



Arbeids- og sosialdepartementet

Sendt elektronisk

Deres ref.: 21/2391-4

Dato: 1. november 2021

Vår ref.: 312508

## **Høring – NOU 2021: 9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv – Utredning om tilknytningsformer og virksomhetsorganisering**

### **1 INNLEDNING**

Advokatforeningens tillitsvalgte advokater utfører et omfattende frivillig og ulønnet arbeid for å ivareta rettsstaten, rettssikkerheten og menneskerettighetene. En del av dette arbeidet består i å utarbeide høringsuttalelser.

Advokatforeningens høringsarbeid er organisert i 27 lovutvalg og 13 faste utvalg, oppdelt etter særskilte rettsområder og rettslige interesseområder. Om lag hundre høringsuttalelser utarbeides av foreningens tillitsvalgte advokater hvert år.

Alle våre høringsuttalelser er forfattet av advokater med ekspertise innenfor det rettsområdet som lovforslaget gjelder. En ekspertise som ikke er hentet kun fra juridisk teori, men fra advokatenes praktiske erfaring med å bistå sine klienter – i den norske rettsstatens hverdag. Denne høringsuttalelsen er skrevet ut fra Advokatforeningens ønske om å bidra til gode lovgivningsprosesser, og gode lover.

### **2 SAKENS BAKGRUNN**

Vi viser til høringen til Arbeids- og sosialdepartementet, publisert den 24.6.2021, med høringsfrist den 1.11.2021.

Høringen gjelder NOU 2021: 9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv – Utredning om tilknytningsformer og virksomhetsorganisering. I høringsbrevet fremheves at utvalget blant annet har vurdert om rammeverket for ulike tilknytningsformer og for arbeidsgiveransvar er tilstrekkelig tydelig, hensiktsmessig og tilpassningsdyktig både for dagens og fremtidens arbeidsliv.

Denne høringen er i hovedsak utarbeidet av Advokatforeningens lovutvalg for arbeidsrett. Lovutvalget består av Tarjei Thorkildsen (leder), Martin Staxrud Jetlund, Simen Lium, Kristin Fjellby Grung, Oddvar Lindbekk og Sigrun Sagedahl, som alle har lang erfaring og god kompetanse innfor det aktuelle rettsområdet. Advokat Hannah Osberg Andresen bistår utvalget som sekretær.

## 3 KOMMENTARER

### 3.1 Overordnet

Advokatforeningen oppfatter at utvalget i stort er omforent om situasjonsbeskrivelse av arbeidslivet og målsetninger. Utvalget er enige om at den norske modellen er en god modell, som man ønsker å ivareta, styrke og videreutvikle. Utvalget er delt mht. om dette utløser behov for tiltak i form av ytterligere regulering for å nå eller opprettholde de aktuelle målsetninger.

Utvalget har prioritert å gå inn i noen utvalgte problemstillinger og temaer. Prioriteringen er først og fremst basert på utvalgets syn på utfordringsbildet fremover. I høringsbrevet er hovedtemaene stikkordsmessig angitt slik:

- Arbeidstakerbegrepet og grensen mot selvstendige oppdragstakere
- Arbeidsgiverbegrepet og arbeidsgiveransvar
- Midlertidig ansettelse
- Innleie og entreprise
- Arbeidsmiljø, medvirkning og samarbeid
- Omgåelse og etterlevelse

Advokatforeningen anser det uheldig at utvalget er grunnleggende delt i sitt syn på behov for endringer og med hensyn til forslagene. Dette vanskeliggjør en god prosess om eventuelle endringer av den viktigste loven på arbeidsrettsområdet.

I det følgende kommenteres overnevnte temaer fra hhv. kapitlene 10-15 i «Del III Vurderinger og forslag».

Hvorvidt de foreslåtte regler bør innføres oppfatter Advokatforeningen som et politisk spørsmål som foreningen ikke skal ta stilling til. Her kommenteres forslagene og argumentasjonen knyttet til disse ut fra foreningens kjennskap og erfaring med regelverket og problemstillingene i praksis.

### 3.2 Til Kapittel 10 Arbeidstakerbegrepet og grensen mot selvstendige oppdragstakere

#### 3.2.1 Innledning

Kapittel 10 i utredningen behandler arbeidstakerbegrepet og grensen mot selvstendig oppdragstakere, særlig med utgangspunkt i arbeidsmiljøloven. Klassifiseringen har stor betydning for hvilke rettigheter og plikter som gjelder.

Utvalget har særlig vurdert om det er behov for endring av arbeidstakerbegrepet for å forhindre omgåelser og feilklassifisering, samt minimere tvilstilfeller.

Det fremheves i den forbindelse på at man har en «gråson», der den faktiske forskjellen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker ikke nødvendigvis er så stor, men der konsekvensene av å tilhøre den ene eller andre kategorien kan være betydelig. Det vises også til at de tradisjonelle

momentene i denne «gråsonen» kan peke i begge retninger, og skape usikkerhet rundt klassifiseringen. Utvalget viser videre til at nye arbeidsformer og teknologiske løsninger kan føre til at de tradisjonelle kjennetegn ikke passer like godt eller blir mindre egnet til å trekke grensene.

Om selvstendige oppdragstakere som gruppe uttaler utvalget at det er positivt og viktig å ivareta muligheten til å kunne være selvstendig oppdragstaker, og viser til at i mange tilfeller er dette en hensiktsmessig tilknytning både for den enkelte og samfunnet. Omfanget av selvstendige oppdragstakere er ikke et problem i seg selv.

### 3.2.2 Flertallets forslag til ny § 1-8 første setning – underordningselementet

Forslaget til ny første setning er en delvis omskriving av dagens lovregel, der «i annens tjeneste» erstattes med «for og underordnet en annen» slik «[m]ed arbeidstaker menes i denne lov enhver som utfører arbeid for og underordnet en annen».

Formålet med forslaget er å trekke klarere frem underordningselementet som ligger i arbeidstakerrollen og å gi noe mer veiledning enn dagens lovtekst gjør.

Advokatforeningen er enig i at underordningselementet, som også går igjen i forarbeidsbeskrivelser og rettspraksis, er ett av nøkkelmomentene for klassifiseringsspørsmålet. Samtidig vil Advokatforeningen legge til at den definisjon som utvalgets flertall foreslår også vil kjennetegne innleide arbeidstakere, som i tillegg til å være ansatt hos utleier vil «utføre arbeid for og [være] underordnet [innleier]» i det som har med arbeidsutførelsen å gjøre. Lovens arbeidstakerbegrep vil ikke kun avgrense mot oppdragstakere, som er et hovedtema i aktuelle kapitler av utredningen og bør kunne stå på egne ben i alle relasjoner tilkynningsforhold vurderes. Gjeldende definisjon, «i annens tjeneste», er etter Advokatforeningens syn bedre egnet til å tjene som en allmenn definisjon. Dersom departementet i det videre arbeidet ønsker å betone underordningsforholdet som et kjennetegn, mener Advokatforeningen at det mer hensiktsmessig gjøres gjennom momentlisten som er inntatt i flertallets forslag til ny § 1-8 andre setning. Se dog Advokatforeningens merknader til det forslaget nedenfor om dette bør betones i lovteksten eller i forarbeidene.

### 3.2.3 Flertallets forslag til ny § 1-8 andre setning – angivelse av sentrale momenter

Forslaget til ny andre setning trekker frem tre momenter som sentrale i helhetsvurderingen ved klassifiseringen: «Ved avgjørelsen skal det blant annet legges vekt på om vedkommende stiller sin arbeidskraft til disposisjon, om det foreligger personlig arbeidsplikt, og om vedkommende er underordnet gjennom styring, ledelse og kontroll.»

Gjennom begrepet «blant annet», peker ordlyden på at dette ikke er de eneste momentene og at det fortsatt skal gjøres en helhetsvurdering som i dag. Advokatforeningen oppfatter ikke at forslaget «låser vurderingen» til disse momentene, og oppfatter det ikke som et regelteknisk eller pedagogisk problem dersom loven endres slik at enkelte momenter fremheves.

Flertallet har vurdert «den klassiske listen» av momenter fra forarbeider og rettspraksis med sikte på å klarlegge hvilke momenter som gir særlig veiledning, og hvilke momenter som lettere kan tilpasses eller av andre grunner ikke gir så god veiledning. Som rettesnor for hvilke momenter som bør vektas har flertallet særlig «sett hen til i hvilken grad momentene er egnet til å skille mellom avhengighet og underordning på den ene siden, og uavhengighet og selvstendighet på den andre siden».

Advokatforeningen er enig i at dette er en relevant og god rettesnor, men vil samtidig peke på at dette er forhold som også kjennetegner innleide arbeidstakere. En slik eksemplifisering som flertallets forslag innebærer, vil derfor etter Advokatforeningens syn ikke bidra til en entydig angivelse av hva som utgjør et arbeidstakerforhold. Dersom departementet ønsker å gå videre med forslaget om en oppregning av særlig relevante momenter, anbefaler Advokatforeningen at teksten utformes slik at det ikke oppstår en uønsket uklarthet i forhold til det som kjennetegner innleide arbeidstakere. Et alternativ kan etter Advokatforeningens syn være at lovgiver benytter anledningen til i forarbeidene å klargjøre relevansen og vekten av enkelte særlige momenter, men uten å innta noen momenter i lovteksten.

### 3.2.4 Flertallets forslag til ny § 1-8 tredje setning – presumsjonsregel for tvilstilfeller

Der forslagene til ny første og andre setning har som mål å gi mer veiledning ift. gjeldende rett, inneholder forslaget til ny tredje setning en ny regel: «Der det er rimelig tvil om klassifiseringen skal arbeidstakerforhold legges til grunn med mindre oppdragsgiver sannsynliggjør at det foreligger et selvstendig oppdragsforhold.»

I motsetning til forslaget første og andre setning, foreslås her en *ny mekanisme* som skal håndtere de gjenstående tvilstilfeller på en bestemt måte. Flertallet utdyper sitt forslag med at det «... ved avgrensning mot oppdragsforhold skal arbeidstakerforhold legges til grunn med mindre det kan stateres selvstendighet i arbeidet som utføres».

Flertallet begrunner presumsjonen for arbeidstakerforhold med at «[d]en som kjøper arbeidskraften, er den som i de fleste tilfeller definerer og etablerer avtaleforholdets rammer, og som også er nærmest til å sørge for at det er samsvar mellom de formelle og reelle forholdene».

Flertallet angir som en konsekvens av regelen «... at det kun der det foreligger tydelig selvstendighet, kan konkluderes med oppdragsforhold». Etter flertallets syn vil dette virke som et tydelig signal både til de som gjør tilpasninger for å forsøke å omgå ansvar, og til de som ikke tør utfordre det de mener er en uriktig oppdragstakerstatus fordi det foreligger tvil.

Advokatforeningen har ikke oversikt over hvor mange tilfeller eller saker den foreslåtte presumsjonsregelen potensielt kan få betydning for. Etter det opplyste er antallet selvstendige oppdragstakere lavt, og det legges til grunn at de fleste tilfeller er klare.

Advokatforeningen vil peke på at det som her foreslås er annerledes enn flere av de bevisbyrderegler arbeidsmiljøloven har. Eksempelvis vil regelen i arbeidsmiljøloven § 15-8 andre ledd om at oppsigelse som finner sted i en periode arbeidstaker er vernet mot oppsigelse som skyldes fravær på grunn av sykdom, er en bevisbyrderegel – dvs. at det skal legges til grunn det faktum at oppsigelsen skyldes sykdomsfravær med mindre arbeidsgiver gjør noe annet overveiende sannsynlig. Tilsvarende har arbeidsmiljøloven i § 2 A-4 fjerde ledd en bevisbyrderegel knyttet til forbud mot gjengjeldelse mot varsling. Dersom arbeidstaker legger frem opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse, skal det ved bevisvurderingen legges til grunn som faktum at gjengjeldelse har skjedd. Den presumsjonsregel utvalgsflertallet har foreslått er imidlertid ingen bevisbyrderegel, men en materiell presumsjon for en rettslig karakteristikk av en relasjon (subsumsjon).

Advokatforeningen har ingen oppfatning om hvorvidt arbeidstakerdefinisjonen skal utvides, og at muligheten for å benytte andre tilknytnings- eller leveranseformer dermed snevres inn.

Advokatforeningen vil imidlertid fremheve at gjeldende rett allerede fremhever arbeidsgiveres plikt til å sørge for en korrekt klassifisering av arbeidspersoner, jf. blant annet Høyesteretts uttalelse i HR-2019-1914-A (Avlaster III) hvor Høyesterett uttaler at arbeidsgiver etter arbeidsmiljøloven § 2-1 er «lovfesta plikta til korrekt å klassifisere dei som utfører arbeid for ein». Det ligger i dette at i de tilfeller der det i realiteten foreligger et arbeidstakerforhold, har arbeidsgiver allerede i dag et ansvar for å klargjøre dette. Fra et klarhetsperspektiv vil Advokatforeningen imidlertid gi uttrykk for at lovgivningens definisjoner eller materielle regler selv bør være tilstrekkelig klare til å oppfylle den politisk ønskede bruk av ulike tilknytnings- eller kontraktsformer. Advokatforeningen frykter at en presumsjonsregel, som foreslått av utvalgets flertall, vil skape nye former for rettslige tvister.

### **3.3 Til Kapittel 11 Arbeidsgiverbegrepet og arbeidsgiveransvar**

#### *3.3.1 Innledning*

Kapittel 11 i utredningen behandler arbeidsgiverbegrepet og arbeidsgiveransvar. Utvalget viser til at arbeidsgiveransvaret etter arbeidsmiljøloven som det klare utgangspunkt er knyttet til arbeidstakers avtalemotpart. I lys av mandatet, og de avgrensninger og systematiseringer som er gjort i utredningen, ser utvalget det som mest aktuelt å vurdere arbeidsgiveransvar i konsernforhold. Forslagene som fremmes av utvalgets flertall er knyttet til arbeidstakers stillingsvern.

#### *3.3.2 Vurderinger av lovens arbeidsgiverdefinisjon og delt arbeidsgiveransvar*

Utvalget vurderer om arbeidsgiverbegrepet bør utvides med hensyn til når det er grunnlag for å legge arbeidsgiveransvar på flere enn den som formelt sett er arbeidsgiver etter arbeidsavtalen. Et samlet utvalg kommer til at det ikke vil foreslå en utvidelse av arbeidsgiveransvaret, men deler seg i et flertall og et mindretall i begrunnelsen. Flertallet i utvalget foreslår imidlertid en mindre språklig endring i lovteksten i tråd med utvalgets forslag knyttet til arbeidstakerdefinisjonen, ved en henvisning til arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd. Advokatforeningen viser til sine uttalelser til denne bestemmelsen.

Videre foreslår flertallet i utvalget å lovfeste læren om delt arbeidsgiveransvar på særskilt grunnlag. Etter å ha lagt til grunn at det er en forholdsvis høy terskel for å oppfylle vilkåret om å utøve arbeidsgiverfunksjoner, for å etablere et delt arbeidsgiveransvar, foreslås et nytt siste punktum i arbeidsmiljøloven § 1-8 andre ledd. Her fremgår det at det kan pålegges delt arbeidsgiveransvar dersom et annet rettssubjekt "i vesentlig grad" har utøvd arbeidsgiverfunksjoner.

Advokatforeningen har ingen oppfatning om læren om mulig delt arbeidsgiveransvar bør lovfestes. Hvis departementet ønsker å gå videre med forslaget vil Advokatforeningen bemerke at ordlyden "i vesentlig grad" bør vurderes, ut fra at det skal være en ren lovfesting av den ulovfestede læren som krever "særskilt grunnlag", og som er en snever unntaksregel.

#### *3.3.3 Utvidelse av plikten til å tilby annet passende arbeid*

Utvalgets flertall foreslår en utvidelse av plikten til å tilby "annet passende arbeid" ved nedbemanning. Som begrunnelse vises til at det i konsern kan være andre enn arbeidsgiver som treffer strategiske beslutninger som kan lede til at arbeidstakere står i fare for å miste sine stillinger, samt et ønske om å styrke arbeidstakers vern når arbeidsgiver er en del av et større økonomisk og organisatorisk fellesskap. Advokatforeningen har ingen oppfatning om det bør gjøres en slik utvidelse, men har bemerkninger til

rettstekniske forhold ved lovforslaget.

Plikten foreslås å gjelde videre enn den selskapsrettslige konserndefinisjonen, og det er foreslått en ordlyd som er hentet fra aksjeloven § 6-5 andre ledd.

I vurderingene fra utvalgets flertall (side 267 i utredningen) fremgår det at utvidelsen av plikten til å tilby "annet passende arbeid" kun vil være aktuell hvor det er fastslått at arbeidsgiver selv ikke har "annet passende arbeid" å tilby, og omtales som en "sekundær" rettighet. I selve lovforslaget fremgår imidlertid ikke dette. Advokatforeningen mener at den "sekundære" karakteren av denne plikten må klargjøres og at den bør fremgå av lovteksten, dersom lovforslaget følges opp.

Utvalgets flertall omtaler på side 269 en mulighet for arbeidsgiver til å gjøre avgrensninger med hensyn til plikten til å tilby "annet passende arbeid" innenfor konsernet/gruppen basert på saklige kriterier. Denne muligheten for avgrensning gjenfinnes imidlertid ikke i lovforslaget.

Det er en etablert rettspraksis som åpner opp for en mulig avgrensning av utvalgsrets etter arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd. Men siden virkeområdet for plikten til å tilby "annet passende arbeid" i virksomheten i utgangspunktet ikke kan avgrenses jf. HR-2018-880A (Linjebygg) avsn. 41 og 44, mener Advokatforeningen at en slik mulighet for avgrensning innenfor konsernet/gruppen bør vurderes tydeliggjort i lovteksten. Det gjelder særlig siden Høyesterett for vurderingen av den alminnelige tilbudsplikten foreløpig ikke utelukker "[o]m, og i tilfelle når, det kan være saklig å begrense ... omfanget av tilbudsplikten ...", jf. HR-2018-880A (Linjebygg) avsn. 44.

Advokatforeningen vil også peke på at lovforslaget kan foranledige spørsmål om *hvem* som skal avgjøre om det foreligger «*annet passende arbeid*» i et annet selskap enn det som er arbeidsgiver, herunder om også andre juridiske enheter vil være å anse som pliktsubjekter etter den foreslåtte regelen. Det er etter Advokatforeningens syn behov for at departementet drøfter disse forhold nærmere dersom forslaget ønskes fulgt opp.

### 3.3.3 Utvidelse av fortrinnsretten

I forlengelsen av vurderingene knyttet til plikten til å tilby "annet passende arbeid", foreslår utvalgets flertall en utvidelse av fortrinnsretten ved nedbemanning. For virkeområdet er det foreslått tilsvarende regel som for plikten til å tilby "annet passende arbeid". Her viser Advokatforeningen til merknaden ovenfor, knyttet til utvidet tilbudsplikt, og om muligheten for å avgrense virkeområdet ut fra saklige kriterier.

## 3.4 Til Kapittel 12 Midlertidig ansettelse

### 3.4.1 Innledning

Kapittel 12 i utredningen behandler arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse. Utvalget viser til at det er bred enighet om at hovedregelen i norsk arbeidsliv skal være faste ansettelser. Utvalget peker imidlertid på at det er politisk omstridt hvordan midlertidige ansettelser skal reguleres. Utvalget har delt seg i et flertall og et mindretall, der flertallet foreslår enkelte innstramninger sammenlignet med dagens reguleringer.

Advokatforeningen vil ikke uttrykke noen oppfatning knyttet til de politiske valgene ved reguleringen av midlertidige ansettelse. Advokatforeningen vil på denne bakgrunn begrense seg til enkelte bemerkninger til utvalgets (flertallets) forslag.

### *3.4.2 Generell adgang til midlertidig ansettelse i § 14-9 andre ledd bokstav f*

Utvalgets flertall foreslår å oppheve den generelle adgangen til å ansette midlertidig i ett år i arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd bokstav f.

Flertallet viser særlig til at bestemmelsen bryter med lovens systematikk om at midlertidige ansettelse i utgangspunktet skal dekke midlertidige arbeidskraftbehov, og at bestemmelsen heller ikke ser ut til å ha fungert etter sin hensikt. Det vises til at bestemmelsen synes lite benyttet og ikke ser ut til å ha gjort inngangen til arbeidsmarkedet lettere for grupper der arbeidsgiver kan oppleve at det er risiko knyttet til ansettelse. Det pekes på at kartlegginger tyder på at det er skjedd få endringer i bruken av midlertidige ansettelse sammenlignet med situasjonen før endringen, samt at arbeidsgivere opplever bestemmelsen som komplisert og lite nødvendig ut fra behovene.

Advokatforeningen har ingen oppfatning knyttet til om den generelle adgangen bør oppheves eller ikke. Advokatforeningen kan imidlertid slutte seg til at bestemmelsen synes komplisert. Basert på advokaters rådgivning er det også Advokatforeningens inntrykk at dette grunnlag for midlertidig ansettelse er lite brukt.

At bestemmelsen har blitt lite benyttet kan etter utvalgets syn være et argument i begge retninger. Det fremheves dels at liten bruk av bestemmelsen kan tale for at den bør oppheves fordi den ikke trengs, og dels kan det argumenteres mot å stramme inn loven på dette punkt ettersom bestemmelsen er lite benyttet. Dersom departementet vurderer å følge flertallets forslag om innstramninger, bør det etter Advokatforeningens syn fremgå tydeligere hva som er de utslagsgivende grunnene for dette.

### *3.4.3 Generell adgang til å inngå tariffavtale om midlertidig ansettelse*

Utvalget har drøftet, men gitt uttrykk for at det ikke ønsker å foreslå, en lovendring som åpner for en generell adgang for partene i arbeidslivet til å inngå tariffavtale om midlertidig ansettelse.

Advokatforeningen har ingen oppfatning om det bør innføres en generell adgang til å inngå tariffavtale om utvidet adgang til midlertidig ansettelse, og har ingen merknader til utvalgets utforming av sitt standpunkt.

### *3.4.4 Fast ansettelse etter tre eller fire år*

I tillegg har utvalget vurdert om det bør gjøres endringer i tre-/fireårsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-9 sjuende ledd. Flertallet foreslår å endre § 14-9 til en ren treårsregel, slik at også arbeidstaker som er midlertidig ansatt for å utføre arbeid av midlertidig karakter etter § 14-9 andre ledd bokstav a, skal anses som fast ansatt etter tre år.

Advokatforeningen er kjent med at det i næringslivet gjennomføres en del prosjekter med varighet ut over tre år, samtidig som det har vært reelle vikariater med lengre varighet enn tre år. Utvalgets flertall fremhever eksempelvis vikariat i forbindelse med en stillingsinnehavers politiske verv eller midlertidig ansettelse for doktorgradsstipendiater med varighet på fire år. Advokatforeningen tar ikke stilling til om



det er riktig å ha en treårs- eller fireårsregel, men vil peke på at fastsettelse av maksimalperiode før den midlertidig ansatte får stillingsvern som fast ansatt, ikke alene bør begrunnes i en harmonisering med den eksisterende treårsregelen for vikariater. Advokatforeningen vil anbefale at begrunnelsen for en eventuell innstramning av den eksisterende fireårsregelen tydeliggjøres.

Forutsatt at det skal gjelde en lik lengstetid etter arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd, bokstav a og b på enten tre eller fire år, har Advokatforeningen ikke merknader til at lengstetiden beregnes samlet, jf. forslaget om å innføre en beregning av «disse i kombinasjon». Sammenholdt med forslaget om ikke å gjøre fradrag for arbeidstakers fravær, vil forslaget medføre at beregningene blir enklere. Advokatforeningen vil imidlertid peke på at den samlede effekt av de innstramminger som foreslås er betydelige.

### **3.5 Til Kapittel 13 Innleie og entreprise**

#### *3.5.1 Forslag til definisjon av innleie*

Utvalget har foreslått at det inntas en ny bestemmelse i arbeidsmiljøloven med definisjon av hva som er å anse som «innleie» i arbeidsmiljøloven.

Definisjonen er inntatt i forslag til ny § 14-11a og lyder: «*Med innleie menes at en virksomhet (innleier) leier inn arbeidstaker fra en annen virksomhet (utleier), hvor det i hovedsak skal leveres arbeidskraft, og hvor innleier utøver arbeidsledelse og har et selvstendig ansvar for resultatet. I helhetsvurderingen etter første punktum skal det også legges vekt på om arbeidet skjer i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet og innenfor oppdragsgivers vedvarende arbeidskraftsbehov og kjernevirksomhet.*»

Forslaget til definisjon omfatter både innleie fra bemanningsforetak, jf. § 14-12 og innleie fra produksjonsbedrift, jf. § 14-13. Lovens systematikk vil derfor fortsatt være at man først må vurdere om man står overfor et innleieforhold. Dersom det er innleie, må det deretter vurderes om det er tale om innleie etter § 14-12 eller § 14-13.

Ifølge utvalget bygger definisjonen på gjeldende rett, men er noe presisert og utfylt. Utvalgsflertallets forslag til definisjon har særlig som hensikt å tydeliggjøre grensen mot entreprise, herunder å sikre at enkelte entreprisekontrakter som *i for stor grad* utfordrer arbeidsmiljølovens formål om å sikre trygge ansettelsesforhold vil bli klassifisert som innleie. Advokatforeningen vil peke på at en definisjon av innleie ikke kun bør ha som siktemål å avgrense i én slik særlig relasjon, men bør være generell og anvendelig i forhold til alle aktuelle alternative tilknytnings- og kontraktsformer. Dersom det skal innføres en definisjon av innleie, bør den etter Advokatforeningens syn stå på egne ben og ikke være innrettet særlig på grensen mot entrepriseoppdrag der arbeidskraft inngår som et sentralt element.

Øvrige merknader fra Advokatforeningen må leses med bakgrunn i at utvalget har hatt et særlig fokus på grensedragningen mellom innleie og entrepriseoppdrag.

Utvalget har drøftet om gjeldende rett, herunder momentene som skal skille mellom innleie og entreprise, er tilstrekkelig tydelig og hensiktsmessig og fanger opp de kontrakter som bør klassifiseres som innleie. I denne sammenheng har utvalget både sett hen til momentlisten som ble oppstilt av Blaaid-utvalget, til de momentene som ble oppstilt i forarbeidene fra 1971 samt til om samfunnsutviklingen tilsier at andre kriterier bør tillegges vekt.



Utvalget viser til de problemstillinger som ble reist i henholdsvis Rt. 2013 side 998 (Quality People) og HR-2018-2371-A (Norwegian), om hvorvidt organisering av virksomhet gjennom entrepriser kan innebære negative konsekvenser for arbeidstakerrettigheter. Høyesterett viser i begge saker til at det er en lovgiveroppgave å vurdere behovet for eventuelle regelendringer.

Det har vært et særlig spørsmål for utvalget hvorvidt organisering av virksomhet gjennom entrepriser kan innebære negative konsekvenser for arbeidstakerrettigheter på en slik måte at kontraktene bør klassifiseres som innleie, og om dette i sin tur innebærer behov for å presisere eller endre momentlisten.

Et samlet utvalg er enige om kriteriene *arbeidsledelse og ansvar for arbeidsresultat*. Utvalget er også enig om at en viktig distinksjon er at et entreprisoppdrag må ha tydelige elementer av at det leveres *noe mer* enn arbeidskraft og den kompetansen arbeidskraften besitter. Videre at dette kriteriet må ses i sammenheng med hvem som er ansvarlig for arbeidsresultatet.

Utvalget har delt seg i et flertall og et mindretall når det gjelder behovet for å ytterligere presisere og utfylle momentlisten.

Flertallet viser til at enkelte entreprisekontrakter utfordrer arbeidsmiljølovens formål om å sikre trygge ansettelsesforhold. Forholdene flertallet peker på har særlig blitt aktualisert gjennom de virksomhetsmodellene som har blitt prøvd for domstolene, med henvisning til Rt. 2013 side 998 (Quality People) og HR-2018-2371-A (Norwegian).

Flertallet foreslår i andre punktum at ytterligere tre momenter skal vektlegges i en helhetsvurdering. Dette gjelder særlig entrepriser som utføres *i nær tilknytning til oppdragsgivers virksomhet* («on-site»), og som ligger innenfor *oppdragsgivers vedvarende arbeidskraftsbehov og kjernevirksomhet*. Disse momentene bygger dels på det flertallet mener kan utledes av gjeldende rett, og dels på flertallets vurdering av behovet for presiseringer i lys av samfunnsutviklingen.

Advokatforeningen er enig i at det kunne være ønskelig med en definisjon av innleie i arbeidsmiljøloven. Men det vil etter Advokatforeningens syn være utfordrende å formulere en tilstrekkelig allmenngyldig og entydig definisjon til at man oppnår en større klarhet enn det som er tilfellet i dag.

Dersom departementet ønsker å gå videre med forslaget om å innta en definisjon av innleie i loven, vises til at flertallet trekker frem at de momentene som foreslås tatt inn i bestemmelsens andre punktum kan være blant flere forhold «som det er grunn til å være oppmerksom på» og at de «i visse tilfeller bør kunne ha betydning». Utvalget har imidlertid ikke drøftet hvilke ytterligere momenter som kan være relevante i helhetsvurderingen, og flertallet uttaler at dersom alle tre momentene er oppfylt, bør dette tale sterkt for at kontrakten må klassifiseres som innleie. Advokatforeningen vil peke på at forslaget på denne måten vil kunne motvirke domstolenes mulighet for en bredere vurdering.

Flertallet fremhever videre at momentene som er oppstilt i definisjonen er til dels overlappende og må ses i sammenheng, og at grensevurderingen må foretas konkret, samt at det ikke er tale om kumulative vilkår. Advokatforeningen ser dermed at de foreslåtte momentene i bestemmelsens andre punktum utilsiktet kan åpne for nye avgrensningsspørsmål og ytterligere skjønsmessige vurderinger. Dette gir igjen risiko for at brukere av loven tolker den feil og dermed at det skapes rom for feilklassifiseringer.

Generelt vil ytterligere regulering også kunne lede til at definisjonen blir mindre dynamisk, og dermed utilsiktet begrense nye, effektive og hensiktsmessige, former for samarbeid mellom virksomheter i fremtiden.

Forslaget om presisering og utfylling bør derfor etter Advokatforeningens syn undergis en mer inngående vurdering. I tilfelle departementet vurderer å følge flertallets forslag, bør også innholdet i nye momenter avklares nærmere.

Videre vil Advokatforeningen peke på at eventuelle endringer bør ses i forhold til reguleringen av innleie i arbeidsmarkedsloven.

### **3.6 Til Kapittel 14 Arbeidsmiljø, medvirkning og samarbeid**

#### *3.6.1 Innledning*

Kapittel 14 i utredningen behandler medvirkning og samarbeid. Utvalget viser innledningsvis til at medvirkning skaper høy grad av trivsel og tilhørighet, og at et godt arbeidsmiljø sammen med høy grad av fast ansettelse og tariffavtaler er et viktig grunnlag for et moderne og omstillingsdyktig arbeidsliv. Det påpekes videre at medvirkning er en grunnleggende og viktig rettighet for arbeidstakerne som i tillegg er nyttig for virksomhetene. Det er enighet i utvalget om de overordnede målsettingene om å sikre et godt arbeidsmiljø og muligheter for medvirkning og medbestemmelse for alle som deltar i arbeidslivet. Det er imidlertid ulike syn i utvalget om behovet for nye lovreguleringer, og utvalget har med få unntak også her delt seg i samme flertall og mindretall som i øvrige kapitler.

Advokatforeningen vil ikke uttrykke noen oppfatning knyttet til de politiske valgene i lovforslaget. Advokatforeningen vil derfor begrense seg til enkelte bemerkninger til utvalgets (flertallets) forslag.

#### *3.6.2 HMS-plikter for arbeidsgiver overfor andre enn egne arbeidstakere*

Utvalget viser til at påvirkninger på det organisatoriske og psykososiale arbeidsmiljøet spiller en større rolle nå enn tidligere, hvor mer tradisjonelle fysiske og kjemiske arbeidsmiljøeksponeringer og ulykkesrisiko sto sentralt.

Utvalget reiser derfor spørsmål om arbeidsmiljøloven § 2-2, som gjelder arbeidsgivers ansvar for andre enn egne ansatte, i tilstrekkelig grad er tilpasset de ulike måtene arbeid utføres på i dag, og dessuten om bestemmelsens anvendelsesområde er tydelig nok.

Med henvisning til Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), punkt 6.4.4, understrekes det at vurderingen etter gjeldende rett skal knyttes til om virksomhetens aktivitet utgjør en risiko for andres arbeidstakere og at det kun er i slike situasjoner det er et utvidet ansvar. Det presiseres at virksomhetens ansvar etter § 2-2 ikke omfatter hvordan andre enn egne ansatte utfører selve arbeidet.

Flertallet viser til at bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 2-2 har en generell utforming, men at forarbeidene fra 2005 knytter bestemmelsen til det fysiske arbeidsstedet. Det kan derfor reises spørsmål ved om § 2-2 omfatter digital virksomhet.

Flertallet mener bestemmelsen bør utformes slik at den både omfatter den fysiske arbeidsplassen og

situasjoner hvor arbeidet utføres andre steder, herunder digitalt.

Flertallet fremhever også at virksomheters ansvar skal begrenses til de situasjoner hvor arbeidsgiver både er nærmest til å bære ansvar og også har en reell mulighet til å påvirke arbeidsmiljøforholdene. Dette gjenspeiles i nåværende ordlyd som begrenser arbeidsgivers ansvar til å sørge for egen virksomhet og at egne ansattes arbeid innrettes slik at også andre enn egne arbeidstakere sikres et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.

Advokatforeningen tar ikke stilling til om bestemmelsens virkeområde bør presiseres nærmere nå, eller om det er mer hensiktsmessig å avvente EU-kommisjonens arbeid med en regulering av arbeidsforhold for plattformarbeidere slik mindretallet foreslår.

Dersom departementet vil fremme flertallets forslag vil Advokatforeningen anbefale at departementet vurderer nærmere hva som skal til for at en virksomhet skal anses å ha reell mulighet til å påvirke arbeidsforholdene til andres arbeidstakere når arbeidet utføres andre steder, herunder digitalt.

### *3.6.3 Utvidelse av ordningen med verneombud*

Utvalget viser til at driftsnære, kompetente og synlige verneombud og tillitsvalgte kan være en viktig suksessfaktor i forebyggende arbeidsmiljøarbeid, at det kan sørge for at tiltak implementeres og at ansatte ansvarliggjøres.

Ifølge arbeidsmiljøloven § 6-1 kan det i virksomheter med mindre enn 10 ansatte skriftlig avtales at man ikke skal ha verneombud. Utvalget har vurdert om ordningen skal utvides slik at alle virksomheter, uavhengig av størrelse, skal ha verneombud.

Flertallet foreslår dette, mens mindretallet ønsker å beholde den nedre grensen med særlig henvisning til at det ikke er hensiktsmessig å institusjonalisere HMS-arbeidet i små virksomheter.

Advokatforeningen har ingen oppfatninger om forslaget.

### *3.6.4 Utvidelse av verneombudets oppgaver*

Ordningen med verneombud og arbeidsmiljøutvalg er etter ordlyden i arbeidsmiljøloven kapitler 6 og 7 forbeholdt virksomhetens egne arbeidstakere.

Ordningen omfatter i utgangspunktet verken innleide eller selvstendige oppdragstakere som utfører arbeid i virksomheten. Utvalget viser til at innleide og oppdragstakere som arbeider i en virksomhet over lengre tid, kan ha en tilknytning som tilsier at de i større grad kan ha behov for å likestilles med virksomhetens egne arbeidstakere i spørsmål om arbeidsmiljø.

Et samlet utvalg mener en hensiktsmessig løsning kan være at verneombudet i virksomheten de innleide og selvstendige faktisk arbeider i, også ivaretar deres interesser.

Utvalget uttaler at ordningen vil være mindre aktuell i kortvarige arbeidssituasjoner, men mer aktuell jo lengre periode en deler samme arbeidsmiljø. Utvalget foreslår at grensen settes ved en varighet på seks måneder eller mer.

Forslaget er inntatt med følgende utforming i § 6-2, nytt siste punktum: «*Første og andre punktum gjelder tilsvarende for innleide arbeidstakere og selvstendige oppdragstakere som har utført arbeid i nær tilknytning til virksomheten de siste seks månedene.*»

Ordlyden i forslaget kan forstås slik at innleide og selvstendige først vil bli koblet på det løpende arbeidsmiljøarbeidet første dag etter at de faktisk har jobbet i seks måneder, jf. formuleringen «*har utført arbeid i nær tilknytning til virksomheten de siste seks månedene*» (vår understrekning).

Advokatforeningen har ingen oppfatning av om det bør innføres en slik generell ordning. Advokatforeningen vil imidlertid peke på at det kan fremstå som uklart om innleide og selvstendige, som etter sin avtale skal jobbe i en virksomhet i mer enn seks måneder, først er omfattet av ordningen når seks måneders perioden er nådd, eller om de allerede fra første dag anses å ha slik nær tilknytning. Det anbefales at dette klargjøres og begrunnes nærmere.

### *3.6.5 Utvidelse av ordningen med arbeidsmiljøutvalg (AMU)*

Utvalget har vurdert om ordningen med arbeidsmiljøvalg bør utvides. Flertallet viser til de samme argumentene som taler for utvidelse av ordningen med verneombud og mener at plikten i arbeidsmiljøloven § 7-1 til å opprette arbeidsmiljøutvalg bør senkes fra dagens nivå på 50 ansatte til virksomheter hvor det jevnlig sysselsettes minst 30.

Utvalgets flertall foreslår også at plikten til å opprette arbeidsutvalg når en av partene krever det bør senkes fra virksomheter som har mellom 20 og 50 ansatte, til virksomheter som har mellom 10 og 50 ansatte.

Advokatforeningen tar ikke stilling til hvor terskelen for opprettelse av arbeidsmiljøutvalg skal ligge.

### *3.6.6 Drøftelser i konsernforhold*

Flere hovedavtaler har i dag bestemmelser om etablering av samarbeidsordninger innen konsern. Det foreligger ikke statistiske opplysninger om omfang av konsern som er utenfor det organiserte arbeidslivet.

Flertallet i utvalget mener det er behov for å supplere de avtalebestemte ordningene med lovregler som, uavhengig av tariffavtale, gir arbeidstakere visse muligheter for informasjon og medvirkning i konsern. Flertallets vurdering er at behovet er særlig stort i forbindelse med omstillinger og andre planer og endringer som kan ha betydning for ansatte i hele konsernet.

Flertallets forslag er å ta inn en ny bestemmelse i arbeidsmiljøloven kapittel 8 som bygger på inspirasjon fra gjeldende ordning i tariffavtalene.

Advokatforeningen tar ikke stilling til om det er behov for en regel om drøftelser i konsernforhold. Advokatforeningen har heller ingen merknader til utformingen av forslaget utover at det synes naturlig å ta en eventuell bestemmelse om dette inn i kapittel 8.

### 3.6.7 *Plikt til drøftinger med tillitsvalgte*

Utvalget viser til at det i dag er flere bestemmelser i arbeidsmiljøloven som pålegger arbeidsgiver å drøfte bemanningsspørsmål med tillitsvalgte, og at bestemmelsene til dels har ulik bakgrunn og ulikt formål. Det er enighet i utvalget om at det kan være hensiktsmessig å samle eksisterende drøftingsbestemmelser om bemanning ett sted i loven og det legges særlig vekt på at slike drøftinger skaper bevissthet rundt virksomhetenes bruk av ulike tilknytningsformer og at de tillitsvalgtes medvirkning er en naturlig konsekvens av at ulike tilknytningsformer har konsekvenser for arbeidsmiljøet.

Flertallet foreslår i tillegg at drøftingsplikten skal omfatte virksomhetens bruk av selvstendige oppdragstakere og tjenestekjøp fra andre virksomheter i den grad de har betydning for bemanningen. Flertallet foreslår i tillegg å utvide drøftelseshyppigheten fra dagens regel om minst én gang i året, til drøfting når en av partene krever det.

Advokatforeningen tar ikke stilling til om drøftingsbestemmelsene bør utvides. Hvis departementet ønsker å følge opp forslaget, mener Advokatforeningen at det kan være naturlig å utdype begrunnelsen og behovet for at en part skal kunne kreve drøftelser uten begrensning med hensyn til hyppighet. Hvis forslaget vedtas, er Advokatforeningen enig i at det kan være hensiktsmessig å samle eksisterende drøftingsbestemmelser om bemanning ett sted i loven, og anser at det kunne være naturlig at drøftingene knyttet til bemanning reflekteres sammen med øvrige drøftingsbestemmelser i lovens kapittel 8.

Advokatforeningen har ingen bemerkninger til selve utformingen av forslaget.

## **3.7 Til Kapittel 15 Omgåelse og etterlevelse**

### 3.7.1 *Innledning*

Kapittel 15 i utredningen omhandler omgåelse og etterlevelse. Utvalget peker på at det store flertallet av virksomheter driver seriøst og ønsker å følge regelverket, men at det i noen tilfeller kan tenkes at "...*det formålet som en virksomhet ønsker å oppnå, og resultatet dette medfører, vil komme i så sterk spenning med arbeidsmiljølovens verneformål, at det kan oppstå spørsmål om det bør foretas gjennomskjæring.*" Det uttrykkes at selv om det er vanskelig å måle i hvilken grad det foregår omgåelser, foreligger det undersøkelser som tyder på at problematikken er reell.

Videre legger utvalget til grunn for at gjeldende, ulovfestet rett allerede åpner for gjennomskjæring ved omgåelse av arbeidsmiljøloven. Utvalget skriver på generelt grunnlag at det "er ingen tvil om" at det er adgang for domstolene til å gjennomskjære ved å se på realiteten av en disposisjon, snarere enn den formelle avtalen. Det gjennomgås en rekke eksempler fra rettspraksis for å underbygge dette.

Det er dissens i utvalget når det gjelder spørsmålet om innføring av en generell gjennomskjæringsregel. Utvalgets flertall foreslår at det innføres en generell gjennomskjæringsregel, som gjelder for hele arbeidsmiljøloven og som utformes som et selvstendig rettsgrunnlag hvor rettsvirkningen av tilsidesettelse skal være ugyldighet og hvor arbeidstakers rettsstilling skal fastsettes ved dom. Regelen foreslås inntatt i en ny § 1-10 (i arbeidsmiljøloven kapittel 1) og foreslås å lyde slik:

*"(1) Disposisjoner og avtaler som innebærer en omgåelse av loven, kan settes til side av domstolene som ugyldige. I slike tilfeller fastsettes arbeidstakers rettsstilling ved dom.*

*(2) Ved vurderingen av om det foreligger omgåelse skal det legges vekt på om disposisjonen eller avtalen helt eller delvis er motivert av, eller har som virkning at, arbeidstaker fratras rettigheter. Det kan også legges vekt på styrkeforholdet mellom partene og den økonomiske og velferdsmessige betydningen av disposisjonen eller avtalen."*

Mindretallet i utvalget går på sin side inn for ikke å foreslå en generell gjennomskjæringsregel. Dette begrunnes dels med at en slik regel vil påvirke forutsigbarheten negativt og virke prosessdrivende, og dels med at en eventuell slik regel bør utredes nærmere slik tilfellet var på skatterettens område for noen år siden.

### *3.7.2 Redegjørelsen for gjeldende rett og betydningen av denne*

Advokatforeningen stiller spørsmål ved om utvalgets redegjørelse for gjeldende rett er presis og dekkende på alle punkter. Advokatforeningen er enig i at domstolene i flere sammenhenger har lagt de reelle forhold til grunn, og at formålsbetraktninger i en rekke sammenhenger er tillagt stor vekt innenfor rammen av gjeldende rettskildelære. Advokatforeningen er samtidig ikke uten videre enig i at det etter dagens rettstilstand gjelder en generell adgang til gjennomskjæring. Som et eksempel kan nevnes reglene om virksomhetsoverdragelse, som følger av EU-direktiv og som har en annen lovbakgrunn enn flere andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven. På dette området er det vel snarere uttrykt i norsk rettspraksis at eventuelle omgåelsesformål skal ha begrenset vekt ved vurderingen, jf. Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen Ambulanse).

Slik Advokatforeningen ser det, er det trolig mer treffende å beskrive rettstilstanden slik at eventuell omgåelse må vurderes i lys av den enkelte bestemmelse, og at eventuell gjennomskjæring krever grunnlag i den bestemmelse det er aktuelt å anvende.

Ut fra dette er ikke Advokatforeningen nødvendigvis enig i premissene utvalget legger for sin vurdering av om det bør innføres en generell gjennomskjæringsregel. Det er ikke gitt hvilket utslag dette gir i vurderingen; tilsier det at en generell gjennomskjæringsregel bør innføres, eller ikke? Dette er imidlertid et mer politisk spørsmål, som Advokatforeningen ikke tar stilling til. Advokatforeningens hovedpoeng er at premissene bør klargjøres i større grad enn det som gjøres i utredningen, og at det bør komme klarere frem hvis den foreslåtte regel vil endre rettstilstanden.

### *3.7.3 Rettstekniske forhold*

For det første skal det påpekes at den nye gjennomskjæringsregelen er foreslått plassert i arbeidsmiljøloven kapittel 1. Overtredelse av den vil følgelig være straffbart, jf. § 19-1. Dersom dette er et bevisst valg, bør det adresseres særskilt. Herunder bør det klargjøres om omgåelse av regler i kapitler som ikke er straffesanksjonert, skal kunne straffes gjennom den foreslåtte nye bestemmelsen i kapittel 1.

For det andre vil Advokatforeningen påpeke at det kan oppstå problemstillinger knyttet til at den primære rettsvirkning av at den foreslåtte regel kommer til anvendelse, er ugyldighet. Dette innebærer at en og samme disposisjon vil kunne anses lovstridig, og få ulike rettsvirkninger avhengig av hvilket grunnlag som benyttes. Eksempelvis vil den primære rettsvirkningen av ulovlig innleie ikke være at

innleieferholdet er ugyldig, men at arbeidstaker kan kreve fast ansettelse hos innleier. Slike potensielle problemstillinger bør etter Advokatforeningens oppfatning drøftes nærmere.

For det tredje har Advokatforeningen bemerkninger til enkelte av de momenter som etter den foreslåtte bestemmelsens andre ledd skal legges vekt på ved den konkrete vurderingen av om det foreligger omgåelse. Styrkeforholdet mellom partene (at arbeidstaker presumptivt er den svake part) er ett av forholdene som kan begrunne innføringen av en gjennomskjæringsregel. Som moment ved den konkrete vurdering som skal foretas, kan imidlertid ikke Advokatforeningen se at dette har noen relevans eller verdi.

Vennlig hilsen



Jon Wessel-Aas  
leder



Merete Smith  
generalsekretær

Saksbehandler: Trude K. Molvik  
tm@advokatforeningen.no