benyttes, det er avtalt en fast pris, når oppdraget er

klart avgrenset, entreprenøren har et selvstendig ansvar for resultatet, og entreprenøren benytter sine egne materialer og verktøy. Dette er de sentrale momentene for grensedragningen, og i det videre vil jeg se nærmere på disse momentene. I *Quality People* avsnitt 66 uttrykker Høyesterett at det er de reelle forhold som er avgjørende for grensedragningen.

#### Rettsvirkninger av grensen

Ved *arbeidsinnleie* fra et bemanningsforetak kommer reglene i arbeidsmiljøloven (heretter aml.) § 14-12, § 14-12a, § 14-12b og § 14-12c til anvendelse. Adgangen til arbeidsinnleie er begrenset etter reglene i aml. § 14-12, slik at innleie kun er tillatt i samme utstrekning som midlertidige ansettelser etter aml. § 14-9 annet ledd a til e. Videre er det en rekke rettigheter og plikter som tilfaller partene etter § 14-12a, § 14-12b og § 14-12c som jeg kommer kort tilbake til under grensedragningen mellom innleie fra bemanningsforetak og virksomhet uten utleie som formål.

Om forholdet er et *entrepriseforhold* er arbeidstaker en ordinær arbeidstaker hos entreprenøren, og reglene om arbeidsinnleie kommer ikke til anvendelse. Begrensningen i adgangen til arbeidsinnleie gjelder ikke når ansatte stilles til disposisjon via en entreprise, se Rt. 2013 s. 988 (*Quality People*) avsnitt 42. Dette er også direkte uttrykt i Prop. 74 L (2011-2012) s. 53 der direktivet som reglene i aml. § 14-12a til § 14-12c bygger på kun gjelder der arbeidstakerne har inngått avtale med et bemanningsforetak for så å sendes til andre virksomheter for å midlertidig utføre arbeidsoppgaver under tilsyn og ledelse av disse.

#### Momentene for grensedragningen

Jeg tar i den videre fremstillingen hovedsakelig utgangspunkt i de momentene som kjennetegner entreprise, og viser til hvordan disse er behandlet i praksis. Om det i de tilfeller der grensedragningen er aktuell ikke foreligger entreprise vil det foreligge arbeidsinnleie, og reglene i aml. § 14-12 flg. kommer til anvendelse. Momentene kan dermed også

4/18

JUS5511 1 Arbeidsrett, den individuelle del Candidate xxxxxx

formuleres motsatt. Arbeidsutleie vil dermed blant annet kjennetegnes av at oppdragsgiveren (innleieren) har ledelsen av arbeidet, bestemmer antall arbeidstakere og betaler en fastsatt. timepris.

I *Quality People* avsnitt 59 fremheves to momenter som avgjørende ved helhetsvurderingen. Det første er hvem av partene som har ansvaret for ledelsen, og det andre hvem som har ansvaret for resultatet av arbeidet. I HR-2018-2371-A (*Norwegian*) legger Høyesterett til grunn at vilkårene ikke er likestilte og kumulative. Det slås fast at det må foretas en helhetsvurdering, der de øvrige kriteriene som utgangspunkt sperrer mot forsøk på omgåelse av reglene. At disse momentene er avgjørende gjenspeiler at dette er de klareste kjennetegnene på entreprise, ved at entreprenøren selv leder arbeidet og har ansvaret for resultatet. Slik sett vil disse momentene nok i de fleste tilfeller være mest tungtveiende også i den senere helhetsvurderingen.

Et av de mest avgjørende momentene er altså *hvem som har ansvaret for ledelsen av arbeidet*. Dette kan sees i sammenheng med arbeidsgivers styringsrett, altså den heteronome kompetansen til å organisere, lede og kontrollere arbeidet, jf. eksempelvis Rt. 2000 s. 1602 (*Nøkk*). Ved arbeidsinnleie etter aml. § 14-12 vil dette typisk tilligge innleier, som i det daglige overtar ledelsen av arbeidet og bestemmer hva arbeidstakerne skal foreta seg av arbeidsoppgaver. Ved entreprise er det entreprenøren som har ansvaret for ledelsen av arbeidet og som dermed eksempelvis setter opp arbeidsplaner og kontrollerer arbeidet.

I *Norwegian* tok Høyesterett utgangspunkt i hva som fremgikk av avtalegrunnlaget mellom partene, der oppdraget var beskrevet. I den konkrete saken hadde NAR, som var oppdragstaker og leverandøren av tjenestene, ansvar for å levere en komplett tjeneste. NAR skulle blant annet lage en arbeidsplan som bestemte hvilke piloter og kabinansatte som skulle delta på flygningene, og hadde også ansvaret for eventuell justeringer, se dommens avsnitt 82. På denne måten hadde leverandøren

5/18

JUS5511 1 Arbeidsrett, den individuelle del Candidate xxxxxx

et klart ansvar for ledelse, som trakk i retning av entreprise. NAS og NAN, som var oppdragsgiverne, hadde likevel et ansvar for opplæring og utsjekking etter spesifikke krav, og visse rettigheter til å kontrollere om pilotene og de kabinansatte oppfylte kvalifikasjonskravene til selskapet. Det het blant annet i avtalen at NAS og NAN skulle ha aktiv kontroll og ansvar for aktivitetene. Høyesterett fant at dette kunne tale for innleie, men anså vilkårene for å være knyttet til den retten til å kontrollere arbeidet som oppdragsgiver også må ha, se avsnitt 84. Førstvoterende viste blant annet til forarbeidene, der det ble uttrykt at det ikke var til hinder for entreprise at oppdragsgiver kontrollerte arbeidsresultatet på vanlig måte, selv om dette skulle skje fortløpende. I avsnitt 85 uttrykkes det at det må skilles mot de tilfeller der kontrollen er så detaljert og direkte at det i praksis blir oppdragsgiveren som leder arbeidet.

Det andre momentet som er fremhevet som avgjørende i *Quality People* er *hvem har ansvaret for resultatet av arbeidsinnsatsen*. I dette ligger det at entreprenøren typisk har et selvstendig ansvar for å oppfylle arbeidsoppdraget. Dette kan også innebære at entreprenøren ikke får betalt, eller får en mindre del av vederlaget, om resultatet ikke er i henhold til kontrakten. På denne måten er ansvaret flyttet til entreprenøren. Ved arbeidsinnleie etter reglene i aml. § 14-12 vil det være opp til innleier å lede arbeidet på en slik måte at vedkommende oppnår resultatene som er ønsket. Utleiers ansvar vil da være å stille den avtalte arbeidskraft til disposisjon, uten noe ansvar for at dette fører til ønsket resultat.

I *Norwegian* hadde NAR et ansvar for å stille kvalifiserte besetninger til alle flygningene. Det var derfor NAR som eventuelt måtte skaffe en erstatning om et besetningsmedlem ikke kunne utføre arbeidsoppgavene på en flyvning. Av avtalen fulgte det at ved forsinkelser eller kanselleringer som var innenfor oppdragstakers kontroll, altså NAR sin kontroll, måtte NAR kompensere NAS og NAN for de erstatningsbeløp de eventuelt måtte utbetale. Dette skulle da utgjøre prisjusteringen ved en lavere kvalitet på leveransen. NAR hadde videre ansvar for eventuell

6/18

JUS5511 1 Arbeidsrett, den individuelle del Candidate xxxxxx

personskade eller dødsfall som rammet NAR sine ansatte, med mindre dette skyldtes uaktsomhet hos NAS eller NAN. I saken hadde altså oppdragstaker, NAR, ansvaret for resultatet.

Dette kommer særlig til syne ved at eventuelle problemer ved oppfyllingen av kontrakten ville gå på bekostning av NAR sin inntjening.

Videre følger det av NOU 1998: 15 punkt 5.1.4 at det som *utgangspunkt vil foreligge entreprisen når det er avtalt en fast pris*. Dette kan sees i sammenheng med at entreprenøren vil ha ansvaret for resultatet. Ved arbeidsinnleie etter aml. § 14-12 vil innleier som regel betale på timebasis. Dette kommer også delvis til syne ved at innleier på samme måte som en selvskyldnerkausjonist hefter for utbetalingen av lønnen til arbeidstaker, jf. aml. § 14-12c.

Entreprenøren vil få betalt et fast vederlag, uavhengig av hvor mange ansatte vedkommende må benytte for å oppfylle sine forpliktelser etter avtalen. I *Quality People* avsnitt 101 fremheves dette, der det uttrykkes at leverandøren har risikoen for arbeidsomfanget vedkommende har påtatt seg, og at dette kan utføres innen det avtalte vederlaget. Det vil derfor ikke føre til noe ekstra betaling om det må arbeides overtid for å oppfylle kontraktsforpliktelsene.

Høyesterett kommer i *Norwegian* med noen generelle uttalelser om dette. I avsnitt 97 uttales det at vederlag etter løpende regning ville tale for at det foreligger arbeidsinnleie. Samtidig ble det påpekt at en løpende regning ikke utelukker entreprisen. Dette momentet er derfor hakket mindre klart definert enn de to øvrige momenter.

NOU 1998: 15 punkt 5.1.4 oppstiller også et moment i form av at *oppdraget må være klart bestemt på forhånd*. Avtalen må dermed legge klare linjer for hva som skal utføres. Dette er et klart skille fra arbeidsinnleie etter aml. § 14-12, der innleier kan benytte den innleide arbeidskraften til ulike typer oppgaver og endre arbeidet fra dag til dag innenfor rammene av avtalen. I Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23 er det

7/18

JUS5511 1 Arbeidsrett, den individuelle del Candidate xxxxxx

uttrykt at det ikke er tilstrekkelig at nye arbeidsoppgaver bestemmes fra dag til dag, selv om disse skulle være avgrensede. I *Norwegian* presiserte Høyesterett at det ikke sperrer for entreprisen at det gjøres visse justeringer underveis. Det påpekes at det er vanlig med visse endringer ved gjennomføringen av entrepriser.

Videre er det som utgangspunkt entreprisen når *antallet arbeidstakere som benyttes er uvedkommende for oppdragsgiver*, jf. momentlisten i NOU 1998: 15 punkt. 5.1.4. Dette har igjen sammenheng med at det er entreprenøren som har ansvar for å levere et bestemt resultat. Det er derfor som utgangspunkt ikke oppdragsgiver som kan bestemme hvordan dette skal gjøres, med mindre dette følger av avtalen og spesielle hensyn.

I *Norwegian* avsnitt 98 drøftes dette momentet. I avtaleforholdet mellom NAR som oppdragstaker og NAS og NAN som oppdragsgivere var det oppdragsgiverne som fastsatte antallet i besetningen ved hver enkelt flyvning, og også hvor mange besetninger som skulle leveres. Her var det altså ikke opp til oppdragstaker å avgjøre antallet ansatte som skulle benyttes for å utføre oppdraget. Høyesterett påpekte at siden besetningens størrelse avhang av både flytype og ikke minst myndighetsfastsatte krav kunne oppdragsgiver i realiteten ikke sies å ha så mye valgfrihet. At oppdragstaker ikke kunne avgjøre antall ansatte ble derfor ikke tillagt noe vekt.

Høyesterett fant i *Quality People* at det forelå visse brudd på dette kravet i saksforholdet. Dette gjaldt kun i en svært begrenset tid på året, nemlig ved bruken av sommervikarer. Under helhetsvurderingen fant derfor Høyesterett at dette punktet ikke fikk betydning for helhetsvurderingen.

Det siste momentet i listen i NOU 1998: 15 er *hvem som holder det sentrale utstyret for utførelsen av oppdraget*. I Ot.prp. nr. 43 (1970-1971) s. 24 uttrykkes det at der oppdragsgiveren stiller med materiell og

8/18

JUS5511 1 Arbeidsrett, den individuelle del Candidate xxxxxx

maskiner taler dette for arbeidsinnleie. Likevel vil det i noen bransjer være naturlig at oppdragsgiveren holder slikt materiell, slik at det fortsatt kan være tale om entreprisen. Dette kommer klart til uttrykk i *Norwegian*-dommen der Høyesterett i avsnitt 96 uttaler at dette ikke er et absolutt vilkår. Videre påpekes det at passasjerfly er atypisk utstyr, og at selve besetningen derfor måtte anses for å være utstyret. At NAR ikke sto for selve flyene kunne derfor ikke utelukke entreprisen.

Et interessant punkt i *Quality People* er at Høyesterett med henvisning til Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 23 anvender et moment som omhandler hvem som fastsetter og kontrollerer arbeidstiden. I *Quality People* fant Høyesterett at *Quality People* sin manglende kontroll over åpningstider hadde liten vekt, da dette var en vesentlig del av

arbeidsbeskrivelsen. Dette momentet er så vidt jeg kan se ikke å gjenfinne i NOU 1998: 5, Prop. 74. L (2011-2012) eller i *Norwegian* dommen. Dette kan kanskje anses for å falle innunder den daglige ledelsen av arbeidet, og slik sett inngå i vurderingen av hvem som har

ledelsen av arbeidet.

### Helhetsvurderingen

Som gjennomgangen av momentlisten viser er det en rekke momenter som både kan være noe uklare og som ikke er absolutte. Momentene kan derfor ikke fungere som noe annet enn momenter i en helhetsvurdering. Dette synes særlig godt i faktumet og vurderingen i *Norwegian*-dommen, hvor Høyesterett mente at det klart forelå en entreprise, på tross av at enkelte momenter ikke klart talte for at det var snakk om et entrepriseforhold. I *Norwegian* fremkommer ikke helhetsvurderingen eksplisitt, da det i avsnitt 99 uttrykkes at det "klart" forelå en entreprise og ikke arbeidsinnleie. I *Quality People* avsnitt 110 foretar Høyesterett en helhetsvurdering. Denne er heller ikke særlig dyptgående. Det momentet som var mest tvilsomt var at Quality People ikke fikk bestemme fullt ut over antall ansatte, men dette ble tillagt liten eller ingen vekt da det kun gjaldt sommervikarer, altså i et begrenset tidsrom. Høyesterett sin praksis i disse to dommene gir derfor relativt sett liten veiledning i den

9/18  
JUS5511 1 Arbeidsrett, den individuelle del Candidate xxxxxx

konkrete helhetsvurderingen som må foretas, ved at den i liten grad fremstilles tydelig i domspremissene.

Likevel er det klart etter dommene at helhetsvurderingen må foretas etter de reelle forholdene i saken, og at vurderingen blir svært konkret. Det er heller ingen tvil om at den skal foretas.

Etter praksis fra Høyesterett er det klart at det er to momenter som skiller seg ut som særdeles viktige. I *Norwegian* avsnitt 81 uttales det at det sentrale spørsmålet er hvem som sto for ledelsen av arbeidet. Det vil derfor være vanskelig å komme til at det foreligger en entreprise der oppdragsgiver har kontroll og ledelse av arbeidet fullt ut. Det vil da være snakk om arbeidsinnleie etter reglene i aml. § 14-12 med tilhørende begrensninger.

Videre er det klart at ansvaret for resultatet av arbeidet også vil stå svært sentralt. Om ansvaret for resultatet ikke ligger hos oppdragstaker vil det vanskelig kunne sies å foreligge en entreprise. Da skal det nok relativt mye til før helhetsvurderingen likevel vil slå ut i at det foreligger en entreprise.

Helhetsvurderingen må altså foretas på bakgrunn av momentlisten, med de to avgjørende momentene som hovedspørsmålene. De resterende momentene vil som nevnt innledningsvis som hovedsak fungere som en sperre mot omgåelser. Det vil kunne være i innleier sin interesse å påberope seg at det er tale om en entreprise og ikke et tilfelle av arbeidsinnleie. Arbeidsinnleie medfører en del plikter for innleier og rettigheter for den innleide. Der avtaleforholdet bærer preg av å være utformet med omgåelse av reglene om arbeidsinnleie som formål vil derfor momentene kunne bidra til å avsløre dette.

Dette betyr ikke at de øvrige momentene ikke får noen selvstendig vekt, og dette kommer heller ikke på spissen i noen av de to nevnte dommene.

10/18  
JUS5511 1 Arbeidsrett, den individuelle del Candidate xxxxxx

Siden Høyesterett likevel velger å gjennomgå momentlisten relativt nøye må det antas at momentene vil kunne ha betydning for helhetsvurderingen også der det ikke er tale om omgåelse.

### **Grensen mellom innleie fra bemanningsforetak etter aml. § 14- 12 og innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie etter aml. § 14-13.**

#### Utgangspunkter og reelle hensyn

Etter aml. § 14-12 første ledd er innleie av arbeidstaker fra "virksomhet som har til formål å drive utleie" kun tillatt i samme utstrekning som arbeidsgiver har til å ansette midlertidig etter reglene i aml. § 14-9 andre ledd bokstav a til bokstav e. Etter Prop. 74 L (2011-2012) s. 52 skal virksomhet som har til formål å drive utleie forstås likt som bemanningsforetak. Hvorvidt virksomheten skal anses for et bemanningsforetak vil avhenge av en helhetsvurdering. I denne inngår virksomhetens art, altså i hvilket omfang og til hvilken hyppighet utleie skjer, samt hvor stor andel av virksomheten som utleien utgjør. Vurderingen må ta utgangspunkt i de reelle forholdene. Det følger videre at det må avgrenses mot innleie av arbeidskraft fra virksomhetene som ikke har dette til formål.

Det er altså relativt store begrensninger i adgangen til å leie inn arbeidstakere fra bemanningsforetak. Disse begrensningene kan sees i sammenheng med at hovedregelen i aml. § 14-9 er fast ansettelse. Dette er begrunnet i et ønske om å ha et arbeidsliv med størst mulig bruk av fast ansettelse. Innleide arbeidstakere er ofte fast ansatte hos utleier, men innleie av arbeidstakere er en måte for innleier til å dekke sitt behov for arbeidskraft av mer midlertidig karakter. Den innleide arbeidstakeren vil derfor i det daglige ikke faktisk utføre sine arbeidsoppgaver under ledelse av sin arbeidsgiver.

Aml. § 14-13 hjemler adgangen til utleie fra "virksomhet som ikke har til formål å drive utleie". En alminnelig forståelse av ordlyden tilsier at det

11/18

JUS5511 1 Arbeidsrett, den individuelle del Candidate xxxxxx

må dreie seg om virksomheter som ikke er opprettet for å drive med utleie, og som heller ikke har begynt med dette som hovedformål. Det følger av første punktum at den innleide arbeidstakeren må være "fast ansatt" hos utleier. Av Ot.prp. nr. 56 (2006-2007) s. 17 følger det at bestemmelsen typisk gjelder produksjonsvirksomheter, som ved svinginger i markedet kan ha behov for å sysselsette sine arbeidstakere hos andre arbeidsgivere. Dette skal derfor være et alternativ til oppsigelse og permittering. Et annet formål som nevnes er behovet for spisskompetanse. Hensynene bak bestemmelsen er altså at arbeidstakerne skal kunne bli sysselsatt på alternative måter, slik at man unngår oppsigelser og nedbemanninger når dette kan unngås. En oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold vil for de fleste arbeidstakere få store konsekvenser. Da vil en mulighet til utleie også for virksomheter som ikke har dette til formål kunne avhjelpe situasjonen.

Ved utleie fra virksomhet som har utleie som formål er adgangen til innleie som hovedsak knyttet til behovet for midlertidig arbeidskraft hos innleier. Bemanningsforetaket søker altså å dekke et behov hos innleier for midlertidig arbeidskraft. Der virksomhet som ikke har som formål å drive med utleie likevel leier ut sine arbeidstakere skyldes dette behovet hos utleieren. Utleieren har gjerne et midlertidig problem med å sysselsette sin ansatte. På denne måten skiller de begrunnelsene til de to regelsettene seg fra hverandre.

Grensen mellom innleie fra bemanningsforetak etter aml. § 14-12 og innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie etter aml. § 14-13 må trekkes ut ifra en vurdering av minimumsvilkårene i § 14-13 og en skjønnsmessig helhetsvurdering. Der vilkårene i aml. § 14-13 ikke er oppfylt må det være adgang til å leie ut etter aml. § 14-12 for at innleien skal være lovlig. Ved utleie etter aml. § 14-12 kommer andre regelsett til anvendelse, noe som innebærer større rettigheter og plikter for partene. Der innleier tar feil av rettsgrunnlaget må virksomheten bære konsekvensene av dette, jf. *YTT* avsnitt 49. Jeg kommer tilbake til rettsvirkningene av at de ulike regelsettene kommer til anvendelse

12/18

JUS5511 1 Arbeidsrett, den individuelle del Candidate xxxxxx

senere.

I det følgende vil jeg se nærmere på vurderingene av om virksomheten ikke har til formål å drive utleie, jf. aml. § 14-13. Jeg vil underveis vise til reglene i aml. § 14-12.

#### Vilkårene i aml. §14-13

Det er for det første et krav at arbeidstakeren som skal leies ut er fast ansatt i virksomheten, jf. ordlyden i aml. § 14-13. Noe tilsvarende krav følger ikke av ordlyden i aml. § 14-12. En virksomhet som ikke har utleie som formål kan derfor kun leie ut sine faste ansatte. Dette innebærer også at virksomheten ikke kan leie ut arbeidstakere de selv har innleid. Kravet er inntatt for å hindre omgåelse og en uthuling av stillingsvernet, jf. Ot.prp. nr. 56 (2006-2007) s. 17.

Av aml. § 14-13 annet punktum følger to minimumsvilkår for at virksomheten kan anses for å ikke ha utleie til formål. Utleie må skje innen fagområdene som er utleierens hovedbeskjeftigelse, og utleieaktiviten ikke omfatter mer enn 50% av de fast ansatte. Det er etter rettspraksis og forarbeider klart at dette kun er minimumskrav, og at det må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av hvorvidt bedriften har utleie som formål, se Rt. 2013 s. 1730 (*YTT*) avsnitt 48. Jeg kommer tilbake til dette.

Utleien må altså etter aml. § 14-13 annet punktum skje innenfor de samme fagområdene som er utleierens "hovedbeskjeftigelse". Ordlyden tyder her på at en virksomhet ikke kan leie inn arbeidstakere etter reglene i aml. § 14-13 til å utføre arbeidsoppgaver som ligger utenfor de fagområdene bedriften vanligvis arbeider med.e. I Ot.prp. nr. 70 (1998- 1999) s. 50 uttrykkes det at det stilles et minstekrav til at virksomheten driver en egen næringsvirksomhet ved siden av utleiedelen. Denne må utgjøre et visst volum. Eksempelvis vil ikke en virksomhet som driver et bilverksted kunne leie ut arbeidskraft til å drive med snekkerarbeid etter

13/18

JUS5511 1 Arbeidsrett, den individuelle del Candidate xxxxxx

reglene i aml. § 14-13, da dette ikke vil falle innenfor utleiers hovedbeskjeftigelse. Utleien må skje innenfor det fagområdet som er hovedbeskjeftigelsen. I en avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett, LA 2019-29322, påpeker lagmannsretten at hensynet til behovet for alternativ sysselsetting når bedriften mangler oppdrag vil tilsa at fagområdet ikke må defineres for snevert.

Eksempelvis vil vilkåret kunne være oppfylt der en virksomhet som driver med produksjon av turbiner for utvinning av vannkraft der arbeidsoppgavene i stor grad består av sveising av metall leier ut arbeidstakere til andre virksomheter som også arbeider med slik sveising.

Det andre minimumsvilkåret er altså at virksomheten ikke kan leie ut mer enn 50% av sine faste ansatte. Dette må sees i sammenheng med at der en virksomhet leier ut mer enn halvparten av sine arbeidstakere vil formålet med virksomheten fort kunne sies å være nettopp utleie. I forarbeidene er det også vektlagt at dette vil kunne hindre at utleieaktiviteten over tid utvikler seg til å bli hovedbeskjeftigelsen. Vilkåret vil altså være oppfylt der en virksomhet leier ut under halvparten av sine faste ansatte.

#### Helhetsvurderingen

Selv om minimumsvilkårene som nevnt ovenfor er oppfylt kan virksomheten måtte anses for å ha utleie som formål. Dette er fremhevet i *YIT* avsnitt 48, der det uttrykkes at den konkrete vurderingen skal foretas for å unngå omgåelser av reglene. Dette må sees i sammenheng med at kravene til virksomhetene som ikke har utleie som formål er lavere enn for bemanningsforetakene. Videre har arbeidstakerne mindre rettigheter, for eksempel ved at reglene om opplysningsplikt for bemanningsforetaket etter aml. § 14-12 b annet ledd ikke kommer til anvendelse ved utleie etter aml. § 14-13.

Høyesterett uttalte i *YIT* at formålet bak reglene i aml. § 14-13 står

14/18

JUS5511 1 Arbeidsrett, den individuelle del Candidate xxxxxx

sentralt ved helhetsvurderingen, og at det er de reelle forholdene som er avgjørende for vurderingen. Hva utleier oppgir at er formålet med virksomheten vil derfor ikke være avgjørende. I avsnitt 52 uttrykkes det at hovedformålet er å tilgodese utleiebedriftens behov for å leie ut produksjonsansatte når de ellers hadde vært midlertidig overflødige i egen bedrift. Det følger dermed implisitt av dommen at vurderingstemaet ligger tett opp til om utleien er knyttet til en slik midlertidig overflødighet av ansatte.

Et eksempel på når helhetsvurderingen kan innebære at virksomheten må sies å ha utleie som formål på tross av at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt kan være når en bedrift som driver med utvikling av mobil-apper til en hver tid leier ut en relativt stor prosentandel av sine ansatte. Når utleien på denne måten er permanent vil dette kunne medføre at det er snakk om å ha utleie som formål, på tross av at det gjelder andel av de ansatte på under 50%, og det er innenfor hovedbeskjeftigelsen til virksomheten. Dette har særlig sammenheng med at begrunnelsen for adgangen i aml. § 14-13 er utleiebedriftens midlertidige behov for å sysselsette overflødige arbeidstakere.

I *YIT* dreide saken seg om utleie av en arbeidstaker fra *YIT* til Statoil over en periode på mer enn fire år. Arbeidstakeren var som utgangspunkt ansatt i *YIT*, men arbeidet hele tiden hos Statoil. Det var Statoil som hadde begrunnet ansettelsen og utleien. Det ble også lagt til grunn at arbeidstakeren ikke hadde noen stilling å gå tilbake til hos *YIT*. Høyesterett viste til at selve begrunnelsen for ansettelsen og utleien var nettopp Statoil sine behov, og når A da ikke hadde stilling å gå tilbake til hos *YIT* var dette fjernt fra de formål som begrunnet aml. § 14-13. Dermed kunne ikke aml. § 14-13 være hjemmel for utleie, på tross av at minimumsvilkårene var oppfylt. Helhetsvurderingen medførte derfor at aml. § 14-12 ble ansett som korrekt hjemmel.

#### Begrepet "virksomhet som har utleie som formål"

15/18

JUS5511 1 Arbeidsrett, den individuelle del Candidate xxxxxx

Som nevnt innledningsvis er det i Prop. 74 L (2011-2012) s. 52 uttalt at hvorvidt en virksomhet skal anses for å ha utleie som formål skal sees hen til hyppighet og omfang av utleie, samt hvor stor del av virksomheten utleien utgjør. Det er likevel klart at virkeområdet i aml. § 14-13 henger tett sammen med virkeområdet i aml. § 14-12. I Ot.prp. nr. 70 (1998- 1999) s. 43 uttales det at virksomhet som regelmessig leier ut tilsatte og som har innrettet virksomheten med formålet om å tilby utleie må anses for å ha dette som formål. Det skal avgrenses mot sporadisk utleie, eller der utleie er et resultat av overskudd på arbeidskraft. Dette er altså i stor grad sammenfallende med vurderingene som foretas etter aml. § 14-13. Om det altså ikke er snakk om en virksomhet som *ikke* har utleie som formål, må det altså kunne anses for å dreie seg om et bemanningsforetak.

#### Konsekvensene av de ulike regelsettene

Om virksomheten ikke oppfyller vilkårene og helhetsvurderingen i aml. § 14-13 må den sies å ha utleie som formål. Da kommer reglene i aml. § 14-12 til anvendelse. Selv om oppgaven har hovedfokus på selve grensedragningen vil jeg se på hva som er konsekvensene av utfallet av grensedragningen.

For innleieadgangen etter aml. § 14-13 gjelder det et avtalekrav. Av annet ledd følger det at der innleie overstiger 10 prosent av ansatte hos innleier, eller der innleien har en varighet over ett år, må det inngås en skriftlig avtale med de tillitsvalgte. Adgangen til innleie etter aml. § 14-13 er altså ikke helt ubegrenset.

Mens adgangen etter aml. § 14-13 ikke oppstiller

ytterligere begrensninger i adgangen til å leie inn, utover avtalekravet, har aml. § 14-12 strenge begrensninger. Etter aml. § 14-12 første ledd er innleie fra bemanningsforetak tillatt etter de samme reglene som gjelder for midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 annet ledd bokstav a til e. Det er altså ikke anledning til å leie inn arbeidstakere etter

16/18

JUS5511 1 Arbeidsrett, den individuelle del Candidate xxxxxx

aml. § 14-9 annet ledd bokstav f, som åpner for en adgang til midlertidig ansatte for en tidsperiode på 12 måneder på visse vilkår. Etter § 14-9 annet ledd bokstav a til e er det eksempelvis adgang til å leie inn når arbeidet har en midlertidig karakter, er et vikariat eller gjelder idrettsutøvere.

En konsekvens av skillet er også at der det foreligger brudd på aml. § 14-12 kan innleid arbeidstaker få dom på at det foreligger et fast arbeidsforhold etter reglene i aml. § 14-14. Dette gjelder ikke tilsvarende ved brudd på aml. § 14-13. I *YIT* hadde arbeidstakeren krav på fastansettelse, og dette var mulig fordi utleieforholdet ble ansett omfattet av aml. § 14-12 i stedet for aml. § 14-13 som var anført av arbeidsgiver.

En følge av at det er snakk om utleie fra et bemanningsforetak er at reglene i aml. § 14-12 a, § 14-12 b og § 14-12 c kommer til anvendelse. Dette er regler som skal tilfredstille kravene som er oppstilt i det EØS rettslige vikarbyrådirektivet (2008/104/EF). Reglene tar sikte på å oppnå likebehandling av arbeidstakerne som er utleid og de som er ansatt hos innleier. Dette er i tråd med artikkel 2 i direktivet som blant annet fremhever behovet for vern av vikarer og å opprette egnede rammer for bruk av vikararbeid.

Etter aml. § 14-12 a har bemanningsforetaket et ansvar for å sørge for at den utleide arbeidstakeren som et minimum sikres vilkårene som ville ha kommet til anvendelse om arbeidstaker var ansatt hos innleier for å utføre det samme arbeidet. Dette gjelder blant annet arbeidstid, overtidarbeid og lønn og utgiftsdekning. Videre skal arbeidstakeren som den klare hovedregel ha samme tilgang til felles goder og tjenester hos innleieren som innleievirksomhetens egne arbeidstakere, jf. bestemmelsens andre ledd. Bestemmelsen skal verne den innleide, og sikre at vedkommende likebehandles med de øvrige ansatte hos innleier.

Aml. § 14-12 b oppstiller en opplysningsplikt og en innsynsrett.

17/18

JUS5511 1 Arbeidsrett, den individuelle del Candidate xxxxxx

Bestemmelsen gir både innleier en opplysningsplikt overfor bemanningsforetaket jf. første ledd, og en opplysningsplikt for bemanningsforetaket overfor innleier jf. tredje ledd. Videre får arbeidstaker en innsynsrett overfor bemanningsforetaket etter annet ledd. Denne skal gi arbeidstakeren opplysninger som er nødvendige for at arbeidstaker skal kunne vurdere om vedkommendes lønns- og arbeidsvilkår oppfyller kravet om likebehandling etter aml. § 14-12 a. Dette skal sikre en mulighet for arbeidstaker til å faktisk få en effektiv likebehandling. Til sist skal innleier overfor tillitsvalgte dokumentere lønns- og arbeidsvilkår som er avtalt mellom den innleide og bemanningsforetaket, når tillitsvalgte hos innleier ber om dette.

Til sist gjelder det et solidaransvar for innleier etter aml. § 14-12 c. Innleievirksomheten hefter da på samme måte som en selvskyldnerkausjonist for lønnsutbetalinger, samt for utbetaling av feriepenger og annen godtgjøring. Dette innebærer altså en beskyttelse for den innleide arbeidstaker. Utgangspunktet er at bemanningsforetaket, som er arbeidsgiveren til den innleide, skal utbetale lønn. Uten en regel om solidaransvar ville likebehandlingsprinsippet blitt lite effektivt.

Disse bestemmelsene, som kommer til anvendelse ved innleie fra et bemanningsforetak, er altså viktige for å sikre reell likebehandling av innleide arbeidstakere og innleievirksomhetens ordinære arbeidstakere. Bestemmelsene kommer ikke til anvendelse der innleien skjer etter reglene i aml. § 14-13, altså der utleievirksomheten ikke har utleie som formål.



