

Oslo, 22. oktober 2021

Vår ref.: 118718

Høring NOU 2021:9, Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv

Det vises til høringsbrev fra Arbeids- og sosialdepartementet av 24.06.21 der Arbeidsgiverforeningen Spekter er invitert til å gi hørings svar.

Innledning – hvorfor Spekter støtter mindretallets konklusjoner

Samfunnet og arbeidslivet gjennomgår kontinuerlig endringer. Spørsmålet er om endringene er av et slikt omfang og en slik karakter at arbeidsmiljølovens regulering av tilknytningsformer og virksomhetsorganisering bør endres.

NOUen refererer en betydelig mengde forskning, statistikk og rettskildemateriale som danner et godt grunnlag (kalt *kunnskapsgrunnlaget*) for å vurdere de spørsmålene mandatet stiller. Vi merker oss blant annet følgende funn:

- Andelen midlertidige ansettelser har sunket fra rundt 10 % i 2000 til 8 % i dag
- Andelen innleie er stabilt lav 1,5 – 2%
- Andelen selvstendige oppdragstakere har sunket fra 7 % i 2001 til 5 % i dag
- 40 - 50% av midlertidig ansatte blir fast ansatt i løpet av ett år
- Norge har den strengeste reguleringen av kortvarige tilknytningsformer i OECD
- Plattformøkonomien har et beskjedent omfang i Norge
- Når domstolene tar stilling til avgrensningsspørsmål, herunder arbeidsgiverbegrepet, arbeidstakerbegrepet, innleie vs. entrepriser, HMS-ansvar og arbeidsgiveransvar generelt, anvendes et såkalt gjennomskjæringsprinsipp slik at realiteten legges til grunn for domsavgjørelsen. Dette er et godt egnet virkemiddel for å ramme useriøse aktørers omgåelse av lovverket
- De sentrale begrepene i arbeidsmiljøloven har en generell utforming slik at domstolene kan sørge for en rettsutvikling i takt med samfunnsutviklingen, jf også forrige punkt

Spekter mener på bakgrunn av disse funnene at arbeidslivsutviklingen ikke utfordrer gjeldende lovgivning. Fast ansettelse er den helt dominerende tilknytningsformen, og ingen ting tyder på at dette vil endre seg.

Man må være varsom med å foreta lovendringer som skal foregripe en mulig framtidig utvikling. Dette gjelder ikke minst når gjeldende lovgivning er så vidt robust og dessuten fungerer som en buffer mot omgåelser. Forsøk på å gjøre lovverket mer pedagogisk ved utfylling med eksempler, kan ha motsatt effekt av det man ønsker ved at lovverket blir mer rigid og innlåsende og mister det dynamiske preget som gir domstolene nødvendig handlingsrom for en rettsutvikling i takt med samfunnsutviklingen.

Spekter støtter derfor gjennomgående mindretallets konklusjoner og vil i det følgende kommentere de enkelte forslag.

Nytt arbeidstakerbegrep kan binde opp domstolenes skjønn og skape ny uklarhet

Spekter er opptatt av at alle som reelt er arbeidstakere skal omfattes av lovens arbeidstakerdefinisjon med tilhørende rettigheter og plikter. Det er viktig med en tilpasningsdyktig definisjon som gir domstolene tilstrekkelig handlingsrom til å utvikle arbeidstakerbegrepet gjennom rettspraksis.

Spekter støtter ikke forslaget om å løfte fram enkeltmomenter. Det er viktig å sikre at alle de syv momentene som benyttes i dag fremdeles inngår i helhetsvurderingen og at det overlates til domstolene å avgjøre hvilke som må veie tyngst i den enkelte sak.

Høyesterett har uttalt at momentlisten er veiledende og at det skal foretas en helhetsvurdering hvor også andre momenter kan tillegges vekt. Gjeldende momentliste er dermed dynamisk og er et godt egnet virkemiddel til å trekke grensen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker, både i dagens og i et framtidig arbeidsliv.

Spekter erfarer at problemer med å finne rett kategori – arbeidstaker eller selvstendig oppdragstaker – ikke skyldes lovens ordlyd, men at avgrensningen i noen tilfeller rent faktisk byr på vanskelige vurderinger. Utvalgets gjennomgang av rettspraksis bekrefter dette.

Forslaget gjør heller ikke bestemmelsen mer pedagogisk. Den angir enkelte momenter, men åpner for at flere forhold som ikke er nevnt kan benyttes. Man må derfor fortsatt orientere seg i flere rettskilder for veiledning. I verste fall kan forslaget bidra til at grupper selvstendige som ikke er tenkt omfattet av arbeidstakerbegrepet, tror de skal defineres som arbeidstakere utelukkende basert på ordlyden. Den forslåtte definisjonen kan dermed føre til misforståelser og uberettigede forventninger og generere unødvendige rettsaker.

Spekter kan heller ikke støtte en omvendt bevisregel. Det er arbeidsgivers ansvar å velge rett tilknytningsform basert på de underliggende forhold. Ved en rettslig prøving av tvilstilfeller må arbeidsgiver også i dag føre bevis for at en annen tilknytningsform enn ansettelse lovlig kan brukes. En omvendt bevisregel vil kunne lede til mange rettsprosesser uten at det blir mer entydig hvor grensen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker går.

Utvidet arbeidsgiverbegrep og delt arbeidsgiveransvar gir utydelige ansvarsforhold

Spekter mener det ikke er behov for å utvide lovens arbeidsgiverdefinisjon. Spørsmålet er grundig utredet flere ganger tidligere, og kunnskapsgrunnetilsier ikke behov for noen endring.

I Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 76 uttales det blant annet at en generell utvidelse ville bli en «(...) svært vanskelig bestemmelse å håndtere i praksis. Det er et stort mangfold av virksomhetsorganiseringer, og beslutningsstrukturene kan være kompliserte og ikke nødvendigvis gjennomskuelige».

Et delt arbeidsgiveransvar som foreslått kan skape usikkerhet om hvem som er rett pliktsubjekt. Arbeidsgiveransvaret innebærer et stort formelt ansvar, både privatrettslig og offentligrettslig. Mange bestemmelser er også ilagt straffansvar. Det er derfor avgjørende at plasseringen av arbeidsgiveransvaret er så entydig som mulig, både av hensyn til arbeidstaker, arbeidsgiver og arbeidslivsmyndighetene.

Loven forutsetter allerede i dag at arbeidsgiveransvaret skal plasseres hos den som i realiteten fungerer som arbeidsgiver. Domstolene ivaretar dette prinsippet etter en konkret helhetsvurdering av de faktiske forhold.

Lovens arbeidsgiverbegrep gir forutsigbarhet og klarhet gjennom det formelle utgangspunktet at arbeidsgiver er arbeidstakers kontraktspartner. Dagens arbeidsgiverbegrep har en tydelig utforming samtidig som det gir rom for utvikling gjennom rettspraksis. Dessuten speiler arbeidsgiverbegrepet og arbeidstakerbegrepet hverandre slik at en videreutvikling av arbeidstakerbegrepet samtidig ofte innebærer en videreutvikling av arbeidsgiverbegrepet.

Dagens arbeidsgiverdefinisjon er godt egnet til å møte et fremtidig arbeidsliv. Forslaget om å fjerne deler av dagens definisjon gjør ikke begrepet mer tydelig. Gjeldende ordlyd er allerede kortfattet og enkel, og byr etter det Spekter kjenner til ikke på tolkningsproblemer. Det å endre ordlyden uten noen tilsiktet materiell endring kan bidra til uklarheter og spørsmål hos de som skal anvende loven.

Utvidet arbeidsgiveransvar skaper uforutsigbarhet og kompliserer omstillingsprosesser

Plikten til å tilby annet passende arbeid i § 15-7 andre ledd

Spekter støtter ikke en utvidelse av plikten til å tilby annet passende arbeid for selskaper i konsern/foretaksgrupper som er knyttet sammen gjennom eierinteresser eller felles ledelse.

Å ansette arbeidstakere er en sentral del av arbeidsgivers ansvar, og utvalgets kunnskapsgrunnlag tilsier ikke behov for å begrense arbeidsgivers handlingsrom.

Forslaget bryter dessuten med den grunnleggende selskapsrettslige og arbeidsrettslige betydningen av virksomheten som selvstendig rettssubjekt. Forslaget til lovendring vil treffe alle former for konsern/foretaksgrupper – også der det er liten eller ingen sammenheng mellom den aktivitet som drives i de enkelte virksomhetene.

Det er flere prinsipielle og praktiske utfordringer med forslaget. Plikten til å tilby annet passende arbeid legges etter forslaget til arbeidsgiver, mens et annet selskap skal ansette de overtallige arbeidstakerne. Arbeidsgiver/det «primære» pliktsubjektet er ikke i posisjon til å vurdere det nærmere innholdet i den/de alternative stillingen(e), hvilke kvalifikasjoner som kreves eller hvilken opplæring som er nødvendig. Dette reiser også spørsmål om hvilket rettssubjekt som har ansvar for nødvendig opplæring, og hvilket selskap som skal beslutte om stillingen er «passende» eller ikke. Virksomheter som inngår i et konsern vil ofte være forskjelligartede, noe som gjør vurderingen av hva som er «passende» ytterligere komplisert.

Bestemmelsen vil dermed være klart prosessdrivende. Med det store tvistepotensialet som allerede ligger i bestemmelsene om oppsigelser på grunn av virksomhetens forhold, er dette både samfunns- og bedriftsøkonomisk uheldig.

Forslaget innebærer at ledige stillinger skal forbeholdes de som til enhver tid er overtallige et sted i konsernet/foretaksgruppen. Dette kan hindre en hensiktsmessig planlegging av omorganiseringer og skape uforutsigbarhet både for ledelse og medarbeidere. Hvis flere virksomheter i konsernet/foretaksgruppen parallelt gjennomfører omstillinger (hvilket er vanlig) kompliseres naturligvis dette ytterligere.

Spekter mener forslaget vil hindre fremdrift i omstillingsprosesser som allerede i dag er tid- og ressurskrevende uten at den enkeltes samlede stillingsvern nødvendigvis blir styrket.

Fortrinnsrett ved overtallighet

Med tilsvarende begrunnelse som for forslaget om passende arbeid støtter ikke Spekter å utvide fortrinnsretten til å gjelde på tvers av virksomheter.

I tillegg kommer utfordringen med at loven allerede har en rekke ulike typer fortrinnsrett som delvis kan kollidere med hverandre og som inngår i en prioriteringsrekkefølge. Utvidet fortrinnsrett på tvers av juridiske enheter kompliserer bildet ytterligere.

Forslaget utfordrer også kvalifikasjonsprinsippet som mange virksomheter er bundet av.

Midlertidig ansettelse er tilstrekkelig strengt regulert i dag, og forekomsten er beskjeden

§ 14-9 andre ledd bokstav f

Spekter mener at fast ansettelse fremdeles skal være hovedregelen i arbeidslivet. Andelen midlertidig ansatte er lav i Norge, og innføringen av bestemmelsen i § 14-9 andre ledd bokstav f ikke har endret dette bildet.

Midlertidig ansettelse etter denne hjemmelen er strengt regulert, men den kan ha en viktig funksjon i enkelte tilfeller, for eksempel i omstillingsprosesser der det endelige bemanningsbehovet ikke er avklart.

Det framstår ikke nødvendig å oppheve denne regelen nå da mange virksomheter er sterkt rammet av pandemien og det fremdeles er usikkerhet rundt bemanningsbehovet.

3- og 4-årsregelen

Spekter mener at dagens regelverk med både en tre- og fireårsregel må beholdes framfor å omdanne fireårsregelen til en treårsregel.

Det er kun ved sammenhengende ansettelse etter utelukkende bokstav a i hele perioden det gjelder en fireårsregel, ellers gjelder treårsregelen for vikariater og ved kombinasjoner av ulike typer midlertidige ansettelser. Dagens ordning må anses å ivareta behovet for fast stilling etter tre år med midlertidige ansettelser.

Forslaget vil ramme prosjektansettelser og forskerstillinger med den konsekvens at prosjekter kan måtte avbrytes. Dette skyldes ikke minst at lovbestemte permisjoner og sykefravær teller med i beregningen av tiden som kvalifiserer for fast ansettelse.

Adgangen til å benytte innleie må beholdes uendret

Spekter legger til grunn at innleie i noen situasjoner er nødvendig for å avhjelpe et konkret bemanningsbehov i en tidsbegrenset periode.

Lønns- og arbeidsvilkårene for innleide ble styrket i 2013 med innføringen av likebehandlingsprinsippet i Vikarbyrådirektivet, og adgangen til innleie ble strammet inn i 2019. I tillegg har Arbeidstilsynet fått tilsyns- og påleggsmyndighet for innleie fra 2020.

Andelen innleie har ligget stabilt lavt i Norge. Forekomsten har tradisjonelt vært relativt høy innen bygg- og anleggsvirksomheter i Oslo-området, men selv når dette er hensyntatt er den samlede innleieandelen under to prosent.

Spekter mener på denne bakgrunn at det ikke er behov for å begrense innleieadgangen på generelt grunnlag.

Den foreslåtte definisjonen av innleie er uklar og kan medføre feilklassifiseringer

Forslaget er ment å avgrense mot entreprise, men entreprise er et vidt begrep. En rekke arbeidstakere innen et bredt spekter av næringer utfører arbeidet helt eller delvis hos andre enn egen arbeidsgiver.

Spekter legger til grunn at de reelle, underliggende forholdene skal være avgjørende for å klassifisere innleie og entreprise. Klassifiseringen må fortsatt baseres på gjeldende rett og en helhetsvurdering der de avgjørende momentene er hvem som har ansvaret for ledelsen og resultatet av arbeidet. Det ikke avgjørende om oppdraget går ut på å levere et produkt eller en løpende tjeneste. Innleie er leveranse av arbeidskraft, og entreprise kan være en leveranse der arbeidskraft utgjør en vesentlig del. Å ta en momentliste inn i loven vil skape nye avgrensningsspørsmål.

Flere av begrepene er dessuten misvisende og kan føre til feilklassifiseringer. Eksempelvis er *kjernevirksomhet* et lite egnet rettslig begrep fordi det nødvendigvis må være dynamisk og avhengig av virksomhetenes strategiske valg for driftens utvikling. Tilsvarende utfordring oppstår med begrepene *on-site* og *off-site* entrepriser. Det er svært vanlig at entrepriseoppdrag utføres hos oppdragsgiver uten at det er nærliggende å klassifisere det som innleie.

Spekter støtter ikke forslaget.

Utvidede HMS-plikter overfor andre enn egne arbeidstakere skaper uklare ansvarsforhold

Spekter støtter ikke forslaget om å utvide HMS-ansvaret i §2-2. Det bør ikke etableres en regel som er egnet til å skape uklarhet med hensyn til hvor langt arbeidsgiverens/oppdragsgiverens ansvar går, noe som kan svekke rettssikkerheten. Overtredelse av § 2-2 kan sanksjoneres både med administrative sanksjoner og straff, og det må være entydig hvem som er pliktsubjekt og hvilken rekkevidde ansvaret har.

Enhver arbeidsgiver har ansvar for at arbeidsmiljøet er fullt forsvarlig. Arbeidsgiveren skal ikke bare sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø for sine egne arbeidstakere, men også sørge for at virksomheten er innrettet slik at blant annet innleide arbeidstakere og selvstendige oppdragstakere er sikret et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.

Grensene for verneombudordningen må beholdes

Spekter støtter ikke forslaget om å oppheve den nedre grensen for etablering av verneombud. Småbedrifter kan hvis de ønsker frivillig etablere en verneombudsordning, men det ikke er hensiktsmessig å pålegge virksomheter med helt ned til én ansatt å formalisere HMS-arbeidet på en slik måte.

Spekter støtter den foreslåtte utvidelsen av verneombudets oppgaver

Spekter støtter forslaget om at verneombudets oppgaver utvides slik at de inkluderer arbeidsmiljøforhold for innleide arbeidstakere og selvstendige oppdragstakere som har utført arbeid i nær tilknytning til virksomheten de siste seks månedene.

Grensene for AMU-ordningen må beholdes

Spekter støtter ikke forslaget om å senke grensene for etablering av arbeidsmiljøutvalg fra henholdsvis 50 og 20 til 30 og 10 ansatte. Allerede i dag skal arbeidsmiljøutvalg etableres i små virksomheter med 20 ansatte dersom en av partene ønsker det.

Et arbeidsmiljøutvalg er en måte å formalisere HMS-arbeidet på som er best egnet for mellomstore og store virksomheter. Et AMU skal for eksempel ha minimum fire medlemmer, og hvert medlem skal ha en personlig vararepresentant. Det er ikke hensiktsmessig å pålegge virksomheter med helt ned til 10 ansatte å etablere en slik ordning som dessuten kan fortrenge andre og bedre måter å sikre et godt arbeidsmiljø på.

Drøftings- og informasjonsplikter innen konsern må reguleres i hovedavtaler, ikke i loven

I konsernforhold er medvirkning regulert mellom partene i hovedavtalene.

Tariffbestemmelsene forslaget til ny § 8-4 på er basert på, er del av helhetlige tariffreguleringer for tariffbundne virksomheter med tillitsvalgte, og lar seg ikke hensiktsmessig overføre til virksomheter som ikke har etablert rammer og systemer for partssamarbeid. De tariffbaserte ordningene er fremforhandlet mellom de sentrale partene i arbeidslivet og utgjør en målrettet regulering begrenset til tema og virksomheter som er berørt.

Forslaget til lovbestemmelse vil omfatte alle konsern som jevnlig sysselsetter minst 50 arbeidstakere. En bestemmelse som innfører en lovbestemt plikt til å etablere rammer for samarbeid, informasjon og drøfting på konsernnivå, reiser en rekke problemstillinger, blant annet knyttet til tillitsvalgte (for eksempel godtgjørelse, tid til tillitsvalgtarbeid mv).

En sammenligning av ansattes rett til styrerepresentasjon i konsern, der såkalt konsernordning kan etableres, er lite relevant. Slike styreverv er personlige verv og utgjør ikke en forlengelse av tillitsvalgtapparatet. Ansattvalgte styremedlemmer skal i likhet med andre styremedlemmer ivareta selskapets interesser.

Drøftingsbestemmelsene om bemanning kan samles, men ikke utvides

Spekter mener at det av pedagogiske grunner kunne vært hensiktsmessig å samle eksisterende drøftingsbestemmelser om bemanning ett sted i loven.

Spekter støtter derimot ikke forslagene om å utvide omfanget av drøftinger eller å inkludere tjenestekjøp som drøftingstema. Drøftingsreglene er tilstrekkelig omfattende i dag.

Domstolene rammer omgåelse i dag, en lovfestet norm er overflødig og prosessdrivende

Spekter støtter ikke en lovfestet omgåelsesnorm i arbeidsmiljøloven som kan skape uforutsigbarhet for arbeidslivets aktører, og bli unødig prosess- og konfliktdrivende.

Arbeidsmiljøloven har stor praktisk betydning i arbeidslivet, både for arbeidsgivere og arbeidstakere. Loven må derfor være brukervennlig og forutsigbar.

Forslaget medfører at man i tillegg til rettslig prøving av brudd på materielle regler vil få rettssaker med påstand om at gitte disposisjoner har «feil» formål. Forslaget vil utvide tvistepotensialet betydelig og være prosessdrivende.

De mange eksemplene i NOUen viser at domstolene allerede på en god måte vurderer reguletterlevelse i lys av både arbeidsmiljølovens og de aktuelle reglenes formål. På denne måten har domstolene uten en lovfestet norm rammet omgåelser i over hundre år.

Forslagene mangler konsekvensvurderinger

De praktiske og økonomiske konsekvensene av forslagene er i liten grad utredet. Det brede kunnskapsgrunnlaget tilsier dessuten ikke behov for de mange, og til dels inngripende lovendringsforslagene.

Det vises til utredningsinstruksen der det forutsettes at tiltak skal baseres på de problemer som kunnskapsgrunnlaget avdekker. Dette innebærer at det må være en forholdsmessighet mellom lovforslag og empiriske funn. Av utredningsinstruksen følger det at «*utredningen skal omfatte virkninger for enkeltpersoner, privat og offentlig næringsvirksomhet, statlig, fylkeskommunal og kommunal forvaltning og andre berørte*». Det er med andre ord ikke tilstrekkelig å omtale mulige samfunnsøkonomiske virkninger, men det må også foretas en utredning av konsekvensene på virksomhetsnivå. Her er vurderingene mangelfulle.

For eksempel foreslås det at små virksomheter må opprette helt nye organer for medvirkning og at alle virksomheter innen konsern/foretaksgrupper må organisere omstillingsprosesser på nye ressurskrevende måter.

Spekter understreker at et eventuelt videre arbeid med forslagene vil kreve grundige konsekvensvurderinger.

Med vennlig hilsen

Arbeidsgiverforeningen Spekter

Anne-Kari Bratten

Administrerende direktør