

Kristin Alsos

Bemanningsdirektivet

Mulige konsekvenser for norsk rett

Kristin Alsos

Bemanningsdirektivet

Mulige konsekvenser for norsk rett

© Fafo 2010
ISSN 0804-5135

Trykk: Allkopi AS

Innhold

Forord	5
1. Innledning	7
1.1 Direktivets formål og hovedinnhold	8
1.2. Direktivets omfangsområde	9
2. Likebehandlingsprinsippet	11
2.1 Unntak fra likebehandlingsprinsippet.....	13
2.2 Forholdet til utsendingsdirektivet	15
3. Restriksjonsforbudet.....	17
3.1 Lovfestede restriksjoner.....	18
3.2 Tariffestede restriksjoner	24
4. Oppsummering	26

Forord

EUs direktiv om arbeid i bemanningsforetak (2008/104/EF) skal gjennomføres i norsk rett innen 5. desember 2011. Direktivet inneholder et likebehandlingsprinsipp, det vil si at ansatte i bemanningsforetak skal ha tilsvarende ansettelsesvilkår som det de hadde fått om de hadde vært direkte ansatt av innleiebedriften. Et slikt prinsipp finnes ikke i norsk rett per i dag, og vil dermed representere noe nytt for bransjen. Direktivet inneholder dessuten et restriksjonsforbud, noe som kan ha konsekvenser for dagens regulering av arbeidsutleie. I dette notatet ser jeg på hva som ligger i direktivets bestemmelser og hvilke konsekvenser direktivet kan komme til å få for norsk rett.

Arbeidet med notatet er finansiert av prosjektmidler fra LO, samt midler fra Formula-prosjektet under Norges forskningsråds Europaprogram. Jeg vil gjerne takke Karen Sophie Steen i LO, professor Stein Evju ved Universitetet i Oslo, samt Jon Erik Dølvik og Kristine Nergaard på Fafo for innspill og kommentarer. I tillegg vil jeg takke Fafos informasjonsavdeling for arbeidet med ferdigstilling av notatet. Eventuelle feil og mangler er ene og alene mitt ansvar.

Oslo, mai 2010
Kristin Alsos

1. Innledning

Bemanningsbransjen har de siste ti årene fått økt betydning på det norske arbeidsmarkedet. Dette er en utvikling som også kan ses i en rekke andre europeiske land. Siden liberaliseringen av det norske regelverket på området i 2000, har omfanget av arbeidsutleie økt kraftig. I 2007 var rundt 1,5 prosent av arbeidsstyrken i et utleieforhold.¹ En betydelig del av arbeidsinnvandringen til Norge etter EU-utvidelsen i 2004 har dessuten kommet i form av arbeidsutleie. Samtidig er østeuropeiske arbeidstakere i større grad enn norske ansatte i bemanningsforetak mer utsatt for å komme inn i useriøse arbeidsforhold.² Dette er noe av bakgrunnen for at arbeidsutleie har vært et av områdene som regjeringen har fokusert på gjennom sin tiltaksplan I mot sosial dumping.³

Parallelt med utviklingen på nasjonalt nivå har en innenfor EU arbeidet med en regulering av arbeidsforholdene for ansatte i bemanningsbransjen. Dette arbeidet har riktignok pågått over lang tid. De første forslagene til regulering av dette området kan finnes så tidlig som på slutten av 1970-tallet. Siden den tid har temaet vært oppe på agendaen flere ganger.⁴ Arbeidsmiljøsidene av arbeidet innenfor bransjen ble regulert på EU-nivå på begynnelsen av 1990-tallet.⁵ Mot slutten av det samme tiåret ble andre former for såkalte atypiske arbeidsforhold regulert. Arbeidslivets parter på europeisk nivå kom til enighet om to avtaler – henholdsvis om deltidsarbeid og om midlertidige ansettelse. I forbindelse med forhandlingene om en avtale om midlertidige ansettelse valgte partene å avgrense mot arbeidsutleie. Vurderingen var at dette ville komplisere forhandlingene så mye at det ville blitt vanskelig å komme til enighet. Intensjonen var imidlertid at partene skulle returnere til dette spørsmålet senere.⁶ Slike forhandlinger ble innledet i 2000, men i mai 2001 ble det klart at partene ikke klarte å komme til enighet. Heller ikke de etterfølgende forslag fra Kommisjonen fikk tilstrekkelig støtte i Rådet og Europaparlamentet.⁷ Ikke før en koblet behandlingen av bemanningsdirektivet og arbeidstidsdirektivet i 2008, klarte en å få til et flertall for et direktiv for de ansatte i beman-

¹ Se K. Nergaard og J. Svalund (2008) *Utleie av arbeidskraft*. Oslo: Fafo. Fafo-notat: 2008:25. Ulovlig eller registrert utleie, utleie gjennom bedrifter som ikke er klassifisert som virksomheter innen arbeidsutleie i sin bransjekode, samt utleie fra utenlandske virksomheter, fanges ikke opp i statistikken.

² Se A.M. Ødegård og Ø. Berge (2010) *Useriøsitet i bemanningsbransjen: En casestudie i bygg*. Oslo: Fafo. Fafo-notat 2010:05.

³ Se St.meld. nr. 2 (2005-2006) Revidert nasjonalbudsjett 2006.

⁴ For en detaljert oversikt over direktivets forhistorie, se K. Ahlberg, B. Bercusson, N. Bruun, H. Kountouros, C. Vigneau og L. Zappalà (2008) *Transnational Labour Regulation: A case Study of Temporary Agency Work*. Brussel: P.I.E. Peter Lang S.A. s.155 flg.

⁵ Rådets direktiv 91/383/EØF.

⁶ Se Rådets direktiv 99/70/EF av 28. juni 1999 om rammeavtalen om midlertidig ansettelse inngått mellom EFF, UNICE og CEEP, avtalens fortale.

⁷ COM(2002) 149 final og COM(2002) 701 final.

ningsforetakene. EUs direktiv for arbeid i bemanningsforetak⁸ ble til slutt vedtatt 19. november 2008, og skal gjennomføres i norsk rett innen 5. desember 2011.⁹

I dette notatet ser jeg på de to mest sentrale bestemmelsene i bemanningsdirektivet, nemlig innføringen av et prinsipp om likebehandling av arbeids- og ansettelsesvilkårene i bemanningsforetaket og innleiebedriften, og forbudet mot restriksjoner på arbeidsutleien. Notatet vil beskrive hva som ligger i direktivets reguleringer på disse områdene og hvilke implikasjoner de kan få for norsk rett. Direktivet inneholder også enkelte andre reguleringer som antas å ha mindre betydning for norsk rett. Disse gjennomgås ikke i dette notatet.

1.1 Direktivets formål og hovedinnhold

Bemanningsdirektivet er vedtatt med hjemmel i EF-traktaten artikkel 137 nr. 2 bokstav b.¹⁰ I henhold til denne bestemmelsen kan det vedtas minimumsdirektiv blant annet når det gjelder forbedring av arbeidsmiljøet, arbeidsvilkår, og informasjon og høring av arbeidstakere.

Det vedtatte direktivet har et todelt formål.¹¹ For det første skal direktivet beskytte de ansatte i bemanningsforetak. I artikkel 2 heter det:

Dette direktiv har til formål at beskytte vikaransatte og forbedre kvaliteten af vikararbejde...

Det henvises i denne sammenheng til innføringen av et prinsipp om likebehandling. Direktivet inneholder også andre bestemmelser som gir de ansatte i bemanningsforetakene uttrykkelige rettigheter, men likebehandlingsprinsippet er det helt sentrale for å oppfylle formålet om beskyttelse av arbeidstakere.

Direktivet har også et annet formål, nemlig å fjerne unødvendige restriksjoner på utleie av arbeidskraft. Dette fremkommer i artikkel 2 ved at det skal

...tages hensyn til behovet for å etablere passende rammer for anvendelsen af vikararbejde med henblik på at bidrage effektivt til at skabe arbejdspladser og til at udvikle fleksible former for arbejde.

I fortalens punkt 18 heter det:

⁸ Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work.

⁹ Det kan finnes ulike forklaringer på hvorfor forhandlingsprosessen mellom arbeidslivets parter på europeisk nivå mislyktes, og hvorfor det i etterkant av dette tok så lang tid å få et direktiv på plass. I Ahlberg et al (2008) vektlegges det for det første at store variasjoner i de ulike medlemsstatenes reguleringsmodeller vanskeliggjorde en enighet. Mens en i de skandinaviske medlemslandene, samt i Storbritannia og Irland hadde få eller ingen restriksjoner på arbeidsutleie, var situasjonen en helt annen i sør- og mellemeuropeiske land. Dette gjorde det vanskelig å få aktørene til å forenes om et felles forslag. I tillegg var forhandlingene preget av at fagforeningene tradisjonelt har hatt et ambivalent forhold til bemanningsbransjen, og i ulik grad ønsket å legge til rette for økt sysselsetting på dette området. Et av de vanskeligste punktene under dragkampen i Rådet om direktivet, var lenge likebehandlingsprinsippet og adgangen til å gjøre unntak for dette. Land som Danmark og Storbritannia ønsket unntaksregler for oppdrag som varte opp mot 6 måneder, noe som ville gjort at en veldig liten del av de ansatte innenfor denne bransjen ville blitt omfattet av direktivet. I det endelige direktivet er imidlertid Storbritannia tilgodesett med et spesialunntak (se kapittel 2.1), noe som kanskje delvis kan være en forklaring på at direktivet til slutt ble vedtatt.

¹⁰ Tilsvarende traktaten om den europeiske unions virkeområde (TFEU) artikkel 153.

¹¹ Se artikkel 2. Formålsbestemmelsen kan deles opp i flere formål, men de to som nevnes i det følgende synes å være direktivets hovedformål.

Den forbedrede minimumsbeskyttelse af vikaransatte bør ledsages af en revisjon af eventuelle restriksjoner eller forbud, som måtte være pålagt vikararbejde. Disse kan kun begrundes i almene hensyn til f.eks. beskyttelse af arbeidstagerne og krav til sundhed og sikkerhed på arbeidsplassen og i behovet for at sikre et velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbrug.

Dette må forstås slik at en økt beskyttelse av arbeidstakerne skal innebære at det ikke lenger vil være behov for like sterke restriksjoner på denne typen arbeid.¹² Restriksjoner som skal videreføres må gi en mereffekt når det gjelder beskyttelsen av de ansatte, arbeidsmarkedet med mer, og være nødvendige. Hvis ikke må de fjernes.

Siden dette er et minimumsdirektiv, er det ikke til hinder for at medlemsstatene kan velge å sikre arbeidstakerne bedre rettigheter enn det direktivet fastsetter. Dette må likevel ses opp mot at direktivet har et tosidig formål. Det er ikke bare arbeidstakerne som skal beskyttes – direktivet skal også legge til rette for at det skapes flere arbeidsplasser og at det utvikles fleksible arbeidsformer. For strenge reguleringer kan dessuten komme i konflikt med de alminnelige tjenestereglene.¹³ Direktivet skal, som annen sekundærrett, implementeres i tråd med traktatens bestemmelser om fri flyt av tjenester og etableringsreglene. Traktatens bestemmelser (primærretten) vil gå foran ved en eventuell motstrid (konflikt).¹⁴ I tillegg heter det at utsendingsdirektivet¹⁵ ikke berøres av direktivet for ansatte i bemanningsforetak. Med andre ord vil utsendingsdirektivet ha forrang ved motstrid.

Direktivet gjelder både ved utleie av arbeidstakere innenfor en medlemsstats grenser og ved grenseoverskridende utleie. Flere av reguleringene i direktivet er etter sin ordlyd sterkt knyttet opp mot EU-rettens begrepsbruk når det gjelder grenseoverskridende tjenester. Dermed legges denne tilnærmingen til grunn også på den nasjonale arena. Dette gjelder særskilt med hensyn til restriksjonsforbudet i artikkel 4, se nedenfor.

1.2. Direktivets omfangsområde

Direktivet gjelder i henhold til artikkel 1 for arbeidstakere som har «indgået en arbeidsaftale eller et ansættelsesforhold med et vikarbureau og udsendes til brugervirksomheter for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver under disses tilsyn og ledelse.»

Definisjonen tilsvarende i stor grad den norske definisjonen på arbeidsutleie i arbeidsmarkedsloven § 25, andre ledd: «Med utleie av arbeidstakere menes leie av arbeidstakere fra en arbeidsgiver (utleier) til en oppdragsgiver (innleier) der de innleide er underlagt oppdragsgivers ledelse.»

Arbeidsforholdet kjennetegnes av et trekantforhold, som vist i figur 1. Mellom arbeidsgiver og arbeidstaker eksisterer det en ordinær ansettelsesavtale. Den kan være fast eller midlertidig. I tilknytning til det enkelte oppdrag suppleres gjerne denne av en oppdragsbekreftelse, der lønn, arbeidstid og varighet med mer er spesifisert. Mellom bemanningsforetaket og innleier

¹²Tilsvarende COM (2002) 149 final, Impact assessment from the impact of the proposal on business with special reference to small and medium-sized enterprises (SMEs), pkt. 2.

¹³Se C-34-36/95 *de Agostini & co* [1997] EFD I-3843.

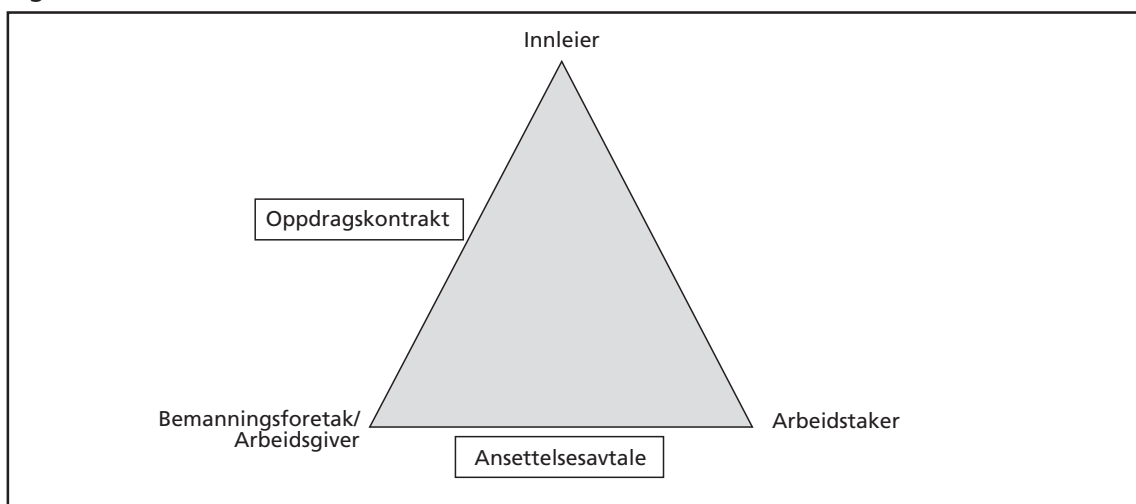
¹⁴Se fortalen pkt. 22.

¹⁵Parlamentets og rådets direktiv 96/71/EF.

inngås det en oppdragskontrakt der rettighetene og pliktene mellom oppdragsgiver og -taker er regulert. Mellom arbeidstaker og innleier eksisterer det ikke noe kontraktsforhold. Det finnes likevel enkelte reguleringer som gjelder også mellom disse partene, blant annet på HMS-området.

Direktivet gjelder imidlertid ikke på andre typer triangulære forhold. Dette kan for eksempel være entreprise og konsulentoppdrag.¹⁶ Avgjørende for om en snakker om utleie, er for det første at arbeidstakeren er ansatt i bemanningsforetaket, og for det andre at oppdraget utføres under innleiers ledelse. Det er med andre ord arbeidsytelsen som er det sentrale, og ikke resultatet som sådan. Et annet viktig skille er skillet mot produksjonsutleie. Slik utleie omfattes ikke av direktivet – det er kun utleie fra virksomheter som er bemanningsforetak som omfattes – ikke utleie fra produksjonsbedrifter. Jeg går ikke nærmere inn på grensedragningen i dette notatet, men det er på det rene at det her kan oppstå tvilstilfeller. Direktivet gjelder for øvrig både for offentlige og private virksomheter som utøver en økonomisk aktivitet, uavhengig av om aktiviteten har et profittformål eller ikke.

Figur 1



¹⁶Også arbeidsformidling vil falle utenfor direktivets virkeområde.

2. Likebehandlingsprinsippet

Likebehandlingsprinsippet i direktivets artikkel 5 fastsetter at «de grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår»¹⁷ minimum skal være på nivå med det som ville ha vært gjeldende dersom arbeidstakeren var direkte ansatt i innleiebedriften. Sentralt for forståelsen av denne bestemmelsen er definisjonen av begrepet «grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår» slik dette er formulert i artikkel 3. Her heter det:

»væsentlige arbeids- og ansættelsesvilkår«: arbeids- og ansættelsesvilkår fastsat i henhold til love og administrative bestemmelser, kollektive overenskomster og/eller andre bindende generelle bestemmelser, der gælder i brugervirksomheden, vedrørende i) arbeidstidens længde, overarbejde, pauser, hvileperioder, nattarbejde, ferie og helligdage ii) aflønning.

Definisjonen avgrensner likebehandlingsprinsippet minimumsinhold både når det gjelder materielle krav og hvilke reguleringskilder disse vilkårene kan finnes i. Begge deler har betydning for likebehandlingsprinsippet faktiske innhold.

For det første må innholdet av de ulike begrepene klargjøres. Dette kan by på problemer, særskilt med hensyn til begrepet «aflønning». Skal dette omfatte bare grunnlønnen eller skal andre elementer inkluderes? I tillegg til grunnlønnen kan de ansatte i innleiebedriften ha rett på tillegg som i kroner utgjør en stor andel av det totale beløpet den ansatte får utbetalt hver måned, og dermed utgjøre et viktig element i en likhetsvurdering. Som eksempel på slike tillegg kan nevnes skifttillegg, tillegg for ubekvem arbeidstid, smusstillegg, provisjonslønn og ulike naturalytelser. Direktivet henviser til et nasjonalt lønnsbegrep. I artikkel 3 nr 2 heter det

Dette direktiv berører ikke national lovgivning for så vidt angår definitionen af aflønning, arbejdsavtale, ansættelsesforhold eller arbejdstager.

Det finnes imidlertid ikke et nasjonalt, lovfestet lønnsbegrep i Norge, og heller ikke noen enhetlig praksis for hva dette begrepet skal inneholde. Hva som skal forstås med «aflønning» i relasjon til likebehandling av ansatte i bemanningsforetak, må derfor avklares i forbindelse med gjennomføringen av direktivet. Dersom intensjonen om likebehandling skal følges, innebærer dette at lønnsbegrepet bør omfatte de elementer som er av betydning for den samlede avlønningen av de ansatte i innleiebedriften. Er det bare grunnlønnen som omfattes, vil det i realiteten kunne være store forskjeller mellom hva den innleide arbeidstakeren får og hva vedkommende ville fått ved en direkte ansettelse. Utfører arbeidstakeren arbeid som i innleiebedriften gir rett på tillegg, for eksempel skifttillegg, ubekvemstillegg eller smusstillegg, bør disse også inkluderes i lønnsbegrepet. Tilsvarende bør en vurdere om enkelte typer prestasjonsbasert lønn skal inkluderes.

Hvilke reguleringskilder kan en så legge til grunn? Etter norsk rett kan arbeids- og ansettelsesvilkår fremkomme i lov, forskrift, tariffavtaler, bedriftsinterne retningslinjer/personal håndbøker eller individuelle ansettelsesavtaler, eventuelt i en kombinasjon av disse. Direktivets definisjon av hvilke reguleringskilder som skal legges til grunn, innebærer at individuelle

¹⁷Min oversettelse. I den danske versjonen brukes «væsentlige arbeids- og ansættelsesvilkår» og i den engelske «basic working and employment conditions».

arbeidsavtaler ikke vil inngå i sammenligningsgrunnlaget. Dette vil i realiteten innebære at direktivet på en rekke områder ikke i seg selv vil sikre reell likebehandling av innleide arbeidstakere. Dette kan gjelde for flere av de materielle vilkår som inkluderes i likebehandlingsprinsippet, men særlig på lønnsområdet. Her finnes det i liten grad lovregulering. Dette innebærer at en arbeidstaker som leies inn til en virksomhet uten tariffavtale, og der virksomheten heller ikke har etablert et bindende internt lønnsystem, ikke vil ha rett til å bli avlønnet på et visst minimumsnivå. Tilsvarende kan det i bedrifter bundet av minstelønnsavtaler være relativt stor avstand mellom minstelønnsatsene og nivået på grunnlønnen i den enkelte bedrift. I slike tilfeller vil arbeidstakeren kun ha rett på tariffavtalens satser og ikke det vedkommende reelt ville fått ut fra lokal praksis, ved en direkte ansettelse i innleiebedriften. De samme problemene kan finnes for andre vilkår, som for eksempel arbeidstid og ferie, forutsatt at innleiebedriften ikke er tariffbundet, men har gitt bedre individuelle rettigheter enn det loven fastsetter.

Som nevnt ovenfor er direktivet et minimumsdirektiv. Medlemsstatene kan ved implementeringen vurdere om også andre reguleringskilder skal kunne brukes som grunnlag for likebehandlingen. En må imidlertid sikre seg at en slik regulering er forenlig med EØS-avtalens tjenesteregler, noe som kan vanskeliggjøre en sterkere beskyttelse på dette området.

Prinsippet om at arbeidstakeren skal ha samme grunnleggende lønns- og arbeidsvilkår som om vedkommende var ansatt i innleiebedriften, er nytt i norsk rett. En tilsvarende regulering hva gjelder lønn kan riktignok finnes i overenskomst for bemanningsbransjen mellom HSH og LO/Handel og Kontor 2008-2010, men så langt har ingen bedrifter vært bundet av denne avtalen.¹⁸ Også i den nylig inngåtte prinsippavtalen mellom NHO og LO er intensjonen at lønn og arbeidstid skal følge innleiebedriftens nivå.¹⁹ Direktivets regulering innebærer imidlertid at prinsippet om likebehandling nå må gjennomføres generelt i norsk rett. For de fleste grunnleggende ansettelses- og arbeidsvilkårene som direktivet omfatter, vil dette være uproblematisk – dette er bestemmelser som allerede finnes i lov og som gjelder for alle arbeidstakere enten de er ansatt i et bemanningsforetak eller i andre virksomheter. Enkelte områder er tradisjonelt ikke regulert i lov. Dette gjelder i hovedsak lønn.²⁰ På andre områder kan dessuten innleiebedriften praktisere bedre bestemmelser, for eksempel med hjemmel i en tariffavtale. En tariffbundet bedrift vil for eksempel gjerne ha kortere ukentlig arbeidstid enn det som er arbeidsmiljølovens hovedregel.

Det er bemanningsforetaket som arbeidsgiver som vil være ansvarlig for at den ansatte får de lønns- og arbeidsvilkår som direktivet fastsetter. Men siden sammenligningsgrunnlaget tar utgangspunkt i forholdene i innleiebedriften, må det innføres en ordning som gjør at bemanningsforetaket sikres informasjon om hvilke arbeidsvilkår som gjelder i innleiebedriften. Dette kan enten gjøres ved at det lovfestes en plikt for innleiebedriften til å gi fra seg disse opplysningene til bemanningsforetaket, at en fastsetter en plikt for partene til å regulere hvordan dette skal skje i sine kontrakter, eller at en overlater det hele til partenes avtalefrihet. Det er kun den første løsningen som vil sikre at det foreligger en plikt for innleiebedriften til å gi fra seg informasjon. Det kan likevel legges til grunn at de fleste bemanningsforetak vil være opptatt av å sikre seg dette gjennom sine oppdragskontrakter uavhengig av en lovregulering. En lovregulering, eller en lovregulering som henviser til en avtaleplikt, vil imidlertid kunne regulere hvilken informasjon innleiebedriften skal gi fra seg. I valget av løsning må det tas hensyn til at ordningen er transparent – at bemanningsforetaket på en enkel måte kan finne

¹⁸ I § 13.1 heter det at «lønnen for det enkelte oppdrag skal minst tilsvare lønnsnivået for tilsvarende stillinger hos innleier».

¹⁹ Se prinsippavtale for bemanningsbransjen mellom LO og NHO gjeldende f.o.m. 1. mai 2010, pkt. 5 og 6.

²⁰ Med unntak for de områder der det er vedtatt forskrifter om allmenngjøring av tariffavtaler.

ut hvilke vilkår som det er forpliktet til å gi til sine arbeidstakere. Dette vil særlig være et viktig element der det er tale om grenseoverskridende ytelser.²¹

For at prinsippet om likebehandling skal oppfylles, er det videre en forutsetning at den informasjonen innleiebedriften gir, er korrekt. Alt etter hvilke reguleringskilder som skal benyttes som sammenligningsgrunnlag, vil det være mer eller mindre vanskelig for et bemanningsforetak å finne ut av hvilke lønns- og arbeidsvilkår som skal legges til grunn. I og med at det sannsynligvis vil være en relativt sterk sammenheng mellom arbeidstakerens lønns- og arbeidsvilkår og den prisen innleier må betale for tjenesten, kan dette i visse tilfeller tenkes å påvirke hvilken informasjon innleiebedriften vil gi. Jo høyere lønn innleier oppgir, jo dyrere blir tjenesten. Også dette perspektivet bør vurderes ved en norsk implementering.

2.1 Unntak fra likebehandlingsprinsippet

Likebehandling er direktivets hovedregel, men prinsippet er ikke absolutt. Medlemsstatene gis gjennom direktivets artikkel 5 nr 2-4 anledning til å åpne for nasjonale unntak fra likebehandlingsprinsippet. Mulighetene for å gjøre unntak omfatter tre ulike situasjoner.

For det første kan medlemsstatene i visse situasjoner åpne for at det kan gjøres unntak fra likebehandlingsprinsippet når det gjelder *lønn*. Forutsetningen er at arbeidstakeren har en tidsbestemt kontrakt med bemanningsforetaket, og at avtalen gir den ansatte rett til betaling mellom oppdragene, såkalt garantilønn.²² Direktivet fastlegger ikke noen nærmere vilkår knyttet til garantilønnens størrelse, men dette kan reguleres i den enkelte medlemsstat. Dersom direktivets formål om beskyttelse av de ansatte skal oppnås, må etter min mening garantilønnen ligge på et nivå som sikrer at formålet om likebehandling oppfylles. Hvis ikke vil dette unntaket kunne brukes for å omgå et av de viktigste elementene i direktivet.

For det andre kan medlemsstatene gi arbeidslivets parter rett til å inngå tariffavtaler som fraviker fra prinsippet om likebehandling.²³ Statene kan fastsette vilkår for at denne muligheten skal kunne benyttes, og det heter også at det generelle beskyttelsesnivået av de ansatte i bemanningsforetakene må være oppfylt.

For det tredje står stater uten ordninger med allmenngjøring av tariffavtaler relativt fritt til å bestemme hvilke vilkår som skal gjelde. Etter artikkel 5 nr. 4 kan statene på basis av en avtale inngått mellom arbeidslivets parter, etablere ordninger som omfatter de grunnleggende ansettelsesvilkårene. Disse ordningene kan fravike prinsippet om likebehandling, og herunder fastsette at prinsippet først gjelder der oppdraget har vart en viss periode. Det er en forutsetning også etter denne unntaksregelen at arbeidstakernes generelle beskyttelsesnivå ivaretas. Denne bestemmelsen kan sies å være designet med Storbritannia for øyet.²⁴

Det er de to første unntakene som i realiteten kan være aktuelle for norske myndigheter å vurdere, da det tredje unntaket forutsetter at en ikke har ordninger med allmenngjøring av

²¹ Se C-369/96 *Arblade* og C-376/96 *Leloup* [1999] EFD I-8453.

²² Se artikkel 5 nr. 2.

²³ Se artikkel 5 nr. 3.

²⁴ KD. Ewing (2009) «Preface» i B. Bercusson *European Labour Law*. Cambridge: Cambridge University Press. Hvorvidt direktivet skulle åpne for en «kvalifiseringsperiode» før plikten til likebehandling inntrådte, var i forbindelse med utformingen av direktivet lenge ett av de viktigste stridsspørsmålene. Britiske myndigheter har allerede inngått en avtale som krever at oppdraget skal ha vart i minst 12 uker før likebehandlingsprinsippet trår inn.

tariffavtaler. Jeg vil i denne sammenheng kun knytte kommentarer til det andre alternativet, altså unntak gjennom tariffavtale. Det er dette vilkåret som i første omgang kan sies å være tilpasset norske reguleringstradisjoner.²⁵

Hvorvidt en skal benytte seg av åpningen for å gjøre unntak fra likebehandlingsprinsippet gjennom tariffavtale, vil i stor grad være avhengig av hvilken fleksibilitet en anser som ønskelig i regelverket. Dersom en går inn for å benytte seg av dette unntaket, vil utfordringen være å fastsette nærmere vilkår som gir den riktige balansen mellom fleksibilitet og beskyttelse av arbeidstakerne. Dette gjelder både på hvilket nivå en slik tariffavtale skal kunne inngås, og om det skal settes noen vilkår for hva et slikt fravik skal kunne inneholde.

Dersom det åpnes for at partene på virksomhetsnivå skal kunne fravike likebehandlingsprinsippet, vil dette innebære stor fleksibilitet for virksomhetene, men en vil i liten grad ha kontroll med de avtalene som inngås. En sammenlignbar ordning finnes i Tyskland, noe som har resultert i at de aller fleste virksomheter er unntatt fra likebehandlingsprinsippet.²⁶ Det kan derfor være hensiktsmessig at et eventuelt unntak kun kan inngås på et høyere nivå. I arbeidsmiljøloven finnes det i tillegg til virksomhetsnivået, to andre ulike nivå, henholdsvis «landsomfattende arbeidstakerorganisasjon»²⁷ og «fagforening med innstillingsrett»²⁸. I forbindelse med innføringen av adgangen til å gjøre unntak fra arbeidsmiljølovens bestemmelser om midlertidig ansatte i § 14-9 for kunstnere, forskere og idrettsarbeid, ble disse ulike nivåene drøftet.

«Ved å legge avtaleadgang til fagforening med innstillingsrett vil hensynet til stillingsvernet være meget godt ivaretatt, fordi disse organisasjonene er vant med å føre forhandlinger med arbeidsgiversiden og vil ha et overblikk over tilsettingsforholdene på de ulike områdene. På den annen side vil muligheten til å inngå avtaler bli vesentlig innsnevret ved å stille krav om så store arbeidstakerorganisasjoner for inngåelse av avtale.

...

Med landsomfattende arbeidstakerorganisasjon forstås organisasjoner som organiserer arbeidstakere innen en yrkesgruppe/ sektor uavhengig av hvilken bedrift de arbeider i og hvor i landet de bor. Såkalte husforeninger og lokale arbeidstakerorganisasjoner vil ikke være omfattet. Denne løsningen vil etter departementets vurdering ivareta vernehensynene samtidig som det gir en reell mulighet til å inngå denne type avtaler der hvor det etter organisasjonenes syn er et velbegrunnet og saklig behov for det.»²⁹

Når det gjelder unntaksbestemmelsen kom departementet med andre ord til at en landsomfattende fagforening ville ha tilstrekkelig ballast til å sikre at det tas helhetlige hensyn. Dette vil sannsynligvis også være tilfellet med hensyn til unntak fra likebehandlingsprinsippet. Ingen av disse alternativene er imidlertid ukompliserte. For det første kan det by på problemer å avgrense

²⁵ Unntaket kan på mange måter sies å være designet for den skandinaviske reguleringsmodellen, der det er tradisjon for å overlate store deler av reguleringsarbeidet til arbeidslivets parter.

²⁶ Se K. Alsos (2010), *Bemanningsforetak : Reguleringsmodeller i utvalgte europeiske land*, Oslo: Fafo. Den tyske arbeidsretten har imidlertid tilsidesatt enkelte av disse avtalene, se L. Mitlacher (2009) *Death of the market for temporary agency work in Germany? An economic analysis of the ruling of a German Labour Court on the capacity of unions to negotiate pay deals in the temp industry*.

²⁷ Se arbeidsmiljøloven § 14-9 (3).

²⁸ Se § 10-12 (4). Hvem som har innstillingsrett er regulert av arbeidstvistloven § 11 og omfatter arbeidsfagforeninger med minst 10 000 arbeidere. Tilsvarende tjenestetvistloven § 25.

²⁹ Se Ot.prp. nr. 49 (1995-1996) om lov av 4. februar 1977 om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v. og lov av 29. april 1988 om ferie, s. 13.

hva som skal anses som en landsomfattende arbeidstakerorganisasjon. Muligens må en her forholde seg til en negativ avgrensning ved at en sier at husforeninger/lokale foreninger *ikke* er inkludert. Hvis avtaleadgangen derimot kun legges til organisasjoner med innstillingsrett, ekskluderes organisasjoner som er store eller dominerende innenfor sin bransje, men som i størrelse ikke innfrir vilkårene for innstillingsrett. Slike organisasjoner finnes for eksempel innenfor luftfarten, apoteksektoren og for journalister.

Medlemsstatene kan velge å fastsette vilkår for å inngå avtaler som fraviker prinsippet om likebehandling. I henhold til direktivet skal avtalene respektere «den generelle beskyttelse av vikaransatte». Ut over dette gis det ingen henvisning på relevante vilkår. Kravet til at beskyttelsesnivået skal ivaretas bør fremgå ved en eventuell gjennomføring av denne unntaksadgangen i norsk rett. Dette bør gjøres ved en formulering som er mer håndfast enn den som er tatt inn i direktivet. En mulighet er å fastsette at et unntak samlet sett ikke skal stille arbeidstakeren i en dårligere posisjon enn om det ikke var gjort noe unntak. Dette vil gi partene en viss fleksibilitet, samtidig som en sikrer at arbeidstakeren ikke totalt sett kommer dårligere ut. En kan også vurdere om det er enkelte elementer av de vesentlige/grunnleggende arbeidsvilkårene som det ikke skal være mulig å gjøre unntak fra.

2.2 Forholdet til utsendingsdirektivet

Bemanningsdirektivet regulerer arbeidsvilkårene for ansatte uavhengig av om de leies ut nasjonalt eller til virksomheter i andre medlemsstater. Samtidig heter det i direktivets fortale pkt. 22 at utsendingsdirektivet har forrang. Dette innebærer at utsendingsdirektivet vil gjelde der arbeidstakere utstasjoneres til et annet medlemsland enn det bemanningsforetaket er etablert i. Utsendingsdirektivet fastsetter hvilket lands lovregler som skal gjelde i slike situasjoner. Utgangspunktet er at vertsstaten kan pålegge bemanningsforetaket å følge vertsstatens reguleringer på de områder som er uttrykkelig oppregnet i artikkel 3 nr. 1 bokstavene a – g.³⁰ Reguleringer på andre områder må kunne begrunnes i hensynet til grunnleggende rettsprinsipper (ordre public).³¹ Dette innebærer ikke et likebehandlingskrav, men skal sikre den utstasjonerte arbeidstakeren visse minstevilkår. Medlemsstatene har imidlertid ikke anledning til å pålegge tjenesteytere å oppfylle andre vilkår enn de som er uttrykkelig nevnt i direktivet.³² Etter artikkel 3 nr. 1 bokstav d skal medlemsstatene sikre at også nasjonale vilkår for å leie ut ansatte i bemanningsforetak, skal gjelde for tjenesteytere. Dette har en gjennomført i norsk rett ved at forskrift om utsendte arbeidstakere³³ fastsetter at arbeidsmarkedsloven³⁴ § 27 samt arbeidsmiljøloven³⁵ §§ 14-12 til 14-14 også gjelder ved utstasjonering. I tillegg til denne plikten har medlemsstatene etter utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 9 rett til å pålegge utenlandske bemanningsforetak at utleide arbeidstakere utsendt til Norge skal ha samme vilkår

³⁰ Dette omfatter arbeidstid, ferie, minimumslønn, overtid, vilkår for arbeidsutleie, HMS-forhold, beskyttelse av gravide med mer, barn og unge, og likebehandling mellom menn og kvinner og andre ikke-diskrimineringsbestemmelser.

³¹ Se artikkel 3 nr. 10.

³² Se C-346-04 Rüffert [2008] EFD I-1989.

³³ Forskrift av 16. desember 2005 nr. 1566.

³⁴ Lov av 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester.

³⁵ Lov av 17. juni 2005 nr 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

som tilsvarende arbeidstakere i vertsstaten. For denne typen arbeidstakere har medlemsstatene med andre ord mulighet til å gå lenger enn for andre typer utsendt arbeidskraft. I og med at problemer knyttet til useriøsitet i bemanningsbransjen ofte kan knyttes til utenlandske bemanningsforetak,³⁶ bør den åpningen utsendingsdirektivet gir på dette området vurderes gjennomført i norsk rett.

³⁶Se Ødegård og Berge (2010).

3. Restriksjonsforbudet

Restriksjonsforbudet i artikkel 4 utgjør, som nevnt ovenfor, det andre hovedelementet i bemanningsdirektivet. I direktivets artikkel 4 nr. 1 heter det:

Forbud mod og restriktioner i anvendelsen af vikararbejde kan kun begrundes i almene hensyn til især beskyttelse af vikaransatte og krav til sundhed og sikkerhed på arbeidsplassen eller i behovet for at sikre et velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbrug.³⁷

Formuleringen av restriksjonsforbudet i artikkel 4 har mange likheter med EU-rettens alminnelige restriksjonsforbud og læren om tvingende allmenne hensyn, som gjelder i forhold til reglene for det indre markedet. I fortalen heter det da også at direktivet skal gjennomføres i overensstemmelse med traktatens bestemmelser om fri flyt av tjenester og etableringsretten.³⁸ Mens traktaten i første omgang forbyr ordninger som diskriminerer på grunnlag av nasjonalitet eller opprinnelsesland, har EU-domstolen gjennom sin praksis lagt til grunn at også ordninger som ikke er diskriminerende kan utgjøre ulovlige restriksjoner på den frie bevegelse. I den grad en nasjonal ordning forbyr eller gjør det mindre attraktivt å levere tjenester over landegrensene, skal denne ordningen anses som en restriksjon på tjenesteflyten.³⁹ Slike restriksjoner er ikke lovlige med mindre de kan begrunnes i et tvingende allment hensyn og er proporsjonale.

Restriksjonsforbudet i artikkel 4 gjelder ikke bare der tjenester ytes over landegrensene, men også der dette skjer nasjonalt.⁴⁰ Dette innebærer ikke nødvendigvis at de EU-rettslige reglene vil være identiske i disse to tilfellene. Direktivet artikkel 4 nr. 1 peker på enkelte hensyn som kan rettferdiggjøre en restriksjon. Bruken av ordet «især» viser imidlertid at det ikke er tenkt at listen skal være uttømmende. For restriksjoner på den frie tjenesteflyten i grenseoverskridende tilfeller, har EU-domstolen gjennom sin praksis godkjent også andre hensyn enn de som uttrykkelig nevnes i direktivet. Direktivet synes ikke å ta sikte på å begrense denne domstolspraksisen, jamfør fortalens pkt. 22. Hvorvidt en ut over listen i artikkel 4 nr. 1 kan vektlegge de samme hensynene i nasjonale som i grenseoverskridende situasjoner, er imidlertid uklart.⁴¹

³⁷ Medlemsstatene skal ved implementeringsfristen gjennomgå nasjonale restriksjoner og vurdere om disse kan rettferdiggjøres på disse grunnlagene. Restriksjonsforbudet gjelder både lovgivning og tariffreguleringer, men i siste tilfellet kan gjennomgangen overlates til partene i avtalen. Kommisjonen skal ha informasjon om de gjennomgangene som blir gjort.

³⁸ Se fortalens pkt. 22.

³⁹ Se f.eks C-76/90 *Säger* [1991] EFD I-4221 og C-272/94 *Guiot* [1996] EFD I-1905. Tilsvarende gjelder også i forhold til de andre frihetene.

⁴⁰ Her kan man få en noe uryddig situasjon hva gjelder forholdet mellom utsendingsdirektivet og bemanningsdirektivet. Førstnevnte skal etter bemanningsdirektivets fortale gå foran ved konflikt. Samtidig sier utsendingsdirektivet at vilkår for utleie av arbeidstakere også skal gjelde ved utsending av ansatte i bemanningsforetak. Dette må kunne forstås slik at bemanningsdirektivets restriksjonsregler, sammen med tjenestereglerne i traktaten, avgjør hvilke vilkår medlemsstatene kan pålegge tjenesteyterne etter utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 bokstav d.

⁴¹ Dette trenger imidlertid ikke få noen stor praktisk betydning. Listen i artikkel 4 nr. 1 vil omfatte de hensynene som er mest relevante i denne sammenheng.

Proporsjonalitetsvurderingen etter læren om tvingende allmenne hensyn består av ulike elementer. For det første må hensynet som skal rettferdiggjøre restriksjonen være egnet til å ivareta det aktuelle formålet. Her kreves det normalt lite. For det andre må ordningen være nødvendig for å ivareta det hensynet den skal. I dette ligger at tjenesteyteren ikke allerede er underlagt tilsvarende krav i hjemstaten, og at ordningen ikke går lenger enn det som er nødvendig for å ivareta det lovlige hensynet.⁴²

Der utleie skjer over landegrensene må en kunne legge til grunn at restriksjonsforbudet også inneholder en proporsjonalitetsvurdering.⁴³ Spørsmålet er hvordan dette vil stille seg i de tilfeller der utleie skjer nasjonalt. Direktivet sier ikke noe uttrykkelig om dette. Henvisningen til traktatens tjenesteregler i fortalens pkt. 22 skiller imidlertid ikke mellom tjenester med eller uten et grenseoverskridende element. Hvis en ikke innfører en proporsjonalitetsbegrensning, kan en dessuten komme i en situasjon der medlemsstatene står relativt fritt til å opprettholde og innføre begrensninger på bemanningstjenester. Sett ut fra direktivets delformål om å skape arbeidsplasser, virker en slik tolkning lite trolig. Henvisningen til «almene hensyn» taler videre for at lovgiver har ment å inkludere alle elementene i den domstolskapte læren, slik at det også i disse tilfellene må foretas en proporsjonalitetsvurdering.

Mot denne bakgrunn vil jeg i det følgende se på de restriksjoner som per i dag finnes i norsk rett, og om disse kan videreføres ved gjennomføringen av bemanningsdirektivet.

3.1 Lovfestede restriksjoner

Restriksjoner på innleieadgangen

Adgangen til inn- og utleie av arbeidstakere reguleres i norsk rett delvis av arbeidsmarkedsloven og delvis av arbeidsmiljøloven. Mens arbeidsmarkedsloven fastsetter vilkår for utleie av arbeidstakere, regulerer arbeidsmiljøloven i hovedsak vilkår for innleie. I arbeidsmiljøloven § 14-12 heter det at innleie er tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter § 14-9 første ledd.⁴⁴ Dette er

- når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten,
- ved vikariat,
- ved praksisarbeid, og
- for deltaker i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med NAV.

Virksomheter bundet av tariffavtale kan imidlertid fravike disse begrunnelsene. Arbeidsgiver og tillitsvalgte som til sammen representerer flertallet av de ansatte i den arbeidskategori som innleien gjelder, kan avtale innleie også der vilkårene for midlertidig ansettelse ikke er til stede. Også slik innleie skal imidlertid være tidsbegrenset.

⁴² Se f.eks C-448/98 *Guimont* [2000] EFD I-10663, C-279/80 *Webb* [1981] EFD 3305 og *Arblade*.

⁴³ Det synes ikke som om direktivet mener å gjøre et unntak fra dette. I slike tilfeller vil også utsendingsdirektivet komme inn, se ovenfor.

⁴⁴ En tilsvarende bestemmelse er tatt inn i lov av 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn (tjenestemannsloven) § 3A.

Denne begrensningen på adgangen til å leie inn arbeidstakere vil være en restriksjon etter bemanningsdirektivet og traktatens tjenesteregler. Spørsmålet er om denne restriksjonen kan anses lovlige i henhold til direktivets artikkel 4 nr. 1.

Begrunnelsen for å knytte adgangen til innleie opp mot midlertidig ansettelse eller avtale med tillitsvalgte, er i hovedsak knyttet til hensynet til å unngå omgåelse av regelverket. Koblingen ble innført i forbindelse med liberaliseringen i 2000, og Blaalidutvalget begrunnet dette på følgende måte

«En slik harmonisering av regelverket for midlertidig ansettelse og innleie fra vikarbyrå begrunnes med at utvalget legger til grunn lovgivers utgangspunkt om at fast ansettelse i et topartsforhold skal være det normale. Arbeidsinnleie og midlertidige ansettelser er alternativer, og i prinsippet er det mulig å konstruere ethvert midlertidig behov for arbeidskraft som et innleiebehov. Dermed kan arbeidsmiljøloven § 58A [tilsvarende den gjeldende § 14-9] i praksis omgås gjennom innleie. Dette tilsier symmetri i reguleringen av innleie fra vikarbyrå og midlertidig ansettelse.»⁴⁵

Unntaket, der tariffbundne bedrifter har en viss mulighet for å inngå avtaler med sine tillitsvalgte ut over behov som faller inn under § 14-9, var begrunnet med at denne harmoniseringen kunne være for restriktiv i enkelte tilfeller. Som eksempel nevnes innleie av arbeidstakere som et alternativ til manglende spisskompetanse.⁴⁶

Begrunnelsen for koblingen mot midlertidige ansettelser var altså knyttet opp mot å forhindre en omgåelse av regelverket om midlertidig ansettelser, med andre ord noe som både kan ses på som et tiltak for å forhindre misbruk av bestemmelsene og et tiltak som skal beskytte arbeidsmarkedet. Dette er hensyn som er lovlige etter bemanningsdirektivet artikkel 4 nr. 1. Tiltaket kan også sies å være egnet til å ivareta disse hensynene. Spørsmålet er så om tiltaket er proporsjonalt.

At vilkår for innleie av arbeidskraft er knyttet opp mot midlertidige behov, kan også finnes i enkelte andre europeiske land.⁴⁷ EU-kommisjonen har etter det jeg kjenner til ikke tatt initiativ til å få prøvd om denne typen reguleringer er i tråd med traktatens bestemmelser om fri flyt av tjenester, og det finnes heller ikke avgjørelser fra EU-domstolen som berører denne problemstillingen. Dette kan i seg selv likevel ikke garantere at denne typen restriksjoner vil være lovlige etter at bemanningsdirektivet er implementert i de enkelte medlemsstatene. Bemanningsdirektivet innfører på mange måter en ny situasjon ved at beskyttelsesnivået for de ansatte i bemanningsforetakene økes. Konsekvensen av dette er, som nevnt ovenfor, at proporsjonalitetsvurderingen kan slå annerledes ut ved at det ikke lenger er nødvendig med denne typen restriksjoner. Spørsmålet er imidlertid om direktivet evner å innføre et beskyttelsesnivå som er tilstrekkelig høyt til at denne ordningen kan fjernes.

Restriksjonens begrunnelse, nemlig ønsket om å unngå omgåelse av regelverket om midlertidig ansettelse og prøvetid, vil som utgangspunkt kun ha relevans der de utleide arbeidstakerne ansettes på midlertidige kontrakter. I den grad arbeidstakerne ansettes på tidsbestemte kontrakter, vil det som utgangspunkt ikke være problemer knyttet til omgåelse av regelverket om midlertidige ansettelser og prøvetid. Arbeidstakerne og arbeidsmarkedet er da beskyttet

⁴⁵ Se NOU 1998: 15 Arbeidsformidling og arbeidsleie s. 182. Tilsvarende i 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. s. 44.

⁴⁶ NOU 1998: 15 s. 182.

⁴⁷ Se European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Temporary agency work and collective bargaining*, 2009, Dublin: Eurofound, s. 25 flg. Slike bestemmelser finnes i Belgia, Frankrike, Luxembourg og Spania.

ved at det ikke blir en større utbredelse av midlertidig ansatte – de ansatte er beskyttet av de ordinære stillingsvernsreglene, men står fritt til å si opp sin stilling i bemanningsforetaket for å ta arbeid i innleiebedriften. En slik argumentasjon er imidlertid ikke holdbar så lenge de ansatte i bemanningsforetakene ikke har garantilønn, det vil si at de ansatte ikke får betalt i perioden mellom oppdragene.

Det stillingsvernet som fast ansettelse gir, har liten verdi dersom dette ikke er knyttet til en lønnsforpliktelse fra arbeidsgivers side. Det er i utgangspunktet oppdragskontrakten mellom bemanningsforetaket og innleier som regulerer hvor lenge en arbeidstaker skal være på oppdrag i innleiebedriften. Arbeidstakeren får gjerne en oppdragsbekreftelse for en viss tid av gangen, for eksempel én måned. Dersom oppdragsgiver ikke er fornøyd med den innleide arbeidstakeren, men heller ønsker en annen, kan bedriften be om at den innleide arbeidstakeren byttes ut. Dette kan skje uten at innleier i praksis trenger å ha saklig grunn for sitt ønske.⁴⁸ Dersom så skjer, vil den innleide arbeidstakeren stå uten oppdrag og uten lønn. At vedkommende fremdeles har en fast ansettelsesavtale i bemanningsforetaket, har dermed ingen verdi. Arbeidstakeren vil ikke ha krav på nye oppdrag. Innføring av et likebehandlingsprinsipp i tråd med direktivet artikkel 5 vil med andre ord ikke i seg selv innebære en økning i beskyttelsen av arbeidstakerne som gjør at koblingen mellom innleieadgang og adgangen til å bruke midlertidige kontrakter kan fjernes. Hvorvidt koblingen kan sies å være proporsjonal – at den ikke går lenger enn nødvendig for å oppfylle hensynet – kan muligens diskuteres. Det gjelder særlig i en situasjon der det innføres plikt til å betale arbeidstakerne også mellom oppdragene. Medlemsstatene har normalt en relativt vid skjønnsmargin ved valget av hvilke tiltak som kan oppfylle deres mål på dette området.⁴⁹ Sikkerhet i ansettelsen utgjør dessuten et av hovedelementene i beskyttelsen av arbeidstakerne. Det kan imidlertid ikke utelukkes at det finnes andre og mindre inngripende tiltak som også vil kunne ivareta de samme hensynene. Etter min vurdering er det likevel gode grunner for å hevde at denne ordningen per i dag ikke er uproporsjonal, og at den dermed kan opprettholdes som en lovlig restriksjon også etter implementeringen av bemanningsdirektivet.

Dersom en forutsetter at denne ordningen er lovlig i henhold til EØS-avtalen, vil en også kunne regne med at avtaleadgangen i arbeidsmiljøloven § 14-12 (2) vil stå seg. Denne åpner bare for en alternativ måte å gjøre dette på, og innebærer ikke en ytterligere restriksjon.⁵⁰

Godkjenningsordning for bemanningsforetak

Med hjemmel i arbeidsmarkedsloven og arbeidsmiljøloven fastsatte daværende Arbeids- og inkluderingsdepartement en forskrift om bemanningsforetak i 2008.⁵¹ Forskriften angir krav til virksomheter som skal leie ut arbeidskraft, og fastsetter en plikt for alle bemanningsforetak til å registrere seg. Registrering skjer ved å sende melding til Arbeidstilsynet. Bemanningsforetaket blir da ført opp som registrert på en søkbar liste som ligger på Arbeidstilsynets hjemmesider,

⁴⁸ En kan argumentere for at bemanningsforetaket ikke kan nekte å fornye et oppdrag med mindre det foreligger saklig grunn. Arbeidsgivers styringsrett er undergitt et krav til forsvarlig saksbehandling. Det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn, se Rt. 2001 s. 418 Kårstø. Dette er imidlertid et krav som ikke fremkommer i arbeidsmiljøloven og som dessuten vil være svært vanskelig for den enkelte innleide arbeidstaker å påberope seg.

⁴⁹ Se C-144/04 *Mangold* [2005] EFD I-9981.

⁵⁰ Med det motsatte utgangspunkt, kan en imidlertid neppe hevde at avtaleadgangen er tilstrekkelig til å si at § 14-12 som helhet er i tråd med læren om tvingende allmenne hensyn. En avtaleadgang legger i utgangspunktet en vetorett på de tillitsvalgte, noe som neppe kan anses proporsjonalt.

⁵¹ Forskrift av 4. juni 2008 nr 54 om bemanningsforetak.

og hvor innleiebedriftene kan kontrollere om det foretaket de ønsker å inngå avtale med, er registrert. Innleie er bare tillatt i den grad bemanningsforetaket er registrert.⁵² Følgende vilkår må være oppfylt for at registrering tillates:

- Bemanningsforetaket skal være registrert som aksjeselskap eller allmennaksjeselskap i Norge (eller tilsvarende i et annet EØS-land), eller stille sikkerhet i form av garanti fra bank eller forsikringsselskap for egenkapital tilsvarende minstekrav til aksjekapital.
- Dersom foretaket ikke har fast forretningssted i Norge, skal det oppnevnes en fast representant (med fast forretningsadresse i Norge) som har fullmakt til å motta krav og foreta rettslige handlinger på vegne av foretaket.
- Foretaket skal være registrert i Enhetsregisteret.
- Foretaket skal være registrert hos norske skattemyndigheter.

Melding til Arbeidstilsynet skal gis årlig, og foretak som ikke følger dette, kan bli slettet fra registeret.

Godkjenningsordningen utgjør en restriksjon på bemanningsforetakenes virksomhet. Bemanningsdirektivet åpner imidlertid uttrykkelig for at medlemsstatene kan innføre eller opprettholde registreringsordninger. I artikkel 4 nr. 4 heter det at leddene 1, 2 og 3 (dvs. forbudet mot restriksjoner, og plikt til å gjennomgå gjeldende restriksjoner og vurdere om disse kan rettferdiggjøres) «berører ikke nasjonale krav til vikarbureauer for så vidt angår registrering, udstedelse af tilladelse, godkendelse, finansielle garantier eller tilsyn». Registreringsordninger for bemanningsforetak har også tidligere vært godtatt av EU-domstolen.⁵³ For grenseoverskridende tjenester må imidlertid denne bestemmelsen tolkes i lys av primærrettens reguleringer om den frie tjenesteflyten og etableringsretten. Ikke enhver registreringsordning vil i slike tilfeller være lovlig – en må vurdere nærmere hva den enkelte lands ordening innebærer. Når det gjelder tjenester som ytes innenfor en medlemsstats territorium, altså der hvor det ikke foreligger noe grenseoverskridende element, er situasjonen noe mer uklar. Etter min vurdering vil imidlertid medlemsstatene heller ikke i denne situasjonen stå fritt. I så tilfelle vil restriksjonsforbudet i artikkel 4 nr. 4 kunne miste sin verdi.

I den norske registreringsordningen er det i første omgang kravet til forretningssted i Norge, alternativt en fast representant, som kan tenkes å være i strid med EØS-avtalen. Her vil den nasjonale utleievirksomheten ikke berøres – disse selskapene har allerede et fast forretningssted i Norge. Kravet gjelder i de grenseoverskridende tilfellene og må derfor vurderes opp mot de alminnelige tjenestereglene og etableringsfriheten.

Å kreve fast forretningssted for utenlandske tjenesteytere, i form av krav til opprettelse av filial eller avdeling, er ikke lovlig.⁵⁴ Forskriftens krav om at det alternativt kan oppnevnes en fast representant, kan likevel stå i en annen stilling.⁵⁵ Dette er et krav som er mindre byrdefullt enn å kreve at den utenlandske tjenesteyteren har fast forretningssted i Norge. Representantens oppgave er i henhold til forskriften å motta krav og foreta rettslige handlinger på vegne av

⁵² Dette følger av forskriften § 10. Arbeidstilsynet skal føre tilsyn med at innleie skjer i tråd med dette.

⁵³ Se *Webb*.

⁵⁴ Se C-279/00 *Commission vs. Italy* [2002] EFD I-1425.

⁵⁵ For virksomheter med utenlandsk representant fremkommer også registreringsplikten av lov av 3. juni 114 nr. 15 om Enhetsregisteret § 6, første ledd, bokstav h.

foretaket. Vedkommende må ha hjemsted eller fast forretningssted i Norge.⁵⁶ Begrunnelsen for tiltaket er å gi Arbeidstilsynet lettere tilgang til informasjon om bemanningsforetakene, noe som etter departementets vurdering vil bedre muligheten for tilsyn og kontroll med bransjen. Ordningen skulle også understøtte samarbeidet med andre tilsynsmyndigheter, blant annet skattemyndighetene. For å sikre at ordningen skulle være tilstrekkelig effektiv, ble registreringsordningen koblet opp mot adgangen til å leie inn arbeidstakere.⁵⁷ Kravet om stedlig representant ble i høringsdokumentene ikke vurdert opp mot EØS-retten.

EU-kommisjonens har uttalt at krav om stedlig representant er i strid med tjenestereglene.⁵⁸ Etter kommisjonens mening vil det være tilstrekkelig å peke ut en person blant de utstasjonerte arbeidstakerne, for eksempel en arbeidsleder, til å fungere som en link mellom virksomhetene og myndighetene. Uttalelsene er gitt med hensyn til de traktatfestede tjenestereglene, og vil ha relevans også for utleie av arbeidskraft. Et tilsvarende forbud mot krav om fast representant følger også av tjenstedirektivet.⁵⁹ Utleie av arbeidskraft omfattes imidlertid ikke av dette direktivet.⁶⁰

I *Arblade*⁶¹ var ett av spørsmålene om en plikt for tjenesteyteren til å oppbevare visse dokumenter hos en fast representant (fysisk person), og at denne plikten består etter at oppdraget er fullført, var en lovlig restriksjon på tjenesteflyten. Domstolen uttalte at for at restriksjonen skulle være lovlig, var det ikke tilstrekkelig at en slik plikt ville gjøre det enklere for belgiske myndigheter å gjennomføre sine kontroller, det måtte dokumenteres at myndighetene ikke kunne gjennomføre sine kontroller effektivt uten en slik forpliktelse. Domstolen avviste med andre ord ikke at det kunnes tenkes tilfeller der et slikt krav var lovlig. En plikt til å oppbevare dokumentene i fem år etter at oppdraget var avsluttet og plikten til å oppbevare dem hos en fysisk person (i motsetning til en juridisk person), ble imidlertid ansett å være i strid med tjenestereglene. Hensynet til kontroll kunne ivaretas med et mindre inngripende tiltak, for eksempel at disse dokumentene ble sendt til belgiske myndigheter ved oppdragets avslutning.⁶² I C-490/04 anså EU-domstolen at et tysk krav om å oppbevare dokumenter i vertslandet, samt en plikt til å oversette disse dokumentene til tysk, ikke var uproporsjonalt av hensyn til beskyttelse av arbeidstakerne.⁶³

Disse sakene gjelder ikke direkte krav om stedlig representant, men kan si noe om hvilken interesseavveining domstolen peker på i sin proporsjonalitetsbedømming. For det første avviser ikke domstolen i *Arblade* at bruk av fast representant er uproporsjonalt. Som kommisjonen anførte i sistnevnte sak, var forpliktelsen til å oversette disse dokumentene dessuten minst like krevende som kravet til oppbevaring av dokumenter i *Arblade*.⁶⁴ Domstolens avgjørelse i C-490/04 tilsier at medlemsstatene har et visst handlingsrom på dette området. Det kan

⁵⁶ Se forskriften § 4.

⁵⁷ Se høringsnotat av 10. oktober 2007, Forskrift om bemanningsforetak.

⁵⁸ Se COM(2006) 159 final Guidance on the posting of workers in the framework of the provisions of services, s. 4. Kommisjonen refererer blant annet til C-478/01 Commission vs. Luxembourg.

⁵⁹ Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenesteytelse i det indre marked, artikkel 14.

⁶⁰ Artikkel 2 bokstav e).

⁶¹ Se *Arblade*.

⁶² Se premissene 76-78.

⁶³ C-490/04 Commission vs. Germany premiss 71-72.

⁶⁴ Premiss 57.

dessuten argumenteres for at arbeidsutleie i seg selv er en tjeneste som krever særskilte tiltak. Dette ble lagt til grunn i *Webb*. Tjenestenes korte varighet kan gjøre det vanskelig for tilsynsmyndighetene å gjennomføre sine kontroller uten at en slik plikt foreligger. I tillegg er dette en bransje som til dels er preget av uryddige forhold. Utstasjonering av arbeidstakere fra bemanningsforetak kan omfatte én eller flere personer til samme innleiebedrift. I og med at selve definisjonen av arbeidsutleie omfatter krav om at arbeidet skal utføres under innleiebedriftens ledelse, er det for denne typen utstasjonering sjelden tale om at det finnes en arbeidsleder blant de utstasjonerte arbeidstakerne. Den kontrollen som Arbeidstilsynet skal foreta, skal sikre beskyttelse av nettopp disse arbeidstakerne, og det vil da fremstå som ufornuftig at en av disse skal utpekes som arbeidsgivers representant. Dette taler for at situasjonen må vurderes noe annerledes der tjenesten som ytes er en bemanningstjeneste, sammenlignet med for eksempel en underentreprise innenfor byggebransjen. Etter min vurdering er det ikke klart hvordan dette spørsmålet vil bli løst dersom det skulle bli satt på spissen, men det kan argumenteres for at kravet oppfyller Norges EØS-rettslige forpliktelser.

Andre restriksjoner på utleieadgangen

Arbeidsmarkedsloven § 27 legger enkelte mindre restriksjoner på utleiers virksomhet:

- Utleier kan ikke leie ut en arbeidstaker til vedkommendes tidligere arbeidsgiver før det har gått minst seks måneder siden arbeidstakeren sluttet hos denne. Denne bestemmelsen skal forhindre at bemanningsforetakene rekrutterer arbeidstakere for så å leie dem inn til deres tidligere arbeidsgivere.⁶⁵ I gode tider kan en slik rekrutteringsstrategi bidra til å presse opp lønninger og omkostninger for innleiebedriften. Bestemmelsen kan også forhindre en form for «outsourcing» av tjenester til bemanningsforetak, der dette baseres på bruk av de samme personene. Bestemmelsen er en restriksjon på bemanningsforetakenes virksomhet, men kan sies å være begrunnet både i arbeidsmarkedshensyn og forebygging av misbruk. Karantenetiden er ikke lang, og bestemmelsen begrenser ikke muligheten for å leie ut den ansatte til andre virksomheter. Dette taler for at restriksjonen kan anses å være proporsjonal.
- Utleier kan ikke begrense arbeidstakerens mulighet til å ta arbeid hos innleier etter at ansettelsesforholdet hos utleier er avsluttet. En «risiko» for utleier vil være at innleieren heller ønsker å ansette den innleide arbeidstakeren direkte. Dette kan både ha økonomiske sider og også gjøre at innleier har bedre «kontroll» på arbeidstaker, i den forstand at vedkommende ikke slutter eller blir satt på et annet oppdrag. En slik begrensning ville imidlertid ha begrenset utleide arbeidstakeres frihet til å velge ny arbeidsgiver sammenlignet med andre arbeidstakere.⁶⁶ Bestemmelsen er i tråd med direktivet artikkel 6 nr. 1 der medlemsstatene pålegges å sikre at klausuler som forbyr eller forhindrer at det inngås arbeidsavtale med innleiebedriften, er ugyldige.

⁶⁵Se NOU 1998: 15 s. 189.

⁶⁶I praksis «omgås» gjerne denne bestemmelsen ved at begrensningen legges på oppdragsgiver gjennom oppdragsavtalen. Både Manpower og Adecco har for eksempel i sine standardavtaler bestemmelser om at oppdraget må ha vart i en viss periode (hhv. 6 og 12 måneder) før direkte ansettelse skal skje. Hvis dette brytes, utløses et gebyr. I tillegg er det uttrykkelig spesifisert at den ansatte ikke kan tilbys ansettelse før det opprinnelige bestilte oppdraget er avsluttet. Slike klausuler er ikke forbudt etter direktivet, se artikkel 6, nr. 2, andre ledd.

3.2 Tariffestede restriksjoner

Det er ikke bare lovfestede restriksjoner som kan være ulovlig etter bemanningsdirektivet. Også reguleringer i tariffavtaler må oppfylle vilkårene som fremgår av artikkel 4 nr. 1. I hovedsak finnes det to typer bestemmelser i norske tariffavtaler, som har relevans for bemanningsdirektivet. Det ene er bestemmelser som pålegger innleiebedriften å gjennomføre drøftinger med sine tillitsvalgte før innleie finner sted. Slike bestemmelser finnes både i hovedavtaler og i enkelte overenskomster. Mens drøftingsplikten som fremkommer av hovedavtalene er generelle, kan en i overenskomstene finne reguleringer som er direkte rettet mot en innleiesituasjon. Jeg vil i det følgende derfor kun se på overenskomstenes bestemmelser. Den andre typen bestemmelser er de som gir innleiebedriften en dokumentasjonsplikt overfor sine tillitsvalgte når det gjelder de innleide arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår. Begge restriksjonene ligger altså på innleier og ikke på tjenesteyter.

I verkstedsoverenskomsten 2008-2010 mellom NHO/Norsk Industri og LO/Fellesforbundet bilag 9 heter det:⁶⁷

«Så tidlig som mulig, og før bedriften inngår avtale om å leie inn arbeidstakere i henhold til gjeldende regler i arbeidsmiljøloven kap. 14 (se §§ 14-12 og 14-13) skal omfang og behov drøftes med de tillitsvalgte, jf. Hovedavtalen § 9-3 – 9-6.

...

Ved innleie etter § 14-12 (2) skal bedriften på anmodning fra de tillitsvalgte dokumentere lønns- og arbeidsvilkår som er gjeldende hos bemanningsvirksomheten (vikarbyrået) når innleide arbeidstakere skal arbeide innen Verkstedsoverenskomstens virkeområde, jf § 1.»

I Fellesoverenskomsten for byggfag 2008-2010 mellom NHO/Byggenæringens landsforening og LO/Fellesforbundet § 1-2 er begrensningen noe større:

«Dersom bedriften ønsker å leie inn arbeidskraft eller sette bort deler av arbeidet, skal det på forhånd forhandles med de bedriftstillitsvalgte, jf. Hovedavtalens § 9-3.

Innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie følger AML § 14-12. Det vises særlig til AML § 14-12 (2) hva gjelder avtale mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte.

Bedriftens ledelse skal på forlangende godtgjøre overfor de tillitsvalgte at innleid arbeidskraft og underentreprenører har ordnede lønns- og arbeidsvilkår. Lønns- og arbeidsvilkår som bedriftstillitsvalgte oppfatter som urimelige i forhold til sentrale tariffavtaler i området kan tas opp til drøfting med bedriften.»

Overenskomstene fastsetter altså at det skal gjennomføres drøftinger *før* avtale om innleie inngås. Bestemmelsene gir ikke de tillitsvalgte noe vetorett, men de skal ha mulighet til å fremlegge sine synspunkter, slik at arbeidsgiver kan ta disse med i vurderingen før eventuell innleie besluttet.⁶⁸ Reguleringen pålegger ikke tjenesteyteren noen plikter, men kan gjøre det vanskeligere å få levert sine tjenester. Belastningen for tjenesteyter synes imidlertid minimal.

⁶⁷ Formuleringene kan variere mellom ulike overenskomster, men disse to overenskomstene har i stor grad blitt lagt til grunn som mal for andre overenskomster både på LO/NHO-området og på andre områder.

⁶⁸ I Fellesoverenskomsten for byggfag har en riktignok benyttet ordet «forhandlinger», men uten at det synes å foreligge noe plikt om å komme til enighet.

Samtidig vil drøftingsplikten kunne ha en funksjon for å avdekke misbruk av innleieadgangen. Restriksjonen synes derfor å være proporsjonal.

Plikten til å dokumentere bemanningsforetakets lønns- og arbeidsvilkår kan være noe mer belastende for tjenesteyter.⁶⁹ Reguleringene innebærer riktignok ikke noen plikt for arbeidsgiveren til å sørge for at de innleide arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår ligger på eller over et visst minimumsnivå, men en dokumentasjonsplikt kan i seg selv føre til merarbeid for tjenestetilbyderen.⁷⁰ For at dokumentasjonsplikten skal kunne oppfylles, må arbeidsgiver kunne innestå for at opplysningene som gis er riktige. Dette innebærer at innleiebedriften kan ha en plikt til aktivt å innhente de relevante opplysningene hos bemanningsforetaket.⁷¹ Tjenesteyter vil dermed måtte kunne bistå med å fremskaffe disse opplysningene. Sett i forhold til EU-domstolens avgjørelse i C-490/04, synes ikke dette å være uproporsjonalt. I den saken godtok domstolen et krav om at dokumenter skulle oversettes og oppbevares hos tjenesteyter. Dette må sies å gå lenger enn de kravene som ligger i norske tariffavtaler. Krav om dokumentasjon kan være en effektiv måte for å forhindre misbruk. I den grad denne dokumentasjonsplikten sammenfaller med en plikt for tjenesteyter til å fremlegge tilsvarende informasjon til Arbeidstilsynet, kan det imidlertid stilles spørsmål om en beveger seg over i området for dobbeltkontroll, noe som i så tilfelle kan være uproporsjonalt.

⁶⁹ Også her er ordlyden noe forskjellig. I byggfagsoverenskomsten brukes uttrykket «godtgjøre». Det er i rettspraksis lagt til grunn at innholdet i disse begrepene er noe forskjellig, se ARD 2005 s.55. For verkstedsoverenskomsten gjelder dokumentasjonsplikten kun der utleie skjer etter avtale med tillitsvalgte i henhold til aml. § 14 (2).

⁷⁰ Administrative ulemper for tjenesteyter kan tale mot at restriksjonen er lovlig. Se C-165/98 *Mazzoleni* [2001] EFD I-2189.

⁷¹ En slik forståelse av Fellesoverenskomsten for byggfag er lagt til grunn i ARD 2005 s.55.

4. Oppsummering

Bemanningsdirektivet skal gjennomføres i norsk rett innen 5. desember 2011. Konsekvensene av dette ser i første omgang ut til å bli at det må innføres et prinsipp om likebehandling – den innleide arbeidstaker skal ha de samme grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår som om vedkommende var blitt ansatt direkte av innleiebedriften. Dette gjelder imidlertid kun enkelte vilkår, og der vilkårene fremkommer av reguleringskilder som lov, forskrift, tariffavtaler med mer. Individuelle kontrakter omfattes ikke, med mindre Norge velger å gå ut over direktivets minimumsreguleringer.⁷² Dette innebærer at direktivet kan ha en noe begrenset betydning ved innleie til den uorganiserte delen av norsk arbeidsliv.

Medlemsstatene skal ved implementeringen også ha foretatt en gjennomgang av gjeldende restriksjoner på arbeidsutleie. Kun restriksjoner som kan rettfærdiggjøres etter læren om tvingende allmenne hensyn, kan opprettholdes. Det er noe usikkert om denne bestemmelsen vil få betydning for norske reguleringer. Utgangspunktet er at det ser ut som at det ikke er nødvendig å gjøre endringer i norsk rett, men her kan fremtidig praksis fra EU-/ EFTA-domstolen gi et annet resultat.

⁷² Å gå ut over minimumsreguleringene på dette punkt kan imidlertid være problematisk i forhold til EØS-avtalen når det gjelder grenseoverskridende tjenester.

Bemanningsdirektivet

EUs direktiv om arbeid i bemanningsforetak (2008/104/EF) skal gjennomføres i norsk rett innen 5. desember 2011. Direktivet inneholder et likebehandlingsprinsipp, det vil si at ansatte i bemanningsforetak skal ha tilsvarende ansettelsesvilkår som det de hadde fått om de hadde vært direkte ansatt av innleiebedriften. I tillegg nedfeller direktivet et restriksjonsforbud, noe som kan ha konsekvenser for dagens regulering av arbeidsutleie. Notatet tar for seg hva som ligger i direktivets bestemmelser og hvilke konsekvenser direktivet kan komme til å få for norsk rett.

