

Vikarbyrådirektivet: Trollet som sprakk

KOMMENTAR TIL BERGENE, A.C. & EWING, K. (2015): «VIKARBYRÅDIREKTIVET: LIBERALISERING ELLER LIKEBEHANDLING?», I SØKELYS PÅ ARBEIDSLIVET, 32 (1-2): 137–157

Birthe Eriksen

Ph.d. i rettsvitenskap, Universitetslektor ved Norges Handelshøyskole

Birthe.Eriksen@nhh.no

Torstein Nesheim

Dr. oecon., organisasjonsfag, seniorforsker ved Samfunns- og næringslivsforskning

Torstein.Nesheim@snf.no

Implementeringen av vikarbyrådirektivet har ikke medført store endringer i norsk rett, slik Ann Cecilie Bergene og Keith D. Ewing påstår i artikkelen: «Vikarbyrådirektivet: Liberalisering eller likebehandling?» Innenfor rammene av direktivets skjønnsmyndighet har det enkelte EU/EØS-land sine unike implementeringsprosesser med utgangspunkt i nasjonale rettslige, kulturelle og historiske forhold. I Norge har disse faktorene blant annet gitt fagbevegelsen stor innflytelse på den politiske debatten, noe som har bidratt til å hindre en økt liberalisering av adgangen til å benytte innleide arbeidstakere. Så langt er det kun bestemmelsene som tar sikte på å styrke innleide arbeidstakeres rettsstilling som har blitt en del av norsk rett.

I sin artikkel analyserer Bergene og Ewing den historiske og regulatoriske bakgrunnen for, samt mulige virkninger av, implementeringen av vikarbyrådirektivet¹. Artikkelen tar for seg Norge og Storbritannia og konkluderer med at prinsippet om «labour is not a commodity» «nesten (ble) forlatt med implementeringen av vikarbyrådirektivet i 2013 gjennom en styrket legitimering av markedsutsetting av ansettelsesforhold» (side 137). Vi tar i denne kommentaren ikke stilling til om denne konklusjonen er gyldig for situasjonen i Storbritannia, da de historiske og rettskulturelle forutsetningene der er temmelig ulike sammenlignet med norske forhold. Vårt anliggende er at påstanden om legitimering av markedsutsetting er *høyst misvisende* for regulering av innleie/utleie knyttet til bemanningsforetak i Norge. Bergene og Ewing synes å *overse* eller *ikke forstå* hvordan direktivets intensjon om liberalisering faktisk har blitt håndtert i norsk sammenheng. Det skal ikke underslås at det er en rekke forhold som trekker i retning av markedsretting av arbeid og større press mot opparbeidete rettigheter i arbeidslivet også i Norge. Så langt er det imidlertid ikke grunnlag for å hevde at implementeringen av vikarbyrådirektivet har bidratt til dette.

I det følgende beskriver vi de ulike tilknytningsformene som eksisterer for arbeid og hvordan disse er regulert. Deretter behandles de to viktigste formålene med vikarbyrådirektivet; *liberalisering* av adgangen til å drive utleie/innleie og styrking av innleides *rettsvern*. Videre ses det nærmere på den politiske debatten om direktivet i Norge som skulle få betydelig innflytelse på implementeringsprosessen, samt på den konkrete innflytelse direktivet så langt har hatt på norsk rett. Avslutningsvis drøftes våre funn opp mot Bergenes og Ewings påstander.

Ulike tilknytningsformer for arbeid og regulering av disse i norsk rett

Med tilknytningsformer menes ulike måter en virksomhet kan knytte til seg arbeidskraft på. Det er vanlig å skille mellom fem former (Nesheim 2014): a) fast ansettelse i et topartsforhold, b) midlertidig ansettelse i et topartsforhold, c) innleie av arbeidskraft, d) uavhengige oppdragstakere og e) entrepriser, hvor en bedrift leverer innsatsvarer eller tjenester til virksomheten. Innleie av arbeidskraft er et tre-partsforhold, hvor arbeidstaker er ansatt hos virksomhet X, men stilles til disposisjon for virksomhet Y. Virksomhet Y organiserer og leder arbeidet. Innleie omfatter dermed en kontrakt mellom bedrifter (utleier og innleier) og en arbeidskontrakt (mellom arbeidstaker og utleier). Arbeidstaker kan være fast eller midlertidig ansatt i utleiebedriften. Vi kan skille mellom utleie fra bemanningsforetak (som vikarbyrådirektivet regulerer), utleie fra konsulentbedrifter (Rønning & Nesheim 2008; Nesheim & Vagstad 2013) og utleie fra produksjonsbedrifter.

De ulike tilknytningsformene for arbeid er forankret i en nasjonal kontekst. Lovverk, praktiseringen av dette og tilhørende etablerte normer og praksiser utgjør en del av de regulative, institusjonelle omgivelsene (jf. Scott 1995) for virksom-

hetene. Det er et viktig poeng at det meste av norsk arbeidsliv dekkes av det samme lovverket, noe som bidrar til en nasjonal standardisering av ulike former for bemanning². Lovverket bidrar til å definere og institusjonalisere de ulike formene, samtidig som det legges klare føringer på bruken av og omfanget av de ulike formene i virksomhetene. Som Nesheim (2002) peker på er Norge kjennetegnet av a) tydelige og juridisk definerte kategorier av tilknytningsformer og b) et lovverk som klart skiller seg fra mer liberale regimer som Storbritannia og USA når det gjelder vektlegging av det å fremme faste ansettelser i topartsrelasjoner. Samtidig vil EØS- og annet overnasjonalt regelverk kunne være førende for regulering i det enkelte land. Som det fremkommer i det følgende eksisterer det et viktig nasjonalt handlingsrom for å håndtere forholdet mellom vikarbyrådirektivet og norsk retts regulering av innleie/utleie av arbeidskraft.

Et tungtveiende hensyn bak arbeidsmiljøloven er ønsket om å fremme faste ansettelsesforhold (i to-partsrelasjoner). De to viktigste mekanismene for å sikre dette er omfattende begrensninger knyttet til terminering av faste ansettelsesforhold og begrensninger i adgangen til å benytte alternative tilknytningsformer for arbeid (Nesheim 2014).

Vikarbyrådirektivets to ansikter

Direktivet har to hovedintensjoner; det skal *både* bidra til liberalisering og være beskyttende for arbeidstakerne. Liberaliseringsformålet kommer til uttrykk i direktivets artikkel 4 nr. 1 hvor det fremkommer:

Forbud mot eller restriksjoner på bruk av vikararbeid skal begrunnes bare med allmenne hensyn, særlig vern av vikarer, krav til sikkerhet og helse på arbeidsplassen eller behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbruk.

Vi slutter oss til Bergene & Ewings (2015) beskrivelse av direktivets «liberaliseringsformål». Sentralt i deres anførsler er her «at det på nasjonalt nivå skal fjernes reguleringer som forhindrer vikarbyråene å operere» (s. 144) og at «forbud mot og restriksjoner på bruk av vikarbyrå skal fjernes med mindre å beholde dem kan begrunnes med allmenn interesse» (s.144). Bemanningsbransjens rolle i arbeidsmarkedet og medlemsstatenes ansvar for å tilse at urimelige hindringer og begrensninger ikke forekommer, er sågar understreket i en nylig avsagt dom i EU-domstolen³. Vårt viktigste ankepunkt mot artikkelen er imidlertid at en realisering av ovennevnte liberaliseringsformål *tas for gitt* i norsk sammenheng, uten at den forutgående debatten om, beslutninger og tolkning knyttet til denne intensjonen er berørt.

Bergene & Ewing (2015) bruker også mye plass på direktivets likebehandlingsformål som er forankret i direktivets artikkel 5 nr. 1 første ledd:

De grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkårene for vikarer skal så lenge oppdraget hos et brukerforetak varer, minst tilsvare de vilkår som ville gjelde dersom de hadde blitt ansatt direkte av vedkommende foretak for å utføre det samme arbeidet.

Det medfører riktighet, slik Bergene & Ewing (2015) anfører, at det ennå kan være usikkerhet knyttet til konsekvensene av disse reglene, ikke minst hvorvidt mekanismene som er ment å skulle håndheve dem, vil fungere *tilstrekkelig effektivt*. Problemet er imidlertid fortsatt at *effekten av disse reglene er diskutert i en sammenheng der liberaliseringen blir tatt for gitt*, altså hvor lovgiver implementerer direktivet uten å foreta nasjonale tilpasninger. Kombinasjonen av forutsetningen om at en reell liberalisering finner sted og usikkerhet knyttet til effekten av likebehandlingsreglene, leder til en isolert sett, logisk påstand om at det kan diskuteres hvorvidt direktivet «i det hele tatt motvirker den todelte prosessen i retning av å øke arbeidstakerens utsatthet samtidig som det sosiale sikkerhetsnettet svekkes» (side 147). Likebehandlingsprinsippet som innføres med direktivet, synes snarere å betraktes som en *legitimering* av utleievirksomhet, snarere enn som en positiv *styrking* av rettighetene til den presumptivt svakeste parten i utleieforhold som europeisk rett allerede anerkjenner som en viktig og akseptert virksomhet og del av det europeiske arbeidsmarkedet. Norske myndigheter anerkjenner også vikarbyråenes rolle i arbeidsmarkedet når det er et reelt behov for midlertidig arbeidskraft (Prop. 74 L (2011–2012): 45). Når premissene i så stor grad svikter, mangler imidlertid påstanden til Bergene & Ewing (2015) tilsvarende troverdighet.

Den norske debatten om direktivet

Debatten om vikarbyrådirektivet i Norge var intens. Spesielt var temperaturen høy innad i arbeiderbevegelsen, hvor Arbeiderpartiet (største parti i daværende koalisjonsregjering) var for, mens venstresiden sammen med en rekke fagforeninger var imot. For sistnevnte utgjorde direktivet en direkte trussel fordi man tok for gitt at det ville føre til liberalisering av innleiereglene. Selv likebehandlingsprinsippet kunne tas til inntekt for en legitimering av en virksomhet man ikke likte, slik fagforeningens syn på direktivet kom til uttrykk i høringsrunden (Prop. 74 L (2011–2012): 14). Regjeringen var imidlertid av den oppfatning at de eksisterende norske begrensingene på innleid arbeidskraft etter gjeldende rettstilstand var *forenlig* med direktivet. Debatten nådde sitt toppunkt vinteren 2012, med et vedtak i LO om at organisasjonen gikk mot direktivet (Aftenposten, 30.januar 2012). Partiene på høyresiden var på sin side generelt positive til direktivet fordi de mente det ga støtte til en liberalisering av arbeidsmarkedet som man var tilhenger av (Prop. 74 L (2011–2012): 14).

De ulike posisjonene overfor direktivet kan oppsummeres ved å ta utgangspunkt i to dimensjoner; hvorvidt man a) går inn for større adgang til innleie av

arbeidskraft og b) om man støtter direktivet eller ikke. Dette gir fire posisjoner som er skissert i figur 1 nedenfor. Vi ser at «venstresiden» bestående av LO/Arbeiderpartiet er enige i sin motstand mot liberalisering, men uenig i virkemidlene. Det daværende regjeringspartiet mente at man kunne videreføre regelverket om begrensninger i innleie av arbeidskraft (særlig § 14-12 i arbeidsmiljøloven), samtidig som direktivet ble innført. Høyresiden (H, Fr.p.) og NHO støttet liberalisering og var for implementering av direktivet. Den fjerde mulige posisjonen, hvor liberal adgang til innleie kombineres med motstand mot direktivet, kan finnes blant EU-skeptikere som legger vekt på minst mulig regulering av arbeids- og varemarkedene. Dette er var en posisjon som ikke hadde særlig støtte i norsk politikk.

Figur 1. Vikarbyrådirektivet: Fire posisjoner (2012)

		Syn på begrensninger på innleie av arbeidskraft	
		Bør begrenses	Bør liberaliseres
Syn på vikarbyrådirektivet	Mot	«Venstresiden» LO	EU-skeptikere på liberalistisk grunnlag
	For	AP	H FrP NHO

Implementeringen av direktivet i norsk rett

Implementeringsprosessen var preget av den politiske debatten og regjeringsskiftet som fant sted i 2013 fra den rødgrønne, arbeiderpartiledede regjeringen til den borgerlige regjeringen bestående av Høyre og Fremskrittspartiet. I prop. 74 L (2011–2012) tas det (på s. 7) klart utgangspunkt i at normen i norsk arbeidsliv om faste, direkte ansettelser skal videreføres, selv om det også anerkjennes at omfanget av arbeidsinnleie er økende. Det ble understreket at bemanningsbransjen både innebærer muligheter og usikkerhet for arbeidstakerne, herunder at bransjen

kan fungere som en vei inn i arbeidslivet, spesielt for arbeidssøkende som ellers har vanskelig for å få en fot innenfor. Forslaget som ble fremmet i proposisjonen omfattet implementering av likebehandlingsprinsippet, jfr. direktivets art. 5 nr. 1 (prp. forslag til § 14-12 a)) samt en rekke mekanismer som skal sikre håndheving av prinsippet. Departementet hadde opprinnelig fremmet forslag i høringsrunden om å innføre adgang til å gjøre unntak fra likebehandlingsprinsippet ved tariffavtale (forslag til ny § 14-12 a), et forslag de frafalt etter høringsrunden. I stedet ble det vedtatt en forskriftshjemmel som *kan* benyttes for slikt unntak senere.⁴

Fra liberaliseringskravet i artikkel 4 nr. 1 ble det imidlertid besluttet å gjøre unntak. Forslaget ble begrunnet med at Arbeidsdepartementet mente at vilkårene for innleie i arbeidsmiljøloven § 14-12 ga hjemmel for unntak på grunnlag av allmenne hensyn og at disse var proporsjonale i henhold til direktivets artikkel 4 nr. 1. De norske reglene ble ansett å gripe inn i adgangen til å leie inn arbeidskraft, men etter departementets syn, ikke lenger enn at de ikke er til hinder for å opprettholde formålet om at norsk rett skal ha *hovedvekt* på faste ansettelsesforhold og topartsrelasjoner (Prop. 74 L (2011–2012): 46). Departementets syn var således at det allerede var etablert passende rammer for innleie av arbeidskraft i Norge og at reguleringen kunne videreføres ved en gjennomføring av vikarbyrådirektivet i norsk rett. Det ble imidlertid tatt høyde for at EFTA-domstolen *kan* komme til å treffe avgjørelse om spørsmålet og at det derfor ikke kunne gis noen ubetinget garanti for at unntaket vil stå seg. Selv om det etter EU-retten er opp til nasjonale myndigheter å kontrollere og sikre at norsk rett er i samsvar med direktivet, vil det avgjørende være hvorvidt nevnte begrensninger er i samsvar med EU-rettens strenge rammebetingelser som tillater nasjonale begrensninger i regelverk innenfor de fire friheter⁵.

I tillegg til departementets understrekning av hensynene i favor av å benytte hjemmelen for å gjøre unntak fra liberaliseringsformålet i direktivets art. 4 nr. 1, fremkommer det ytterligere substansiell argumentasjon mot liberalisering i høringsnotatet om endringer i arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse og inn-/utleie fra bemanningsforetak fra juni 2014 (Arbeids- og sosialdepartementet 2014). Det er verdt å merke at notatet ble utarbeidet *etter* at prop. 74 L (2011–2012) forelå og under en regjering utgått fra Høyre og Fremskrittspartiet. Et spørsmål som drøftes er hvorvidt adgangen til innleie og adgangen til å benytte midlertidige ansettelser bør *sammenfalle*. Det uttales i høringsnotatet at en lik adgang til midlertidig ansettelse og innleie på den ene siden kan sikre en nøytral regulering. På den andre siden la forarbeidene til gjeldende regulering vekt på ønsket om et arbeidsmarked med flest mulig *faste ansettelser* der arbeidstakeren arbeider direkte for arbeidsgiveren. Årsaken er at topartsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er lagt til grunn for vår arbeidslivslovgivning og tariff- og forhandlingssystemer, som igjen er et sentralt og grunnleggende trekk ved det norske arbeidsmarkedet. Dersom en ønsker å ivareta topartsforholdene, bør

adgangen til innleie fra bemanningsforetak ikke utvides parallelt med adgangen til midlertidig ansettelse, men opprettholdes slik som det fungerer i dag. Departementet konkluderte dermed med at adgangen til innleie ikke burde utvides parallelt med adgangen til å benytte midlertidig ansettelse. Dersom adgangen utvides slik at innleie fra bemanningsforetak kan skje på generelt grunnlag, vil det kunne føre til hyppigere valg av innleie på bekostning av midlertidig ansettelse (s. 38). Konsekvensen av departementets syn var at adgangen til innleie fra bemanningsforetak ble videreført uendret, mens adgangen til å benytte midlertidige ansettelser ble utvidet. Koblingen mellom de to formene for midlertidig arbeidskraft som flere steder i forarbeidene blir omtalt som alternative, skiller således lag.

Endringene som ble gjort i arbeidsmiljøloven stadfester dette. Det ble innført en ny bokstav f) i § 14-9(1), der det fremgår at midlertidige ansettelser kan inngås «for en periode på inntil tolv måneder. Slike avtaler kan omfatte inntil 15 prosent av arbeidstakerne i virksomheten, avrundet oppover, likevel slik at det kan inngås avtale med minst én arbeidstaker». Sammenligningsvis ble det altså ikke gjort tilsvarende endringer i adgangen til å benytte innleie fra bemanningsbedriftene, jfr. § 14-12(1) hvor det spesifikt er gjort unntak fra § 14-9(1) bokstav f) for adgangen til innleie.

Avslutning

Norske myndigheter fant ved gjennomføringen av vikarbyrådirektivet (EU-direktiv 2008/104/EF om vikararbeid) i norsk rett i 2012 at gjeldende begrensninger på adgangen til innleie representerte en begrensning i henhold til direktivets krav og formål, men at restriksjonen kunne begrunnes i allmenne hensyn som var proporsjonale. Det ble således ikke gjennomført endringer i liberaliserende retning som ledd i implementeringen av vikarbyrådirektivet. Denne posisjonen ble senere stadfestet av den borgerlige regjeringen. Samtidig har likebehandlingsprinsippet formelt medført en styrking av innleide arbeidstakers rettsstilling, selv om det kan diskuteres hvorvidt mekanismene som skal sikre håndheving av prinsippet, vil vise seg å være tilstrekkelig effektive. Ansvar som påhviler den enkelte medlemsstat for å kontinuerlig evaluere egen etterlevelse av direktivet, er derfor betydelig. Det kan som nevnt heller ikke utelukkes at den restriktive implementeringen av direktivet i fremtiden kan bli funnet stridende mot direktivet.

Så langt trekker imidlertid summen av de gjennomførte endringene i norsk rett i motsatt retning av hva Bergene & Ewing (2015) påstår i sin artikkel. Implikasjonen av manglende liberalisering av adgangen til innleie, kombinert med likebehandlingsreglene, som trolig vil øke de samlede kostnadene for virksomhetene ved innleie, sammen med en utvidet adgang til direkte, midlertidige ansettelser, er at terskelen for innleie i realiteten har blitt *høyere*. Den samlede effekten av hvordan direktivet er implementert i norsk rett og den økte adgangen til midlertidige

ansettelser, vil dermed trolig snarere bidra til å svekke, fremfor å styrke, innleiealternativets «konkurransesevne».

Noter

- 1 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/104/EF om vikararbeid. I kraft for EFTA-landene den 1. januar 2013.
- 2 Se lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) som med enkelte unntak gjelder for enhver «virksomhet som sysselsetter arbeidstakere». Det viktigste unntaket er arbeidstakere som faller inn under lov av 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (Tjenestemannsloven) som gjelder for embetsmenn i statens tjeneste.
- 3 Se dom av EU-domstolen av 17. mars 2015 (case C-533/13) («AKT-saken») om tolkningen av vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1.
- 4 Se Forskrift av 6. juli 2015 nr. 874 om adgang til ved tariffavtale å fravike reglene om likebehandling ved utleie fra bemanningsforetak. Se også «Report from the commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the committee of the regions on the application by Member States of Directive 2008/104/EC on temporary agency work». Det fremkommer av rapporten at en rekke medlemsland, herunder Storbritannia, i motsetning til Norge, har valgt å benytte hjemmelen til å gjøre unntak fra likebehandlingsprinsippet, jfr. direktivets art. 5 nr. 2, 3 og 4.
- 5 Se dom av EU-domstolen av 17. mars 2015 (case C-533/13) («AKT-saken») om tolkningen av vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1.

Referanser

- Aftenposten.no (30. januar 2012). LO går enstemmig imot vikarbyrådirektivet.
- Arbeids- og sosialdepartementet (2014). *Høring om endringer i arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse og inn-/utleie fra bemanningsforetak*. Høringsnotat, juni.
- Bergene, A.C. & Ewing, K. (2015). Vikarbyrådirektivet: liberalisering eller likebehandling? *Søkelys på arbeidslivet*, 32 (1-2), 137–157.
- Official Journal of the European Union (2008). *Directive 2008/104/EC of The European Parliament and of the council of 19 November 2008 on temporary agency work*. Hentet fra <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0009:0014:EN:PDF>.
- Nesheim, T. (2002). National employment regimes and firms' staffing arrangements: Insights gained from comparing Norway as an 'idealtypical case' with the United States and the United Kingdom. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 18: 299–314.
- Nesheim, T. (2014). Tilknytningsformer for arbeid og organisatoriske grenser. I Mikkelsen A. & Laudal T. (red.). *Strategisk HRM*, 285–306. Oslo: Cappelen Damm Akademisk.

- Nesheim, T. & Vagstad, S. (2013). Konsulentkjøp og -bruk i statlige virksomheter. SNF/rapport 11/13. Bergen: Samfunns- og næringslivsforskning.
- Prop. 74 L (2011–2012). *Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv.)*. Oslo: Arbeidsdepartementet.
- Rønning A.R. & Nesheim, T. (2008). Arbeidstakerutfordringer i trepartsrelasjoner, *Søkelys på arbeidslivet*, 25 (2): 231–241.
- Scott, W. R. (1995). *Institutions and organizations*. Thousand Oaks, CA: Sage.