

Innleie



Innhold

Innledning	3
Bakgrunn	3
Liberaliseringen fra år 2000.....	3
Dagens tilstand.....	4
Omfanget av innleie og vikarbruk i dag	4
Endringer i Arbeidsmiljøloven	4
De nye bestemmelsene i arbeidsmiljøloven	5
Spesielt for Oslo, Viken og tidligere Vestfold	5
Ansettelse av innleide etter 3 år	5
Skillet mellom innleie og entreprise / bortsetting.....	6
Overenskomstene	8
Drøfting	8
De tillitsvalgtes arbeid.....	9
Hva gjør vi hvis vi mener at bedriften bryter Hovedavtalene og arbeidsmiljøloven?	9
Noen hovedmomenter i tillitsvalgtes arbeid:.....	10
Grunnbemanningslæren - trygghet for arbeidstakeren	10
Ulovfestet rett	10
Forutsigbarhet på arbeidsplassen.....	10
Lærens innhold og rettslige grunnlag	10
Vilkår:	11
Vilkårene må være oppfylt	11
Hovedregelen er fast ansettelse	11
Grunnbemanningslæren supplerer arbeidsmiljøloven	11
Bevisbyrden ved for lav grunnbemanning	11
Bevisbyrden for krav om fast ansettelse	11
Virksomhetsbegrepet	12
Hovedregel: Virksomheten er lik arbeidsgiver	12
Kan begrenses til konkret arbeidsplass i en større bedrift.....	12
Virksomheten kan være både videre og snevrere	12
Bredden av virksomhetsbegrepet	13
Ingen absolutte minstekrav	13
Kriteriene for anvendelse av læren.....	13
Vilkår 1: Fast og stabilt arbeidskraftsbehov	13
Årsverk og kvalifikasjoner	13
Vedvarende fravær	13
Arbeidsmengde og bruken av tilkallingsvikar	14
Selve arbeidstakerens arbeidsmengde.....	14
Vikar fylte permanent behov	14
Totalt timeantall for faste og midlertidige ansatte	14
Merarbeid utført av faste ansatte.....	14
Kostnadene for bruk av vikar.....	14

Vilkår 2: Tilknytningskravet.....	14
Kortere ansettelsesperioder kan kvalifisere krav.....	15
Læringsperiode kan ha innvirkning	15
Generell adgang til midlertidig ansettelse i 2015	15
Vilkår 3: Vesentlig ulempe for bedriften.....	15
Økonomi og budsjett er ikke avgjørende.....	15
Turnus og døgkontinuerlig virksomhet.....	16
Unngå overtallighet.....	16
Vurderingen må ha konkrete og reelle virkninger	16
Stillingsgraden og virkningstidspunktet	16
Arbeidstakerens krav på erstatning	16
2021–2022 Prop. 131 L 69 Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak)	17

Fellesforbundet 2023

Forfatter: Kristian Kristiansen – organisasjonsavdelingen

Side 12 – 21 LO juridisk avdeling

Side 22 – 27 Arbeid- og sosialdepartementet

Innledning

Bakgrunn

Det har i de siste 22 årene vært store endringer i bestemmelsene om arbeidsformidling, ut- og innleie av arbeidskraft, og vi skal gå kort igjennom endringene her. Man har gått fra forbud til å tillate både privat arbeidsformidling, ut- og innleie, både fra vikarbyråer og andre (ordinære virksomheter).

Fram til 1971 var ut- og innleie av arbeidskraft et regulert område, bortsett fra at det i 1947 ble innført forbud mot privat formidling av arbeidskraft gjennom sysselsettingsloven av 27. juni 1947.

Dette hadde sin bakgrunn i erfaringer fra mellomkrigstida og et ønske om å beskytte arbeidstakerne med vekt på at arbeidsformidling skulle være offentlig. Samtidig var det i etterkrigstida et stramt arbeidsmarked med mangel på arbeidskraft. Da ønsket man ikke at bedriftene skulle måtte leie inn arbeidskraften gjennom private formidlere.

Forbudet mot privat arbeidsformidling i sysselsettingsloven § 26 er imidlertid blitt myket opp flere ganger, og i 1993 ble det gitt større adgang til dispensasjoner enn tidligere.

I 1971 fikk sysselsettingsloven en ny § 27 med bestemmelser om forbud mot utleie av arbeidskraft, men med adgang til å gjøre unntak fra forbudet. Unntak ble særlig gitt for «kontoryrker» fram til 1983, med utleie av sekretærer osv.

Liberaliseringen fra år 2000

Ved lov av 4.februar 2000 nr.10, ikrafttreden 1. juli 2000, ble forbudet mot privat arbeidsformidling opphevet, og privat arbeidsformidling ble nå tillatt (sysselsettingsloven § 26) på visse vilkår. Dette ble bl.a. begrunnet slik:

Forholdene i arbeidsmarkedet er i sterk endring med større grad av jobbskifter, videreutdanning og fleksibilitet. Arbeidsmarkedet er videre blitt mer spesialisert med nisjer for spesielle profesjoner. Dagens regelverk med et forbud mot privat arbeidsformidling er lite tilpasset denne situasjonen. (Ot.prp. nr. 70 (1998 – 1999) pkt. 5.3.1.)

Bakgrunnen var også beskrevet slik i en tidligere utredning (NOU 1998: 15 s. 9): Fravær blant de fast ansatte og behov for spesialkompetanse er de viktigste grunnene til at bedrifter benytter innleid arbeidskraft og tjeneste leverandører.

Denne NOUen er det såkalte Blaaidutvalgets innstilling. Denne resulterte i den ovennevnte Ot.prp. nr.70 (1998 – 1999).

Som en liten kuriositet følger LOs høringssvar til proposisjonen:

Når det gjelder innleie fra vikarbyråer, mener LO at dagens forbud bør oppheves og at reguleringen skjer gjennom Arbeidsmiljøloven. Kravene til å leie inn må være de samme som etter § 58 A, 1b. Det vil si at innleie begrenses til å erstatte navngitte personer med midlertidig fravær. Det må videre kunne stilles som vilkår at vikarbyrået driver opplæring, og det må være en autorisasjonsordning for det fagområdet arbeidskraften kan formidles til. Det må samtidig settes de samme begrensninger for hvilke virkeområder produksjonsbedrifter kan foreta innleie fra. Videre må vikarbyråene ansette sine arbeidstakere etter bestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 55 B og § 55 C på lik linje med ordinære produksjons- og servicevirksomheter, og de

må følge de bransje vise tariffavtalene innen det aktuelle område. Ot.prp. nr.70 (1998 – 1999)

Her ser vi at LO den gangen mente at loven burde blitt slik den har blitt i dag, med de endringene som trer i kraft 01.04.2023.

I nevnte forarbeider het det:

Det nye regelverket skal hindre at det utvikler seg en praksis der bedriftene i tillegg til en fast kjernestab har en stab som er løsere tilknyttet i ulike former for å løse de løpende og ordinære oppgavene.» En annen mening var også: «hindre at ut og innleie av personell utvikler seg til et omfattende marked hvor en stor andel av arbeidstakerne ikke har fast jobb, men er vikarer Ot.prp. nr.70 (1998 – 1999)

Men det var jo akkurat det som skjedde. Dette førte ikke til noen omveltning før Østutvidelsen i 2004-5, men da den kom på plass så kom tilbudssjokket.

Utleie av alle typer arbeidskraft ble tillatt. Tillatelse til innleie fra vikarbyrå kom inn i arbeidsmiljøloven 1977 § 55 K og for andre virksomheter (ikke vikarbyråer) i § 55 L. Bestemmelsene finnes nå i arbeidsmiljøloven §§ 14 – 12 og 14 – 13.

Dagens tilstand

Et viktig skille når det gjelder utleie av arbeidskraft, er om det skjer fra et vikarbyrå / bemanningsforetak eller fra det som kan kalles ordinære virksomheter. Det er flere restriksjoner på innleie fra vikarbyrå, hvor innleie bare kan skje i samme utstrekning som innleier kan ansette midlertidig selv, eller etter avtale med tillitsvalgte. Denne begrensningen er det ikke på innleie fra ordinære virksomheter, som ikke har til formål å leie ut ansatte. Så lenge den ansatte har fast ansettelse kan han eller hun også leies ut til innleier uavhengig av om innleier har et midlertidig behov eller ikke. Dette ser vi brukt mellom entreprenørene i Oslo området i dag.

Omfanget av innleie og vikarbruk i dag

Fellesforbundet gjennomfører i 2022 og -23 bedriftsbesøk i alle bedrifter med tariffavtale.

Et spørsmål som blir stilt er om bedriften benytter innleid arbeidskraft eller vikarer. Her ser vi at totalt 40 % av bedriftene benytter innleie og / eller vikarer i 2022. Til sammenligning var dette tallet 35 % i 2018 og 30 % i 2014. I 2022 var av disse 65,5 % innleid etter AML 14.12.2 og 34,5 % midlertidig ansatte, 67 % av de innleide kom fra bemanningsbyrå, og 33 % er vikarer som ikke vikarierer for noen. (Kilde: Fellesforbundets bedriftsbesøk 2022)

Endringer i Arbeidsmiljøloven

Som vi ser i innledningen, har det vært en omfattende liberalisering av arbeidsmarkedet gjennom «frislippet» i 2000. Mye av dette er nå i ferd med å bli reversert med endringene som nå er vedtatt av Stortinget.

Med disse endringene har vi fått flere gode verktøy til å jobbe for hele og faste stillinger.

Fellesforbundet mener at folk skal være fast ansatt, på fulltid, i bedriften de jobber i.

Dette i tråd med AML § 1-1. Lovens formål, som er å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet og AML § 14-9. Fast og midlertidig ansettelse. Der det i nummer 1 heter at:

Arbeidstaker skal ansettes fast. Med fast ansettelse menes i denne lov at ansettelsen er løpende og tidsubegrenset, at lovens regler om opphør av arbeidsforhold gjelder, og at arbeidstaker sikres forutsigbarhet for arbeid i form av et reelt stillingsomfang.

De nye bestemmelsene i arbeidsmiljøloven

All tekst i kursiv er fra 2021–2022 Prop. 131 L 69, hvis ikke annet er merket.

§ 14-12 første ledd skal lyde:

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

Her er endringen at henvisningen § 14 – 12 (1) til at det har vært åpent for innleie, uten avtale med tillitsvalgte, for midlertidig arbeid er tatt vekk.

Innleie fra bemanningsforetak vil kun være lovlig ved reelle vikariater, praksisarbeid, arbeid i forbindelse med idrett, ved arbeidsmarkedstiltak og ved avtale med de tillitsvalgte etter § 14-12 (2).

Spesielt for Oslo, Viken og tidligere Vestfold

Innleie fra bemanningsforetak til bygningsarbeid på byggeplasser i er ikke tillatt.

Med bygningsarbeid menes:

1. oppføring av bygninger,
2. innrednings-, utsmykkings-, og installasjonsarbeid,
3. montering og demontering av prefabrikkerte elementer,
4. riving, demontering, ombygging og istandsetting,
5. sanering og vedlikehold, utenom arbeid som er rutinemessig eller mindre omfattende,
6. graving, sprenging og annet grunnarbeid i tilknytning byggeplass, og
7. annet arbeid som utføres i tilknytning til byggearbeid.

Med byggeplass menes enhver arbeidsplass hvor det utføres midlertidig eller skiftende bygningsarbeid av et visst omfang.

(Kilde: Forskrift om endring i forskrift om innleie fra bemanningsforetak 2022)

Ansettelse av innleide etter 3 år

§ 14-12 fjerde ledd skal lyde:

Arbeidstaker som har vært sammenhengende innleid etter denne paragraf i mer enn tre år, har rett til fast ansettelse hos innleier slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse. Ved beregningen skal det ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær.

Forklaring til bestemmelsen:

Første punktum i bestemmelsen endres ved at henvisningen til § 14-9 sjuende ledd om 3- og 4- årsregelen ved midlertidig ansettelse erstattes av en direkte regulering av innleid arbeidstakers rett til fast ansettelse hos innleier etter en viss tid. Det er også gjort en endring ved at innleid arbeidstakers rett til fast ansettelse hos innleier utvides til også å gjelde ved innleie etter avtale med tillitsvalgte, jf. § 14-12 andre ledd.

Bestemmelsen gir innleid arbeidstaker rett til fast ansettelse hos innleier etter tre år uavhengig av grunnlaget for innleien.

En av grunnen til at denne bestemmelsen har oppstått er følgende: Hvis du har vært innleid til samme bedrift i mer enn tre år, så er dette et fast og varig arbeidskraftbehov hos innleier som ikke lovlig kan dekkes inn med innleie eller vikariater.

Skillet mellom innleie og entreprise / bortsetting

I denne nye bestemmelsen klargjør lovgiver forskjellen mellom innleie og entreprise.

§ 14-12 nytt femte ledd skal lyde:

Ved vurderingen av om en oppdragsavtale mellom to virksomheter innebærer innleie, skal det særlig legges vekt på om oppdragsgiver har ledelsen av arbeidet og ansvar for resultatet. Andre relevante forhold er blant annet om det i hovedsak skal leveres arbeidskraft, om arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet, om arbeidet dekker et vedvarende arbeidskraftbehov hos oppdragsgiver og om arbeidet skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet.

Som forklaring på dette velger jeg å ta inn hele merknaden i propen.

Bestemmelsen er ny og oppstiller momenter som taler for at en oppdragsavtale mellom to virksomheter innebærer innleie av arbeidstakere. Bestemmelsen har til hensikt å lovfeste og tydeliggjøre grensen mot entreprise. Momentene er ment å inngå i en helhetsvurdering og må ses i sammenheng. Momentene er ikke kumulative, og deres relevans og vekt vil variere etter hvordan oppdragsforholdet er organisert. Det er de reelle forholdene som er avgjørende, ikke om oppdragsforholdet formelt klassifiseres som innleie eller entreprise. Bestemmelsen gir heller ikke en uttømmende oversikt over relevante momenter.

De to mest sentrale momentene for å avgjøre om en oppdragsavtale innebærer innleie av arbeidstakere fremgår av bestemmelsens første punktum. Det skal særlig legges vekt på hvem som utøver arbeidsledelsen og har ansvar for arbeidsresultatet.

Disse momentene innebærer en lovfesting av gjeldende rett, og må derfor tolkes i lys av gjeldende forarbeider og rettspraksis. Det vil tale sterkt for at det foreligger innleie hvis det er oppdragsgiver som utøver arbeidsledelsen og har ansvar for arbeidsresultatet. Dersom det derimot er oppdragstaker som har arbeidsledelsen og står ansvarlig for arbeidsresultatet, vil det trekke i retning av entreprise. Ved kontrakter om tjenestekjøp må det foretas en vurdering av om momentene i forslaget andre punktum likevel tilsier at oppdragsforholdet må klassifiseres som innleie.

Dersom alle momentene i bestemmelsens andre punktum er oppfylt, taler det for at kontrakten bør klassifiseres som innleie, også i de tilfeller oppdragstaker har ansvar for arbeidsledelsen og/ eller arbeidsresultatet.

Momentene i bestemmelsens andre punktum vil være av særlig betydning for å avklare om oppdragsavtalen utfordrer lovens formål om trygge ansettelsesforhold på en slik måte at den omfattes av de strengere reglene om innleie. Momentene vil være særlig relevante ved avgrensning mot entrepriser om levering av (løpende) tjenester, hvor arbeidskraft gjerne er det bærende elementet i leveransen.

At arbeidskraft utgjør hovedelementet i leveransen vil trekke klart i retning av at det foreligger innleie. Ved innleie er levering av bemanning og arbeidskraften det sentrale.

Dette i motsetning til entrepriser, hvor entreprenøren skal levere en resultatforpliktelse. Ved kontrakter om tjenestekjøp må oppdragsforholdet inneholde tydelige elementer av at det foreligger en resultatforpliktelse og at det skal leveres noe mer enn arbeidskraft og den kompetansen arbeidstakerne besitter, for at oppdragsforholdet likevel skal anses som en entrepris.

At arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet, for eksempel ved at arbeidet utføres i oppdragsgivers lokaler, ved hjelp av oppdragsgivers utstyr og/eller side om side med oppdragsgivers egne ansatte, taler for at det foreligger innleie. Hvor arbeidet utføres vil likevel ikke være avgjørende, men vil kunne ha betydning i tvilstilfeller dersom oppdragsforholdet utfordrer lovens formål om trygge ansettelsesforhold.

Det vil også tale for at det foreligger innleie dersom arbeidet er ment å dekke et vedvarende arbeidskraftbehov hos oppdragsgiver. At arbeidskraftbehovet er vedvarende betyr at oppdragsgiver har et permanent eller tidsubegrenset behov for at arbeidet utføres, i motsetning til et midlertidig eller tidsavgrenset behov. Det er oppdragsgivers arbeidskraftbehov som må vurderes, ikke om avtalen i seg selv er tidsbegrenset.

At arbeidet skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet vil også trekke i retning av at det foreligger innleie. For private virksomheter vil kjerne- eller hovedaktiviteten som regel være det virksomheten tjener penger på.

Dersom alle momentene i bestemmelsens andre punktum er oppfylt, vil det trekke klart i retning av at kontrakten må klassifiseres som innleie.

Noe annet som definerer et arbeidsforhold er dette fra NOU 2004:5, fulgt opp i Ot.prp.nr.49 (2004–2005) som viser til en liste over syv kriterier som har blitt vektlagt i rettspraksis ved klassifiseringsspørsmålet. I rettspraksis omtales listen som syvpunktslisten.

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

Arbeidstakeren har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet og kan ikke bruke medhjelpere for egen regning.

Arbeidstakeren har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet.

Arbeidsgiveren stiller til rådighet arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer eller andre hjelpemidler som er nødvendige for arbeidets utførelse.

Arbeidsgiveren bærer risikoen for arbeidsresultatet.

Arbeidstakeren får vederlag i en eller annen form for lønn.

Tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter, og er oppsigelig med bestemte frister.

Hvis det arbeides hovedsaklig for én oppdragsgiver vil dette også kunne tale for at forholdet reelt sett er et arbeidstakerforhold

Det angis videre at listen ikke er uttømmende og at dette ikke er «absolutte holdepunkter, men en rettesnor». Høyesterett har i flere saker om arbeidsrettslig klassifisering sett hen til momentlisten, men samtidig vurdert konkret i hvilken grad det enkelte moment gjør seg gjeldende for klassifiseringsspørsmålet. (Ot.prp.nr.49 (2004–2005))

Her blir det vår oppgave å vurdere om det er innleie eller bortsetting. Ta kontakt med avdelingen for hjelp og bistand til dette.

Hvis bedriften velger å sette bort arbeidet og inngå en oppdragsavtale med en annen bedrift så skal dette drøftes på forhånd.

Overenskomstene

Så som her i bilag 14 i Fellesoverenskomsten for byggfag:

1.2 Innleie og bortsetting av arbeidet

Dersom bedriften ønsker å leie inn arbeidskraft eller sette bort deler av arbeidet, skal det på forhånd forhandles med de bedriftstillitsvalgte, jfr. Hovedavtalen §9-3. (FOB 2022 – 2024)

Se også Industriooverenskomsten fellesbilag 8, der det i 1.3.4 heter:

2. Utsetting av arbeid og entrepriselignende ordninger

Så tidlig som mulig, og før bedriften inngår avtale med underleverandør om utsetting av arbeid, skal behov og omfang drøftes med de tillitsvalgte, jf. Hovedavtalen § 9-3 - 9-6. (Industriooverenskomsten 2022 – 2024)

Her ser vi at det ligger drøftingsplikt både i AML og Hovedavtalene.

Drøfting

I Hovedavtalen LO / NHO 1994 fikk samarbeidsbestemmelsene i kapittel 9 sin nåværende form.

Begrepene samarbeid, samarbeid, forhandle, drøfte, konsultere og så tidlig som mulig går igjen i en rekke bestemmelser i Hovedavtalene. De er ikke definert og har ikke noe entydig innhold.

Vi skal her ta for oss det sentrale begrepet: «drøfte/konferere».

Begrepene drøfte og konferere betyr det samme og innebærer at det skal skje en meningsutveksling, hvor begge parter kan gi uttrykk for sitt syn og argumentere for det.

Når en sak skal drøftes, vil drøftingsplikten og så omfatte en informasjonsplikt. Det legges til grunn at drøftingsbestemmelsene bygger på at det skal være reelle og informerte drøftelser. Arbeidsgiveren må derfor sørge for at de tillitsvalgte har informasjonen de trenger for å kunne forberede seg og drøfte på et forsvarlig grunnlag.

De tillitsvalgtes arbeid

I spørsmålene om innleie eller bortsetting av arbeid har de tillitsvalgte en helt sentral rolle i å være med på å forvalte lov- og avtaleverket.

I lys av det som er skrevet foran er det å ha oversikt over de forskjellige ansettelses- eller tilknytningsformene for arbeidskraft i bedriftene.

Noen sentrale spørsmål:

Er det nok fast ansatte i bedriften til å dekke opp for det faste og varige behovet for arbeidskraft i bedriftens kjerneområde?

Er grunnbemanningen i bedriften stor nok til å dekke dette?

Er eventuelt bortsatt arbeid noe som ligger innenfor bedriftens kjerneområde?

Disse tre spørsmålene er i ramma for det som skal drøftes i møter etter kapittel 9 i Hovedavtalen og kapittel 8 i Arbeidsmiljøloven. Som det fremgår tidligere i teksten er drøfting om bemanning i bedriften en sentral oppgave for klubbtiltillitsvalgte. Dette er hjemlet i både lov- og avtaleverk. En viktig møteplass for dette er møter i henhold til Hovedavtalen LO – NHO § 9 – 3.

Fellesforbundet oppfordrer tillitsvalgte til å bruke denne bestemmelsen og be om møte en gang i måneden og at bemanningsspørsmål alltid står på dagsorden.

Husk å skrive protokoller fra alle møter.

Ta kontakt med den lokale avdelingen for råd og bistand.

Hva gjør vi hvis vi mener at bedriften bryter Hovedavtalene og arbeidsmiljøloven?

Hvis bedriften ikke vil drøfte eller ikke gir nok informasjon til tillitsvalgte sånn at drøftinger ikke blir reelle og beslutninger blir tatt, og iverksatt, uten at de tillitsvalgte får framføre sitt syn krever vi møte etter HA § 2-3, (§ 3-3 i Virkeavtalen) og opprette tvistesak.

Drøftinger etter kapittel 9 skjer for det meste på et område der arbeidsgiveren har avgjørelsesmyndigheten gjennom styringsretten. Dersom drøftingene ikke fører til enighet, kan arbeidsgiver følge sin oppfatning, og de tillitsvalgte kan normalt ikke gjøre noe med det, så lenge arbeidsgivers avgjørelse ligger innenfor rammene av styringsretten og lov- og avtaleverket.

Hvis vi mener at bedriften har leid inn arbeidskraft kan en fagforening gå til søksmål for å få fastslått om innleien er ulovlig. Dette kan de etter § 17-1, femte ledd:

Fagforening som har medlemmer i en virksomhet som har leid inn arbeidstaker fra bemanningsforetak, jf. § 14-12, kan reise søksmål i eget navn om lovligheten av slik innleie. I tilknytning til slik sak vil begge parter ha rett til å kreve forhandlinger i tråd med reglene i § 17-3.

Merk at bestemmelsen omfatter kun fastsettelsessøksmål om lovligheten av innleie; ikke søksmål om fast ansettelse/erstatning for innleide.

Det siste må den enkelte som er ulovlig innleid gå til innleiebedriften å kreve fast ansettelse.

Noen hovedmomenter i tillitsvalgtes arbeid:

- Sette seg inn i lov- og avtaleverket gjennom kurs og skolering
- Ha oversikt over ansettelsesforholdene i bedriften
- Bruke Hovedavtalenes bestemmelser om informasjon, samarbeid og drøfting for å opprette en møteplass med bedriften
- Organisere flest mulig av arbeidstakerne i bedriften
- Avholde medlemsmøter og informere medlemmene
- Ha god kontakt med avdelingen og informere den om hva som skjer

Grunnbemanningslæren - trygghet for arbeidstakeren

Tanken bak grunnbemanningslæren er at dersom det foreligger et mer eller mindre konstant arbeidskraftsbehov i virksomheten, skal dette behovet dekkes med en større grunnbemanning av faste ansatte, fremfor å benytte vikarer.

10.09.2020 Sist oppdatert 10.09.2020 LO-ADVOKATENE

Er du medlem av LO-advokatenes Facebook-gruppe? Takk for at du deler innlegg og inviterer dine Facebook-venner til gruppa!

Ulovfestet rett

Grunnbemanningslæren er utviklet i rettspraksis, og bygger fortsatt på ulovfestet rett. Læren er også kalt «Statfjord-læren», på bakgrunn av høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 1989 s. 1116, hvor Høyesterett for første gang formulerte normen og ga sin tilslutning til læren.

Forutsigbarhet på arbeidsplassen

I tilfeller hvor grunnbemanningen er for lav, har arbeidstaker, på nærmere angitte vilkår, krav på fast ansettelse. På denne bakgrunn innebærer læren en trygghet for arbeidstakeren, samtidig som den representerer en forutsetning for et mer forutberegnelig arbeidsforhold.

Det er imidlertid fortsatt uavklarte spørsmål knyttet til de skjønnsmessige kriteriene for anvendelsen av læren. I det følgende vil det bli foretatt en generell redegjørelse av lærens nærmere innhold, med sikte på å klargjøre grensene for dens anvendelsesområde.

Lærens innhold og rettslige grunnlag

Grunnbemanningslæren har sitt opphav i tre høyesterettsavgjørelser; Rt. 1989 s. 1116 («Statfjord»), Rt. 2006 s. 1158 («Ambulansedommen») og Rt. 2009 s. 578 («Sykehuset Innlandet»).

Samlet gir disse avgjørelsene opphav til tre kriterier for anvendelsen av læren, som grunnlag for krav om fast ansettelse.

Vilkår:

1. Det må foreligge et fast og varig behov for vikariater i virksomheten.
2. Det må foreligge tilstrekkelig tilknytning mellom arbeidstakeren som krever fast ansettelse og den aktuelle virksomheten.
3. Det må kunne skje en økning av grunnbemanningen uten vesentlig ulempe for virksomheten.

Vilkårene må være oppfylt

Disse vilkårene er kumulative, hvilket innebærer at alle tre vilkårene må være oppfylt for at læren skal komme til anvendelse. Rettsvirkningen av at den ulovfestede læren kommer til anvendelse, er at den midlertidige arbeidstakeren blir fast ansatt.

Hovedregelen er fast ansettelse

Det finnes også andre kilder som støtter opp om og gir berettigelse til grunnbemanningslæren. Blant annet er læren og dens innhold godt i samsvar med arbeidsmiljøloven (aml.) sitt formål, se lovens § 1-1 bokstav b, hvor det fremgår at formålet er «å sikre trygge ansettelsesforhold».

Dette formålet vil best kunne oppnås ved at arbeidstakeren gis fast ansettelse, som sikrer forutberegnelighet knyttet til både arbeidstid og arbeidsomfang, samtidig som arbeidstakeren gis særskilte rettigheter ved opphør av arbeidsforholdet. Videre må læren ses i sammenheng med hovedregelen om at ansettelsesforhold skal være faste, jf. aml. § 14-9 (1).

Læren kan også forankres i arbeidsmiljølovens vikarbegrep, sammenholdt med forarbeidsuttalelser hvor det forutsettes at arbeidsgiver ikke kan benytte vikarer for å dekke et varig arbeidskraftsbehov, se Ot. prp. nr. 50 (1993–94) s. 165 og Innst. O. nr. 2 (1994–95) s. 29. Det er følgelig en stor og innarbeidet dekning for grunnbemanningslæren.

Grunnbemanningslæren supplerer arbeidsmiljøloven

Læren eksisterer side om side med arbeidsmiljøloven, og gir et viktig supplement til de rettighetene loven gir arbeidstakerne. På denne bakgrunn kan grunnbemanningslæren medføre at det som i utgangspunktet er lovlig midlertidige ansettelser, jf. aml. § 14-9 (2), likevel vil være i strid med arbeidsmiljøloven, dersom vilkårene etter læren er til stede.

Bevisbyrden ved for lav grunnbemanning

Det sentrale vurderingstemaet for å avgjøre om læren kan gis anvendelse, er hvorvidt virksomheten opererer med en for lav grunnbemanning. Bevisbyrden tilfaller den som påberoper seg at den aktuelle midlertidige arbeidsavtalen er lovlig inngått, jf. Ambulansedommen avsnitt 37. Dette vil i praksis være arbeidsgiveren.

Bevisbyrden for krav om fast ansettelse

På den annen side er det generelt slik at arbeidstakeren vil være den som må gå til søksmål, og den som i generelt har bevisbyrden.

Virksomhetsbegrepet

Før det kan foretas en nærmere redegjørelse av de ulike kriteriene, er det av betydning å knytte noen bemerkninger til hvilket virksomhetsbegrep som skal legges til grunn ved vurderingen av om kriteriene er oppfylt i det aktuelle tilfellet.

Dette er sentralt da samtlige vilkår knyttes til virksomheten; det aktuelle er arbeidskraftsbehovet i virksomheten, arbeidstakers tilknytning til virksomheten og ulempene for virksomheten.

Som for øvrig i arbeidsretten, kan begrepet «virksomhet» ikke gis et fast og entydig innhold. Virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljøloven vil variere fra bestemmelse til bestemmelse, og det er lagt til grunn i rettspraksis at begrepet må tolkes konkret i forhold til den aktuelle regelens formål, se dommen i LB-1999-2678.

Hovedregel: Virksomheten er lik arbeidsgiver

Som en hovedregel kan det legges til grunn at virksomhetsbegrepet sammenfaller med det rettssubjektet som er arbeidsgiver, jf. NOU 2004: 5 pkt. 10.4.1.

Utgangspunktet for vurderingen må tas i den aktuelle arbeidstakerens ansettelsesavtale. Det vil i denne sammenheng være relevant å se hen til hvem arbeidstaker har inngått avtale med, og ordlyden i avtalen. Et annet moment er hvorvidt arbeidstakerens kvalifikasjoner medfører begrensninger i hvilken virksomhet arbeidstakeren kan sies å ha inngått avtale med, se til illustrasjon dommen i LE-2014-150547 (må ha tilgang til Lovdata Pro).

Kan begrenses til konkret arbeidsplass i en større bedrift

Et annet moment er arbeidets art. Dette kan tilsi et særskilt behov for at arbeidstakerne kjenner kundene/klientene/beboerne/brukerne og rutinene på arbeidsstedet, med den konsekvens at virksomheten må begrenses til den konkrete arbeidsplassen.

Til slutt kan det nevnes hvilke organisatoriske og praktiske utfordringer som kan oppstå ved å knytte vikarordningen/tilkallingsordningen til et større område, se Ambulansedommen avsnitt 41 og dommen i LB-2013-51199.

Virksomheten kan være både videre og snevrere

Selv om utgangspunktet må være den juridiske enheten, kan virksomheten være videre eller snevrere enn dette, jf. blant annet Rt. 1998 s. 1357.

Statfjorddommen og Sykehuset Innlandet-dommen kan tas til inntekt for at virksomheten må innsnevres til den enkelte arbeidsplass. I førstnevnte avgjørelse ble grunnbemanningen vurdert ut fra gruppen av servicearbeidere på Statfjordfeltet, og ikke på øvrige felt. I Sykehuset Innlandet-dommen var det tale om flere avdelinger og enheter.

Virksomheten i det konkrete tilfellet utgjorde imidlertid kun de fire avdelingene hvor arbeidstakeren hadde arbeidet. I de to sistnevnte avgjørelsene var virksomhetsområdet ikke problematisert, og de nevnes derfor kun som eksempler på tilfeller hvor virksomhetsområdet var innskrenket.

Bredden av virksomhetsbegrepet

For å illustrere bredden i virksomhetsbegrepet, er det relevant å nevne dommen i LH-2011-97866. I avgjørelsen ble det lagt til grunn et vidt virksomhetsbegrep, ved at lagmannsretten kom til at samtlige 28 barnehager i Bodø kommune, og ikke bare de to barnehagene hvor arbeidstakeren hadde vært ansatt, utgjorde virksomheten. Andre eksempler på avgjørelser hvor det ble anlagt et vidt virksomhetsbegrep er dommene i LE-2014-150547 og LF-2012-16761.

Ingen absolutte minstekrav

Det fremgår ikke av rettspraksis at det er absolutte minstekrav til virksomhetens størrelse ved grunnbemanningslæren. Generelt må det imidlertid kreves at virksomheten, for å omfattes av virksomhetsbegrepet, må ha en viss grad av organisasjon og varighet og ikke være helt ubetydelig.

Grunnbemanningslæren har sitt primære nedslagsfelt der vikarbehovet er begrunnet i fraværet til en større gruppe ansatte.

Kriteriene for anvendelse av læren

Den nevnte rettspraksisen gir opphav til tre kumulative kriterier som alle må være oppfylt for at grunnbemanningslæren skal gi grunnlag for krav om fast ansettelse. Kriterienes nærmere innhold vil bli gjennomgått i det følgende.

Vilkår 1: Fast og stabilt arbeidskraftsbehov

For det første må det foreligge et stabilt, varig og påregnelig behov for vikarer i virksomheten, jf. Ambulansedommen avsnitt 39. I tillegg til dette må den aktuelle ansatte ha fylt hele eller deler av dette behovet. For å vurdere om et slikt fast vikarbehov foreligger, må det foretas en totalvurdering, hvor en rekke momenter inngår.

Årsverk og kvalifikasjoner

Utgangspunktet for vurderingen tas i antallet ansatte det kan vikarieres for, jf. Sykehuset Innlandet-dommen avsnitt 49. For å avgjøre hvilke årsverk som er relevante, må det ses hen til arbeidstakerens kvalifikasjoner; hvilke vakter er den aktuelle arbeidstakeren kvalifisert til å påta seg?

Det er dette antallet, og ikke kun de årsverkene arbeidstakeren faktisk har vikariert for, som må legges til grunn og tas i betraktning ved den helhetsvurderingen som skal foretas.

Det antallet årsverk man kommer frem til, må videre vurderes opp mot sykefraværet i virksomheten. Også annet fravær vil være relevant for vurderingen.

Vedvarende fravær

Årsaken til fraværet er imidlertid uten betydning. Det avgjørende er om fraværet er fordelt jevnt utover året. I rettspraksis, se blant annet 20-042193TVI-OTIR/04, er det antatt at vikarbehovet normalt vil øke proporsjonalt med virksomhetens størrelse. Mange ansatte vil gjøre omfanget av det samlede fraværet mindre avhengig av enkeltpersoner, og ofte fremstå som stabilt og påregnelig, slik tilfellet var både i Statfjordfelt- og Ambulansedommen.

Arbeidsmengde og bruken av tilkallingsvikar

Et annet moment i vurderingen vil være den faktiske bruken av tilkallingsvikarer, og konkret den aktuelle vikarens arbeidsmengde. Omfanget av arbeidskraft som blir hentet inn for å dekke fraværet, kan indikere og underbygge at det er tale om et fast og stabilt vikarbehov i virksomheten. Dette momentet er etter forarbeidene ansett for å være av særlig betydning ved vurderingen av dette vilkåret, se Prop. 104 L (2009-2010) s. 5.

Selve arbeidstakerens arbeidsmengde

Når det konkret gjelder arbeidstakerens arbeidsmengde, må det ses hen til antallet timer arbeidstakeren har arbeidet og tidsrommet for arbeidets utførelse. Disse tallene vil gi opphav til en stillingsprosent, som kan være med på å forsterke oppfyllelsen av vilkåret.

Vikar fylte permanent behov

I 20-042193TVI-OTIR/04 hadde arbeidstakeren i løpet av 11 måneder arbeidet 1218 timer. Dette tilsvarte 72 % av en fast stilling, og ble av retten karakterisert som «svært mange timer over et relativt kort tidsrom».

Dette ble ansett som en «sterk indikasjon» på at arbeidstakeren, ved å være tilkallingsvikar, fylte et «permanent behov for arbeidskraft» i virksomheten.

Totalt timeantall for faste og midlertidige ansatte

I tillegg vil det være av betydning hvorvidt, og i hvilken grad, det øvrige arbeidskraftsbehovet blir dekket av andre vikarer i virksomheten. I denne sammenheng vil det totale timeantallet merarbeid, medregna både arbeid utført av faste ansatte (deltid eller fulltid) og midlertidig ansatte, kunne være en indikasjon på et utstrakt behov for arbeidskraft.

Merarbeid utført av faste ansatte

Ved vurderingen av grunnbemanningslæren vil det følgelig til en viss grad også kunne hensyntas merarbeid utført av faste ansatte.

Kostnadene for bruk av vikar

Utgifter i forbindelse med vikarer er også trukket frem som et moment i rettspraksis. Det vil her være relevant å vurdere hvorvidt vikarkostnadene er stabile, jf. Ambulansedommen avsnitt 40. Dette kan synliggjøre bruken av arbeidskraft utover grunnbemanningen.

Avslutningsvis, knyttet til dette vilkåret, kan det nevnes at arbeidsgiver ikke ensidig kan sette rammer for arbeidsforholdet, og på den måten omgå både hensynene bak grunnbemanningslæren og arbeidsmiljølovens utgangspunkt om fast ansettelse.

Et eksempel på en slik omgåelse, som ble underkjent av retten, er tilfeller hvor arbeidsgiver forut for arbeidsavtaleinngåelsen gir arbeidstakeren opplysninger om at det kun dreier seg om et midlertidig og kortvarig ansettelsesforhold.

Vilkår 2: Tilknytningskravet

Det andre vilkåret innebærer et krav om at det må foreligge en tilstrekkelig fast tilknytning mellom den midlertidige ansatte og den aktuelle virksomheten. Hvorvidt vilkåret er oppfylt beror på en konkret vurdering hvor særlig to momenter er sentrale; den totale tiden vedkommende har vært ansatt, og dens arbeidsomfanget i dette tidsrommet.

Fristene på henholdsvis tre og fire år i aml. § 14-9 (7) er ikke retningsgivende for hva som kreves av ansettelsestid for å oppfylle tilknytningskravet. Disse fristene etablerer kun en yttergrense og er regler av mer formell og teknisk karakter, sammenlignet med den mer skjønnsbaserte grunnbemanningslæren.

Kortere ansettelsesperioder kan kvalifisere krav

Det er i praksis antatt at ansettelsesperioder langt kortere enn disse fristene, kan kvalifisere til oppfyllelse av vilkåret, jf. blant annet dommen i LE-2014-150547. Arbeidstakerens arbeidsomfang vil kunne påvirke hvilke krav som stilles til tidsperioden. Denne påvirkningen er gjerne relativ, i den forstand at jo større arbeidsomfanget er, jo mindre krav stilles til den aktuelle tidsperioden.

Lærlingsperiode kan ha innvirkning

Situasjonen kan være den at arbeidstakeren forut for den midlertidige ansettelsen, har vært lærling i den aktuelle bedriften. Det er i rettspraksis lagt til grunn at en slik lærlingsperiode kan tillegges «en viss – dog noe begrenset – betydning», se 20-042193TVI-OTIR/04. Lærlingsperioden kan altså ikke alene være utslagsgivende, men kan være med på å forsterke arbeidstakerens tilknytning til virksomheten.

Generell adgang til midlertidig ansettelse i 2015

I 2015 ble det innført en generell adgang til midlertidig ansettelse i 12 måneder, se aml. § 14-9 (2) bokstav f. Denne bestemmelsen ble tatt ut ved lovendring 01.07.2022. (Min kommentar)

Bestemmelsen var gjenstand for stor politisk debatt, og det er stilt spørsmål ved bestemmelsens betydning for vurderingen av tilknytningskravet. Det er imidlertid ikke funnet rettskildemessig grunnlag, verken i forarbeidene, rettspraksis eller i reelle hensyn, for ikke å anvende grunnbemanningslæren i tilfeller hvor det aktuelle vikariatet er kortere enn 12 måneder.

I 2015 var grunnbemanningslæren godt innarbeidet i norsk rett, og dersom bestemmelsen var ment å begrense anvendelsesområdet for grunnbemanningslæren, må det kreves at dette hadde kommet klart frem fra lovgivers side. Også det forhold at grunnbemanningslæren har en annen rettslig begrunnelse og regulerer noe annet enn det de alternative hjemlene i aml. § 14-9 (2) gjør, forsterker det standpunktet at bokstav f ikke innebærer begrensninger i grunnbemanningslærens anvendelsesområde.

Vilkår 3: Vesentlig ulempe for bedriften

Et siste vilkår er at faste stillinger ikke vil være til vesentlig ulempe for bedriften. Det at ulempene må være «vesentlige» for å hindre anvendelse av grunnbemanningslæren, innebærer et kvalifiseringskrav. Ikke enhver ulempe kan anføres fra arbeidsgivers side som begrunnelse for ikke å øke grunnbemanningen i virksomheten.

Økonomi og budsjett er ikke avgjørende

Ved vurderingen må det, som et utgangspunkt, i stor grad bygges på arbeidsgivers skjønn. Dette gjelder både hvordan arbeidet skal organiseres og hvordan arbeidstakerne skal benyttes for å oppnå en administrativ og økonomisk fornuftig og effektiv tjeneste. Det er i rettspraksis imidlertid lagt til grunn at virksomhetens økonomi og budsjetter ikke er avgjørende, se dommen i LE-2014-150547.

Turnus og døgnskategorisk virksomhet

Det som i denne vurderingen særlig må hensyntas, er aktuelle særegenheter ved virksomheten. Eksempler på slike særegenheter kan være spesielle arbeidsforhold som turnusarbeid og bedrifter som opererer med døgnskategorisk virksomhet.

I slike virksomheter må arbeidsgivers skjønn tillegges særlig vekt, likevel slik at det også her må kunne oppstilles begrensninger. Som fremhevet i Sykehuset Innlandet-dommen, innebærer dette at virksomhetsrelaterte praktiske innvendinger kan påvirke lovligheten av den aktuelle vikarbruken.

Unngå overtallighet

For øvrig må andre praktiske vanskeligheter ved faste ansettelser vurderes opp mot det arbeidskraftsbehovet som foreligger. Et ytterligere moment er om fast ansettelse vil medføre overtallighet i virksomheten.

I enkelte avgjørelser har det fra arbeidsgivers side blitt vist til at det er foretatt omfattende og målrettet arbeid i forsøk på å redusere midlertidigheten. Dette er fra rettens side avvist som relevant for vurderingen, se blant annet dommene i LB-2017-80601 og LE-2014-150547.

Vurderingen må ha konkrete og reelle virkninger

Et minstekrav for å i det heletatt ta slikt arbeid i betraktning, er at arbeidsgiver utviser gjennomføringsevne. Begrunnelsen bak denne konklusjonen er at slikt arbeid nettopp er målsettinger, og dersom arbeidet ikke har medført konkrete og reelle virkninger, kan det ikke tillegges betydning ved vurderingen. Konsekvensen er følgelig at slikt målrettet arbeid ikke hindrer arbeidstakeren i å få rett til fast stilling på grunnlag av grunnbemanningslæren.

Stillingsgraden og virkningstidspunktet

Dersom vilkårene etter grunnbemanningslæren er oppfylt, er ikke dette ensbetydende med at arbeidstakeren har krav på 100 % stilling. En fast ansettelse kan innebære ulike stillingsgrader, og denne vil bestemmes av retten ut fra et gjennomsnitt av hvor stor stilling arbeidstakeren har arbeidet. Ved vurderingen av stillingsstørrelsen vil hele ansettelsesperioden, og ikke bare den siste delen av den, være avgjørende.

Virkningstidspunktet for ansettelsen regnes fra tidspunktet da kravet ble gjort gjeldende. Som begrunnelse for at det er kravtidspunktet som er det relevante tidspunktet, er både verne- og gjenopprettelseshensyn fremhevet.

Arbeidstakerens krav på erstatning

Avslutningsvis nevnes at en arbeidstaker som ulovlig har vært ansatt i en midlertidig stilling, kan kreve erstatning etter reglene i arbeidsmiljøloven § 15-12 (2), jf. aml. § 14-11 (2).

Både økonomisk og ikke-økonomisk tap kan kreves erstattet etter bestemmelsen. Ved fastsettelsen av beløpet må det hensyntas hvorvidt, og i hvilken grad, arbeidstakeren har overholdt tapsbegrensningsplikten.

2021–2022 Prop. 131 L 69 Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak)

I

I lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. gjøres følgende endringer:

§ 14-12 første ledd skal lyde:

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

§ 14-12 fjerde ledd skal lyde:

Arbeidstaker som har vært sammenhengende innleid etter denne paragraf i mer enn tre år, har rett til fast ansettelse hos innleier slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse. Ved beregningen skal det ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær.

§ 14-12 nytt femte ledd skal lyde:

Ved vurderingen av om en oppdragsavtale mellom to virksomheter innebærer innleie, skal det særlig legges vekt på om oppdragsgiver har ledelsen av arbeidet og ansvar for resultatet. Andre relevante forhold er blant annet om det i hovedsak skal leveres arbeidskraft, om arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet, om arbeidet dekker et vedvarende arbeidskraftbehov hos oppdragsgiver og om arbeidet skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet.

§ 14-12 nåværende femte ledd blir sjette ledd.

§ 14-12 nytt sjuende ledd skal lyde:

Departementet kan i forskrift gi regler om tidsbegrenset innleie av helsepersonell for å sikre forsvarlig drift av helse- og omsorgstjenesten, og om tidsbegrenset innleie av spesialkompetanse, som avviker fra bestemmelsen i første ledd.

§ 14-13 nytt femte ledd skal lyde:

§ 14-12 femte ledd gjelder tilsvarende.

§ 18-6 første ledd skal lyde:

Arbeidstilsynet gir de pålegg og treffer de enkeltvedtak ellers som er nødvendig for gjennomføringen av bestemmelsene i og i medhold av § 1-7, kapittel 2, § 2 A-6, kapittel 3 til kapittel 11, samt §§ 14-1 a, 14-5 til 14-8, § 14-9 andre ledd andre punktum, § 14-12 første, tredje, sjette og sjuende ledd, § 14-12 a første ledd, § 14-12 b første ledd, § 14-15 andre og sjette ledd og §§ 15-2, 15-15, 18-5 og 18-8. Dette gjelder likevel ikke § 10-2 andre til fjerde ledd og § 10-6 tiende ledd.

II

I lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester gjøres følgende endringer:

§ 25 andre ledd skal lyde:

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

vurderingen av om det foreligger utleie, gjelder arbeidsmiljøloven § 14-12 femte ledd tilsvarende.

§ 27 andre ledd skal lyde:

Departementet kan i forskrift fastsette nærmere regler om melding, rapportering, tilsyn, organisering, drift og godkjenning av utleievirksomheten. Departementet kan i forskrift fastsette vilkår for innleie av arbeidstaker fra utleievirksomhet og for tilsyn med slik innleie. Arbeidstilsynet kan gi de pålegg og treffe de enkeltvedtak ellers som er nødvendige for gjennomføringen av bestemmelser gitt i medhold av første og andre punktum. Arbeidsmiljøloven kapittel 18 får tilsvarende anvendelse.

15 Merknader til de enkelte bestemmelsene

15.1 Merknader til endringer i arbeidsmiljøloven

Til § 14-12 første ledd

Bestemmelsens første punktum endres ved at henvisningen til § 14-9 andre ledd bokstav a fjernes. Endringen innebærer at det ikke lenger vil være adgang til å leie inn arbeidstakere fra bemanningsforetak med begrunnelse i at «arbeidet er av midlertidig karakter». Innleie fra bemanningsforetak vil kun være lovlig ved reelle vikariater, praksisarbeid, arbeid i forbindelse med idrett, ved arbeidsmarkedstiltak og ved avtale med de tillitsvalgte etter § 14-12 andre ledd.

Bestemmelsens andre punktum oppheves. Ifølge bestemmelsen skulle innleier på forespørsel fra bemanningsforetaket opplyse om innleien gjelder et vikariat.

Bestemmelsen har ingen praktisk betydning. Det vises til omtale i kapittel 10 i proposisjonen.

Til § 14-12 fjerde ledd

Første punktum i bestemmelsen endres ved at henvisningen til § 14-9 sjuende ledd om 3- og 4- årsregelen ved midlertidig ansettelse erstattes av en direkte regulering av innleid arbeidstakers rett til fast ansettelse hos innleier etter en viss tid. Det er også gjort en endring ved at innleid arbeidstakers rett til fast ansettelse hos innleier utvides til også å gjelde ved innleie etter avtale med tillitsvalgte, jf. § 14-12 andre ledd. Bestemmelsen gir innleid arbeidstaker rett til fast ansettelse hos innleier etter tre år uavhengig av grunnlaget for innleien. Bestemmelsen skal for øvrig forstås på samme måte som før endringen.

I andre punktum er det presisert at det ikke skal gjøres fradrag for arbeidstakers fravær. Dette tilsvarende gjeldende rett, jf. Prop. 74 L (2011–2012) punkt 16.3.

Innleie som har vært hjemlet i § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 andre ledd bokstav a, vil fortsatt inngå i beregningsgrunnlaget som danner rett til fast ansettelse.

Til § 14-12 nytt femte ledd

Bestemmelsen er ny og oppstiller momenter som taler for at en oppdragsavtale mellom to virksomheter innebærer innleie av arbeidstakere. Bestemmelsen har til hensikt å lovfeste og tydeliggjøre grensen mot entreprise. Momentene er ment å inngå i en helhetsvurdering og må ses i sammenheng. Momentene er ikke kumulative, og deres relevans og vekt vil variere etter hvordan oppdragsforholdet er organisert. Det er de reelle forholdene som er avgjørende, ikke om oppdragsforholdet formelt klassifiseres som innleie eller entreprise. Bestemmelsen gir heller ikke en uttømmende oversikt over relevante momenter.

De to mest sentrale momentene for å avgjøre om en oppdragsavtale innebærer innleie av arbeidstakere fremgår av bestemmelsens første punktum. Det skal særlig legges vekt på hvem som utøver arbeidsledelsen og har ansvar for arbeidsresultatet.

Disse momentene innebærer en lovfesting av gjeldende rett, og må derfor tolkes i lys av gjeldende forarbeider og rettspraksis. Det vil tale sterkt for at det foreligger innleie hvis det er oppdragsgiver som utøver arbeidsledelsen og har ansvar for arbeidsresultatet. Dersom det derimot er oppdragstaker som har arbeidsledelsen og står ansvarlig for arbeidsresultatet, vil det trekke i retning av entreprise. Ved kontrakter om tjenestekjøp må det foretas en vurdering av om momentene i forslagets andre punktum likevel tilsier at oppdragsforholdet må klassifiseres som innleie.

Dersom alle momentene i bestemmelsens andre punktum er oppfylt, taler det for at kontrakten bør klassifiseres som innleie, også i de tilfeller oppdragstaker har ansvar for arbeidsledelsen og/ eller arbeidsresultatet.

Momentene i bestemmelsens andre punktum vil være av særlig betydning for å avklare om oppdragsavtalen utfordrer lovens formål om trygge ansettelsesforhold på en slik måte at den omfattes av de strengere reglene om innleie. Momentene vil være særlig relevante ved avgrensning mot entrepriser om levering av (løpende) tjenester, hvor arbeidskraft gjerne er det bærende elementet i leveransen.

At arbeidskraft utgjør hovedelementet i leveransen vil trekke klart i retning av at det foreligger innleie. Ved innleie er levering av bemanning og arbeidskraften det sentrale. Dette i motsetning til entreprise, hvor entreprenøren skal levere en resultatforpliktelse. Ved kontrakter om tjenestekjøp må oppdragsforholdet inneholde tydelige elementer av at det foreligger en resultatforpliktelse og at det skal leveres noe mer enn arbeidskraft og den kompetansen arbeidstakerne besitter, for at oppdragsforholdet likevel skal anses som en entreprise.

At arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet, for eksempel ved at arbeidet utføres i oppdragsgivers lokaler, ved hjelp av oppdragsgivers utstyr og/eller side om side med oppdragsgivers egne ansatte, taler for at det foreligger innleie. Hvor arbeidet utføres vil likevel ikke være avgjørende, men vil kunne ha betydning i tvilstilfeller dersom oppdragsforholdet utfordrer lovens formål om trygge ansettelsesforhold.

Det vil også tale for at det foreligger innleie dersom arbeidet er ment å dekke et vedvarende arbeidskraftbehov hos oppdragsgiver. At arbeidskraftbehovet er vedvarende betyr at oppdragsgiver har et permanent eller tidsubegrenset behov for at arbeidet utføres, i motsetning til et midlertidig eller tidsavgrenset behov. Det er oppdragsgivers arbeidskraftbehov som må vurderes, ikke om avtalen i seg selv er tidsbegrenset.

At arbeidet skjer innenfor oppdragsgivers kjerne- eller hovedaktivitet vil også trekke i retning av at det foreligger innleie. For private virksomheter vil kjerne- eller hovedaktiviteten som regel være det virksomheten tjener penger på.

For offentlige virksomheter kan det være relevant å se hen til hvilken aktivitet som oppfyller samfunnsoppdraget.

Dersom alle momentene i bestemmelsens andre punktum er oppfylt, vil det trekke klart i retning av at kontrakten må klassifiseres som innleie.

Det vises for øvrig til nærmere omtale av de ulike momentenes relevans og vekt i punkt 8.5.

Til § 14-12 nytt sjette ledd

Som følge av ny bestemmelse i § 14-12 femte ledd, blir tidligere femte ledd nytt sjette ledd.

Til § 14-12 nytt sjuende ledd

Nytt sjuende ledd gir departementet hjemmel til å fastsette unntak og gi særregler om tidsbegrenset innleie av helsepersonell for å sikre forsvarlig drift av helse- og omsorgstjenesten, og om tidsbegrenset innleie av spesialkompetanse, som avviker fra reglene for innleie som følger av § 14-12 første ledd. Bestemmelsen er ment å åpne for en snever unntaksadgang, og innebærer at det på disse områdene og i avgrensede tilfeller kan åpnes for innleie i noe flere situasjoner enn det som vil følge av § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 andre ledd bokstav b til e.

Unntak og særregulering for innleie av helsepersonell må knytte seg til behovet for å sikre forsvarlig drift. Forskriftshjemmelen omfatter innleie til spesialisthelsetjenesten og kommunale helse og omsorgstjenester, samt til private helse- og omsorgstjenester.

Med «spesialkompetanse» menes faglig ekspertise og spisskompetanse som det ikke kan forventes at virksomheten selv besitter. Det vises til nærmere omtale i punkt 6.4.4.

Til § 14-13 nytt femte ledd

Bestemmelsen er ny og fastslår at momentene som fremgår av § 14-12 femte ledd om avgrensningen mot entreprise også er relevante ved vurderingen av om det foreligger innleie av arbeidstakere fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie.

Til § 18-6 første ledd

Bestemmelsen endres ved at det inntas en henvisning til § 14-12 sjette og sjuende ledd. Endringen innebærer at påleggskompetansen til Arbeidstilsynet også skal omfatte forskrifter gitt i medhold av § 14-12 sjette og sjuende ledd. Endringen vil åpne for bruk av Arbeidstilsynets alminnelige reaksjonsmidler ved brudd på bestemmelser gitt i slike forskrifter. I forslaget til endring i § 18-6 er det tatt hensyn til endring i bestemmelsen som ble vedtatt i mars 2022 og trer i kraft 1. juli 2022, jf.

15.2 Merknader til endringer i arbeidsmarkedsloven

Til § 25 andre ledd

Bestemmelsen endres ved at det inntas et nytt andre punktum. Ved vurderingen av om det foreligger utleie skal det legges vekt på momentene som fremgår av arbeidsmiljøloven § 14-12 femte ledd. Bestemmelsen innebærer at det vil være samsvar mellom hva som anses som henholdsvis inn- og utleie.

Til § 27 andre ledd

Første punktum endres ved at «godkjenning» tilføyes listen over forhold departementet kan gi nærmere forskriftsregler om når det gjelder utleievirksomheter.

Endringen skjer som et ledd i forslaget om å innføre en godkjenningsordning for bemanningsforetak. Det gjøres i tillegg en språklig endring ved at begrepet «fastsette nærmere vilkår for» endres til «fastsette nærmere regler om».

Et nytt tredje punktum tas inn som gir Arbeidstilsynet hjemmel til å gi pålegg og treffe enkeltvedtak som er nødvendige for gjennomføringen av reglene som er fastsatt i medhold av første og andre punktum.

Et nytt fjerde punktum slår fast at arbeidsmiljøloven kapittel 18 får tilsvarende anvendelse. Endringen innebærer en utvidelse av Arbeidstilsynets kompetanse sammenlignet med i dag, ved at Arbeidstilsynet også gis hjemmel til å føre tilsyn med og sanksjonere mot brudd på plikten for bemanningsforetak til å være godkjent. Arbeidstilsynets reaksjonsmidler vil også omfatte overtredelsesgebyr.