

Vikarbyrådirektivet: liberalisering eller likebehandling?

Ann Cecilie Bergene

Ph.d. i samfunnsgeografi, forskningsleder og seniorforsker ved Arbeidsforskningsinstituttet, Høgskolen i Oslo og Akershus
ann-cecilie.bergene@afi.hioa.no

Keith D. Ewing

Professor i offentlig rett ved The Dickson Poon School of Law, King's College, London, England
keith.ewing@kcl.ac.uk

Artikkelen diskuterer den historiske og regulatoriske bakgrunnen for, og mulige virkninger av, implementeringen av Vikarbyrådirektivet. Dette gjøres med utgangspunkt i en todelt prosess som innebærer (1) en svekkelse av det sosiale sikkerhetsnettet og (2) at arbeidstakere blir mer utsatt gjennom at arbeidskraften selges via en «forhandler» i form av vikarbyrå. I denne diskusjonen trekker artikkelen på erfaringer også fra Storbritannia. Mens Versailles-traktaten knesatte «labour is not a commodity» som grunnleggende prinsipp, viser artikkelen hvordan dette gradvis har blitt modifisert og til slutt nesten forlatt med implementeringen av Vikarbyrådirektivet i 2013 gjennom en legitimering av markedsutsetting av ansettelsesforhold.

Nøkkelord: arbeidsutleie, utsatthet, Vikarbyrådirektivet, arbeidsrett

The temporary agency directive: liberalising or like treatment?

We discuss the historical and regulatory background and possible consequences for the implementation of EU Directive 2008/104/EC, this against the backdrop of a two-pronged process involving: (1) a weakening of the social security net and (2) the increasing precarity of workers. In this discussion, we draw on experiences from the UK. While the Treaty of Versailles established the fundamental principle «labour is not a commodity», we show how this has been modified to the extent of being abandoned by the implementation in 2013 of the directive legitimising the marketisation of employment relations.

Keywords: temporary agency work, precarity, Directive on Temporary Agency Work, labour law

Med utgangspunkt i Vikarbyrådirektivet (2008/104/EF) og regjeringen Solbergs forslag om å endre arbeidsmiljølovens regler om inn- og utleie fra vikarbyrå og sosialtjenestelovens vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold (Prop. 39 L 2014–2015), diskuterer denne artikkelen bakgrunnen for, og mulige virkninger av, implementeringen av Vikarbyrådirektivet.¹ Vi trekker på erfaringer både fra Norge og Storbritannia.

Vikarbyrå og arbeidsutleie er foreløpig ikke noe kvantitativt sett utbredt fenomen. Mens det blir anslått at én prosent av norske arbeidstakere er ansatt via vikarbyrå (NHO Service 2014), gjelder dette om lag fem prosent i Storbritannia (Wynn 2014). Arbeidsutleie utgjør imidlertid en *kvalitativ* endring av arbeidsrelasjonen, det vil si en endring av det bilaterale forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, noe som kan ha store konsekvenser for hvordan arbeidslivet er organisert. Barker & Christensen (1998) har hevdet at ansettelse i seg selv har blitt omgjort fra å være en relasjon til å bli en transaksjon, og dermed at vi nå er vitne til noe mye mer grunnleggende i arbeidslivet enn hva omfanget av arbeidsutleie tilsier. Fahlbeck (1998) hevder også, fra et juridisk perspektiv, at endringen i reguleringen av vikarbyrå innebærer et paradigmeskifte i holdningen til ansettelser som er mye mer betydningsfullt som sådan enn utbredelsen av fenomenet.

Ifølge Barchiesi (2012) er det et paradoks at reguleringsendringer svekker det såkalte standardarbeidsforholdet som arbeids- og velferdspolitikken er bygget opp rundt, samtidig som økt aktivitetsplikt gjør at det er enda viktigere enn før å ha et standardarbeidsforhold for å sikres rett til velferdsordninger som for eksempel sykelønn og arbeidsledighetstrygd. Standardarbeidsforholdet blir av Vosko (2008) definert som fast ansettelse i fulltidsstilling hos én arbeidsgiver, der arbeidstakeren jobber på en arbeidsplass eid av arbeidsgiver og under dennes ledelse. Med dette som utgangspunkt tar denne artikkelen opp en todelt prosess som innebærer (1) en svekkelse av det sosiale sikkerhetsnettet og (2) at arbeidstakere blir mer utsatt gjennom at arbeidskraften selges via en «forhandler» i form av vikarbyrå. Det siste innebærer et såkalt triangulært arbeidsforhold der det altså er tre parter, nemlig arbeidstaker, vikarbyrå og innleiebedrift. Vi diskuterer *den historiske og regulatoriske bakgrunnen for Vikarbyrådirektivet og drøfter hvilke konsekvenser implementeringen av direktivet kan ha*. Denne artikkelen anlegger med andre ord et historisk og strukturelt perspektiv, og tar ikke opp spørsmål knyttet til hvorvidt vikarbyråarbeid har positive eller negative konsekvenser for individuelle arbeidstakers muligheter på arbeidsmarkedet, for eksempel hvorvidt det kan fungere som et springbrett (se for eksempel von Simson 2009, 2012; Ichino, Autor & Houseman 2005; Kvasnicka 2009; Amuedo-Dorantes, Malo & Munoz-Bullon 2008).

Artikkelen hviler på gjennomgang av sentrale dokumenter, intervjuer i Oslo Byggningsarbeiderforening gjort i forbindelse med VAM-prosjektet «The Impact of Temporary Work Agencies on the Politics of Work», samt rettssaker og -dokumenter fra Storbritannia.

Implementeringen av Vikarbyrådirektivet

I Norge ble Vikarbyrådirektivet vedtatt med virkning fra 1. januar 2013. Med dette har det skjedd store endringer i reguleringen av arbeidsleie de siste 40 årene (Prop. 74 L 2011–2012). Innleie og utleie av arbeidskraft var uregulert frem til 1971, da et generelt forbud ble innført. Dette forbudet ble oppmyket i 1983, da «kontoryrker mv.» ble unntatt. Dette forbudet med dispensasjon gjaldt helt til 2000.

Som vi skal se har Vikarbyrådirektivet et todelt formål: det er samtidig liberaliserende og beskyttende/begrensende. Det første, og kanskje primære, målet er å fjerne nasjonale begrensninger på adgangen til å drive arbeidsutleie og -innleie (Artikkel 2 og 4). Direktivet inneholder videre, i artikkel 5, bestemmelser som er ment å beskytte innleide arbeidstakere gjennom det såkalte likebehandlingsprinsippet. Diskusjonene om implementeringen av Vikarbyrådirektivet i norsk rett ble aktualisert med regjeringen Solbergs forslag i juni 2014 om å også benytte seg av unntaksbestemmelsene i direktivet.

Vikarbyrådirektivet skal gjelde for hele EU og EØS. Det spenner dermed over nasjonale arbeidsmarkeder som har vært svært ulikt regulert. Dette var også synlig i diskusjonene rundt direktivet. Det varierte fra land til land hvilke grupper som var forkjempere og motstandere. I Norge så vi for eksempel en skeptisk fagbevegelse, mens i andre land var fagbevegelsen svært positiv. Vi vil i denne artikkelen, på samme måte som Keiserud & Vartdal (2013), trekke på erfaringene fra Storbritannia som et kontrasterende case.

Både i Storbritannia og i Norge spiller lovverket og staten en relativt tilbake trukket rolle i reguleringen av arbeidsmarkedet, men mens arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjonene på sentralt nivå i Norge i svært stor grad regulerer gjennom overenskomster og tariffavtaler, er også disse nesten fraværende i Storbritannia. Arbeidsmarkedet i Storbritannia blir dermed karakterisert som deregulert (Ewing 2008; Wynn 2014), mens de nordiske landene blir trukket frem som eksempler på land med godt regulerte arbeidsmarkeder, blant annet gjennom trepartssamarbeidet mellom staten, arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjonene. Storbritannia blir også regnet som vikarbyråbransjens «heartland» i Europa. Før Vikarbyrådirektivet ble implementert hadde Storbritannia og Norge det til felles at det ikke fantes regulering av arbeidskontraktens lengde (dvs. ingen maksimumsgrense), intet krav om lisens og heller ikke om likebehandling (Coe, Johns & Ward 2006). Det var heller ingen spesialbestemmelser med hensyn til rettigheter til representasjon, selv om praksis i Norge var at utleide arbeidstakere var organisert i vikarbyrået. Der landene skilte seg, var på spørsmålet om restriksjoner. I Storbritannia var dette begrenset til forbud mot å erstatte streikende. I Norge var innleie begrenset til vikariater, sesongarbeid og produksjonstopper, det vil si midlertidige behov (Coe m.fl. 2006). Storbritannias motstand mot direktivet var basert på et ønske om å beskytte nettopp denne bemanningsbransjen mot unødig regulatorisk

inngripen. En siste begrunnelse for valg av Storbritannia som kontrasterende case, er at innvendingene derfra var premissgivende for hvordan teksten i Vikarbyrådirektivet til slutt ble formulert (Wynn 2014).

Til tross for at «arbeidsutleiebedrifter» er en mer presis betegnelse, har vi valgt å bruke «vikarbyrå», fordi begrepet brukes i omtalen av reguleringen vi er opptatt av – Vikarbyrådirektivet – og fordi det er et begrep alle kjenner til. Vikarbyrå defineres som en virksomhet som har til formål å leie ut arbeidstakere (Prop. 74 L 2011–2012). En utleid/innleid arbeidstaker er dermed «en arbeidstaker som har en arbeidsavtale eller et ansettelsesforhold med vikarbyrå, med formål å bli leid ut til en annen virksomhet (innleier) for midlertidig å utføre arbeid under dennes ledelse og kontroll» (Prop. 74 L 2011–2012:22). Som vi ser utgjør dette et avvik fra standardarbeidsforholdet.

Bakteppe: svekkelse av det sosiale sikkerhetsnettet

Diskusjonen om private bemanningsselskap, spesielt i form av rekruttering og formidling for profitt, har en lang historie. Versaillestraktaten knesatte noen sentrale prinsipper angående arbeiderrettigheter omtalt som «arbeiderklausuler» (Vosko 1997). Disse inkluderte organisasjonsfrihet, åttetimersdagen, ukentlig hvile, avskaffelse av barnarbeid, lik lønn for likt arbeid og det grunnleggende prinsippet «labour is not a commodity» (Vosko 1997). ILO (International Labour Organization) ble opprettet i 1919, og ansett som vokteren av disse prinsippene, og det står også å lese i konstitusjonen til ILO, Philadelphiadeklarasjonen av 1944, at «Labour is not a commodity».² I den amerikanske Clayton Act legges det også til at «the labour of a human being is not [...] [an] article of commerce» (sitert i Fahlbeck 1998:522). Vikarbyråenes virke er, ifølge Fahlbeck (1998), kanskje den mest alvorlige trusselen så langt mot dette prinsippet.

De tre første tiårene etter andre verdenskrig var preget av et politisk hegemoni knyttet til å bygge opp nasjonale økonomier rundt disse ideene. Det har dermed blitt hevdet at byggingen av velferdsstater, det vil si sosiale sikkerhetsnett, gjorde enkeltindivider mindre økonomisk avhengig av til enhver tid å være i arbeid (Knutsen & Hansson 2010). Denne reguleringen førte til at arbeidstakere (delvis) ble beskyttet mot usikkerheten og risikoen forbundet med markedet og konkurranse (Frade & Darmon 2005). For Esping-Andersen (1990) handler bygging av velferdsstater med andre ord om å beskytte arbeidstakere *utenfor* arbeidsmarkedet gjennom sosialpolitikk, og ikke *i* det, gjennom arbeidsmarkedspolitik og arbeidervernlovgivning (Papadopoulos 2005).

Ifølge Ewing (2008) har det skjedd en dreining i reguleringen av arbeidslivet, inkludert lovverket, hvor målet i mindre grad er å beskytte arbeidstakere. Overgangen til *workfare*, eller det å føre «aktiv velferdspolitik» – som den norske arbeidslinja er i tråd med – innebærer å bygge ned det sosiale sikkerhetsnettet ved

å gjøre rettigheter til stønader avhengig av arbeid (Papadopoulos 2005). Ved å begrense adgang til eller kutte i stønadene innskrenkes alternativene til å delta i arbeidsmarkedet. Som Ewing (2008) påpeker blir rettigheter supplert med et sett plikter; i tillegg til den eksisterende retten til arbeid kommer en plikt til å arbeide, og i tillegg til retten til opplæring for å kunne fungere på arbeidsmarkedet kommer en plikt til å sørge for å være «ansettbar» i et fleksibelt arbeidsmarked.

Vosko (1997) hevder dessuten at triangulære arbeidsforhold i seg selv sjelden innebærer det samme nivået av sosial beskyttelse som standardarbeidsforholdet, som velferdssystemer ofte er bygget på. Dersom beskyttelsen skal ivaretas, må det, ifølge Vosko (1997), gjøres radikale endringer i arbeidsmarkedsreguleringen. Som påpekt av Papadopoulos (2005) er det viktig å se denne kombinasjonen i sammenheng, siden skillet mellom arbeidsmarkedspolitikk og sosialpolitikk er et analytisk, og dermed «kunstig», skille, ikke minst fordi sosialpolitikken er sentral for konstitueringen av arbeidsmarkedet i seg selv gjennom å definere dets grenser og dermed «outside» (Offe 1985; Papadopoulos 2005).

Vi har så langt konsentrert oss om det første aspektet av den todelte prosessen, altså det sosiale sikkerhetsnettet, og går nå over til å diskutere vikarbyråenes rolle som «forhandlere» i kraft av det triangulære arbeidsforholdet, og hvordan dette kan gjøre arbeidstakere mer utsatt.

Regulatorisk grunnlag for alternative ansettelsesformer

Som Papadopoulos (2005) påpeker er alle markeder, inkludert arbeidsmarkedet, sosialt konstruerte, blant annet gjennom statlig intervensjon og politikk. Frade & Darmon (2005) har argumentert for at endringer i reguleringen av arbeidsmarkedet vil, sammen med endrede virksomhetsstrategier, påvirke ansettelsesformer. Slike reguleringsendringer innebærer en prosess hvor politiske beslutninger gjør at nye områder blir åpnet for økonomisk virksomhet. I senere tid har arbeidsrettslige spørsmål blitt brukt som verktøy i den økonomiske politikken, mens den historiske begrunnelsen for arbeidsretten, sosial rettferdighet, har trådd i bakgrunnen (Ewing 2008).

Det har parallelt skjedd en segmentering både i arbeidsrettslige spørsmål og i arbeidsmarkedet. Segmentering av arbeidsmarkedet innebærer at arbeidsmarkedet er delt inn i adskilte sub-markeder, eller segmenter. På grunn av dette kan arbeidsgivere potensielt utnytte konkurransen mellom arbeidstakere i ett segment til å tilby jobber med stadig *dårligere* vilkår, samtidig som at arbeidsgivere i et annet segment må tilby jobber med stadig *bedre* vilkår for å sikre seg arbeidstakere (Peck 1996). Skillet mellom segmentene blir opprettholdt over tid både på grunn av at etterspørsel etter og tilbud av ulik type arbeidskraft varierer, og på grunn av lovgivning og regulering. Ifølge lederen av LO i Oslo, Roy Pedersen (presentasjon holdt på Politisk Pub 15.01.15), ser vi i økende grad at fem slike segmenter, eller

typer arbeidstakere, vokser frem i det norske arbeidslivet: (1) arbeidstakere som er dekket av en tariffavtale, (2) arbeidstakere som ikke er dekket av en tariffavtale, men som likevel lønnes på eller over lønnssetningen i tariffavtalen, (3) arbeidstakere som i ulike varianter lønnes under tariffavtalene, (4) svart/uformelt arbeid og (5) enkeltpersonforetak og selvstendig næringsdrivende, som ikke har status som arbeidstakere og dermed heller ikke rettigheter som det. Ifølge Roy Pedersen (presentasjon holdt på Politisk Pub 15.01.15) er de fire siste gruppene voksende, og øver en økende innflytelse på den organiserte delen av arbeidslivet i Norge gjennom å legge press på det organiserte arbeidslivet.

En slik segmentering av arbeidsmarkedet gjør at arbeidsgivere kan «plukke og mikse» for å minimere risikoen ved ansettelse. Det optimale for en arbeidsgiver i perioder med stort tilbud av arbeidskraft er å kunne disponere arbeidstakere når det er behov for dem, og kun betale ved slikt behov. Utviklingen i Europa, for eksempel i Storbritannia, har vært at arbeidsretten i økende grad har tillatt, akseptert og oppfordret til dette, noe som har blitt kalt en parallell segmentering av *arbeidsretten*. Det eksisterer i dag tre slike segmenter i Storbritannia: (1) ressurssterke som kan kjøre sin egen sak i det privatrettslige systemet,³ (2) arbeidstakere i standardarbeidsforhold med alle rettigheter statusen som arbeidstaker utløser, inkludert oppsigelsesvern, minimumslønn og regulering av arbeidstid, og (3) «rettighetsløse» som ikke (utvetydig) innehar den rettighetsgivende statusen «arbeidstaker». Denne tredje gruppen vil tilsvare gruppe (4) og (5) i Roy Pedersens inndeling fra Norge over. På grunn av økende antall rettsaker i Storbritannia, spesielt i forbindelse med oppsigelser, er det innført en avgift gjennom «Employment Tribunals and Employment Appeal Tribunal Fees Order 2013». Dette mener vi at på sikt kan medføre at det andre segmentet nærmer seg det tredje.

Regulering av arbeidsutleie: ILO

Ifølge Wynn (2014) var endringer i ILO viktig for liberaliseringen og legitimeringen av vikarbyråer i Europa. I begynnelsen anerkjente ikke ILO triangulære arbeidsforhold, og forsøkte å forby privat arbeidsformidling basert på det grunnleggende prinsippet at arbeid ikke er en vare, og at det å formidle arbeidskraft ikke skulle være en kommersiell aktivitet. ILO gikk inn for at stater skulle ha monopol på *formidling og rekruttering* av arbeidskraft, og introduserte på bakgrunn av dette en konvensjon om private bemanningsbyråer i 1933 («Convention Concerning Fee-Charging Employment Agencies», No. 34) (Vosko 1997). Det er her vesentlig at bemanningsbyrået ble definert som et *mellomledd* som *skaffer arbeid* eller *tilbyr arbeidstakere* for *arbeidsgivere*, og at de ikke opptre som arbeidsgivere selv som leier ut sine arbeidstakere. Det var med andre ord her ikke snakk om et triangulært arbeidsforhold

På slutten av 1950-tallet dukket en ny type bemanningsbyråer opp; vikarbyråer

(Vosko 1997), og det ble tidlig klart at disse oppstod i reguleringenes oppløydemark. Disse førte en lang kamp for å bli anerkjent som arbeidsgivere, og dermed for å innføre triangulære arbeidsforhold (Hatton 2011). Det var først i 1997 gjennom konvensjon nr. 181 (Private Employment Agencies Convention) at slike arbeidsforhold, og dermed vikarbyråer som arbeidsgivere, ble anerkjent i ILO. Vosko (1997) mener dermed at konvensjon nr. 181 innebærer en reversering av den tidligere negative holdningen til mellomledd i arbeidsmarkedet og ikke-standard arbeidsforhold, og at ILO nå aksepterer disse som et permanent innslag i arbeidsmarkedet. Som sådan vitner ILO-konvensjonen om et normativt, så vel som et regulatorisk, skifte, som kan medføre en ny modell med lavere sosial beskyttelse (Vosko 1997). I konvensjonens fortale anerkjennes vikarbyråenes rolle i et velfungerende og fleksibelt arbeidsmarked (Vosko 1997). Konvensjonen etablerer imidlertid ingen retningslinjer for ansvarsfordeling mellom de tre partene i det triangulære arbeidsforholdet, hvilket kan medføre lavere beskyttelse for arbeidstakerne (Vosko 1997). Dette er også en mangel i lovverket i de nordiske landene (Vosko 1997).

Ifølge Vosko (1997) utgjør konvensjon 181 også et brudd med den etablerte normative modellen, ofte omtalt som standardarbeidsforholdet. Det er spesielt triangulære arbeidsforhold som bryter med dette siden det ofte innebærer tidsbegrensede arbeidsavtaler, som ikke trenger å være full tid, hvor arbeidstakeren blir gitt oppdrag hos flere oppdragsgivere og dermed ikke jobber i arbeidsgiverens lokaler og hvor arbeidsgiveransvaret i praksis kan være delt mellom to aktører, altså vikarbyrået og innleiebedriften (Vosko 1997). Voskos (1997) utgangspunkt er at slike triangulære arbeidsforhold skaper alvorlige utfordringer for det eksisterende reguleringsregimet som fortsatt er basert på standardarbeidsforholdet som norm og ideal. Dette gjelder, som vi skal se, også i Norge.

Vikarbyrådirektivet

Det ble allerede i 1989 foreslått av EU-Kommisjonen å utarbeide et sett av direktiver for å regulere såkalt atypisk arbeid. Arbeidet med Vikarbyrådirektivet var preget av ti år hvor situasjonen var fastlåst, av sterk motstand, blant annet fra Storbritannia med støtte fra Tyskland, og senere av byttehandel og politisk manøvrering (Wynn 2014). Ifølge Vosko (2009) var utarbeidningen av Vikarbyrådirektivet knyttet til den endringen av arbeid som arbeidsutleie som fenomen i seg selv innebærer; nemlig utfordringen knyttet til å balansere arbeidsrettslige og kommersielle spørsmål. Dette kan blant annet ses i en manglende erkjennelse av at arbeidsutleie innebærer et triangulært arbeidsforhold gjennom å definere vikarbyråer som regulære arbeidsgivere. Dersom det gjøres vil, ifølge Vosko (2009), arbeidsutleie lettere for innleier kunne defineres som tjenesteyting snarere enn et ansettelsesforhold.

Direktivet har to hovedformål: fjerning av begrensninger på bemanningsbransjen, det vil si en slags liberalisering, og introduksjon av et likebehandlingsprinsipp. Å være samtidig liberaliserende og beskyttende kan virke motstridende. Selv om det siste kan synes å være i arbeidstakernes, og i forlengelsen av disse, fagbevegelsens interesser, var fagbevegelsen i Norge skeptisk til direktivet ut fra en oppfatelse av direktivet som en legitimering av bemanningsbransjen.

Liberaliseringsformålet blir i direktivet presentert først, og er formulert som behovet «to establish a suitable framework for the use of temporary agency work with a view to contributing effectively to the creation of jobs and to the development of flexible forms of working» (Vikarbyrådirektivet, artikkel 2). Mer konkret innebærer det at det på nasjonalt nivå skal fjernes reguleringer som forhindrer vikarbyråene i å operere. Artikkelen 4 inneholder eksplisitte formuleringer om at forbud mot og restriksjoner på bruk av vikarbyrå skal fjernes, med mindre å beholde dem kan begrunnes med allmenn interesse (se i Prop. 74 L 2011–2012), blant annet med hensyn til arbeidsmarkedet. Arbeidsmarkedet er, i denne forståelsen, et selvregulerende marked hvor markedsøkonomiske prinsipper gjelder (Polanyi 1944/2001). Det er nettopp frykt for tendenser i retning av «monopoldannelse» at Artikkelen 4 inneholder muligheter for forbud mot og restriksjoner på bruk av vikarbyrå: «Ifølge artikkelen 4 kan forbud mot og restriksjoner på anvendelsen av innleid arbeidskraft bare begrunnes i allmenne hensyn, særlig beskyttelse av de utleide arbeidstakerne, krav til helse og sikkerhet på arbeidsplassen eller i behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked» (Prop. 74 L 2011–2012:22, vår uthevelse). Det sistnevnte gjøres også i Prop. 74 L 2011–2012 (side 28) eksplisitt med referanse til arbeidsmiljøloven § 14-12 fjerde ledd og Ot.prp. nr. 70 (1998–1999), hvor det står at departementet i forskrift kan forby innleie av visse arbeidstakergrupper eller på visse områder hvor det for eksempel «er sterk mangel på en bestemt type arbeidskraft, og hvor den enkelte arbeidsgiver og den lokale fagforening kan føle seg tvunget til å leie inn slik arbeidskraft til meget høye priser». Dette er samme bekymring som lå til grunn for forbudet som ble innført i 1971 (Ot.prp. 53, 1970–71).

Når det gjelder formålet knyttet til vern og likebehandling, hviler dette på samme fundament som annet arbeidervern: at det foreligger et ansettelsesforhold. Dette betyr imidlertid at Vikarbyrådirektivet befester vikarbyråenes rolle som arbeidsgiver, og det etablerer dermed en relasjon mellom arbeidstakerne og vikarbyrået heller enn mellom arbeidstakere og innleiebedriften (Vosko 2009).

Likebehandlingsprinsippet er eksplisitt uttrykt i artikkelen 5: «The basic working and employment conditions of temporary agency workers shall be, for the duration of their assignment at a user undertaking, at least those that would apply if they had been recruited directly by that undertaking to occupy the same job».

Likebehandlingen refererer til en hypotetisk situasjon hva angår definisjonen av hvilke lønns- og arbeidsvilkår som danner sammenligningsgrunnlaget (se også Schlachter 2012):

Etter likebehandlingsprinsippet skal arbeids- og ansettelsesvilkårene til den utleide arbeidstakeren minst tilsvare de vilkår som ville vært gjeldende dersom arbeidstaker hadde vært ansatt direkte i innleievirksomheten for å utføre samme arbeidsoppgave [...] Vurderingen skal gjøres ut fra den tenkte situasjonen at arbeidstakeren ikke er innleid til virksomheten, men ansatt i den. Spørsmålet er da hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår arbeidstakeren ville hatt krav på i den hypotetiske situasjonen (Prop. 74 L 2011–2012:23).

Det er opp til medlemslandene å bestemme om sosiale rettigheter, inkludert pensjon og sykelønn, skal inkluderes i «arbeids- og ansettelsesvilkår». Direktivets likebehandlingsprinsipp er tatt inn i arbeidsmiljølovens §14-12 a), som fastslår at vikarbyrået «skal sørge for at utleid arbeidstaker minst sikres de vilkår som ville kommet til anvendelse dersom arbeidstaker hadde vært ansatt hos innleier». Dette skal gjelde for arbeidstidens lengde og plassering; overtidsarbeid; varighet og plassering av pauser og hvileperioder; nattarbeid; feriefritid; feriepengene; fridager og godtgjøring på slike dager; og lønn og utgiftsdekning. Dette følges av at utleid arbeidstaker skal ha samme tilgang på felles goder og tjenester hos innleier som virksomhetens egne arbeidstakere, med mindre objektive grunner tilsier noe annet. Det kan imidlertid innføres ansiennitetsbarrierer, som må gjelde alle ansatte, som gjør at enkelte goder ikke gis før etter ett års ansettelse. I tillegg er ikke pensjon omfattet av likebehandlingsreglene, noe LO i begge høringsomgangene påpekte at var problematisk (innledning av Karen Sophie Steen på AFI-Forum 31.10.13).

Det finnes ikke noen enhetlig, generell definisjon av lønn i norsk lovgivning (Keiserud & Vardal 2013). Keiserud & Vardal (2013:159) hevder at det mest nærliggende er å tolke implementeringen slik at det er et snevert lønnsbegrep som skal gjelde ved at «utbetalinger/ytelser som er avledet av at det foreligger et ansettelsesforhold, og som ikke er knyttet opp til den faktiske avleggelsen av arbeidstakelsen, falle[r] utenfor likebehandlingskravet». Det er med andre ord kun «vederlag for arbeid» som omfattes, det vil si det legges til grunn et snevert lønnsbegrep som er knyttet opp til selve utførelsen av arbeidet og ikke et videre lønnsbegrep som ville innebefattet «ethvert vederlag som er oppeba?ret i arbeidsforholdet», for eksempel utbetalinger i forbindelse med legitimert fravær eller generelle bonusordninger (Keiserud & Vardal 2013:159, utheving i original). Direktivet inneholder videre ingen likebehandling hva angår jobbsikkerhet/ansettelsestrygghet.

Det har på denne bakgrunn blitt reist bekymringer for at likebehandlingsprinsippet slik det er definert i artikkel 5(1) er for løst, samtidig som det har blitt inkludert unntaksbestemmelser, ofte omtalt etter nasjonale særegenheter (Wynn 2014). Det såkalte «tyske unntaket» (artikkel 5(2)) fastsetter at det kan gjøres unntak når det gjelder likebehandling i lønns spørsmålet der den innleide har en tidsubegrenset arbeidsavtale med lønn mellom oppdrag, gjerne omtalt som *fast ansettelse med garantilønn* (Prop. 74 L 2011–2012). Denne garantilønnen trenger på

den andre siden ikke være full lønn, men kan være en andel av lønnen arbeidstakeren mottar i oppdrag. Som Egede-Nissen & Lund (2012) påpeker er det umulig å likebehandle i tiden mellom oppdrag, fordi man da ikke har noen stilling å likebehandle i forhold til. Det er med andre ord ingen krav om proporsjonalitet. Antagelsen her er at en slik tidsbegrenset arbeidsavtale med lønn mellom oppdrag gir en ekstra beskyttelse og trygghet (se direktivets fortale, recital 15). Dette er per i dag ikke en relevant problemstilling i Norge, all den tid bemanningsbransjen har en konsekvent praksis med fast ansettelse *uten* garanti for lønn mellom oppdrag (Egede-Nissen & Lund 2012). Gjennom at arbeidsmiljøloven ikke inneholder noen legaldefinisjon av «fast ansettelse» (Egede-Nissen & Lund 2012; Steen 2013), og praksisen med avtaler uten garantilønn, kommer den senere tids dreining mot økt utsatthet frem. Som arbeidstaker er man avhengig av en viss minimumsinntekt over tid, mens ideen om innleie av arbeidskraft, forsøkt løsrevet fra arbeidstakeren denne er iboende, gjør det rasjonelt å argumentere for at det ikke skal gis garanti for lønn mellom oppdrag. I NOU 1998:15 legges det dermed vekt på at i henhold til arbeidsmiljøloven vil fast ansettelse i vikarbyråer «kunne organiseres som en rett til arbeid *ved behov*», det vil si arbeids-/oppdragsgivers behov (blant annet side 77 og 187, vår utheving). Det er ingen andre spesifikke krav i direktivet til hva arbeidsavtalen mellom vikarbyrået og arbeidstakeren formelt sett skal inneholde. Det samme gjelder for arbeidsmiljøloven; det er ingen spesiell regulering av forholdet mellom utleier (vikarbyrået) og arbeidstaker, hvilket gjør at det er de alminnelige reglene i loven som gjelder (Egede-Nissen & Lund 2012).

«Det tyske unntaket» har allerede medført klagesaker.⁴ Det ble kort tid etter implementeringen i Storbritannia rapportert tilfeller hvor vikarbyrå, for å omgå likebehandlingsprinsippet, tilbød arbeidstakere slike tidsbegrensede arbeidsavtaler med lønn mellom oppdrag, men hvor de innleide tjente opp til £135 (om lag 1.350 kroner) mindre i uken enn direkte ansatte med tilsvarende arbeidsoppgaver.⁵ Risikoen dette innebærer for vikarbyrået i form av garantilønn har i Storbritannia blitt omgått ved at arbeidsavtalene inneholder et vilkår om at «bedriften beholder retten til å endre vilkår og betingelser for driftsmessige, kommersielle eller finansielle grunner i tråd med bedriftens behov».⁶ Schlachter (2012) påpeker i tillegg hvordan garantilønn kan omgås enten ved å si opp arbeidstakeren etter endt oppdrag (eventuelt for å ansette på ny i neste omgang), eller ved å la arbeidsavtalen forplikte arbeidstaker til ubetalt ekstra permisjon.

Artikkel 5(3), det såkalte «nordiske unntaket», gir mulighet for unntak gjennom tariffavtale, hvor medlemslandene selv kan bestemme på hvilket nivå (virksomhetsnivå/lokalt, sektorvis eller nasjonalt) tariffavtalen skal være inngått. Disse tariffavtalene kan fravike likebehandlingsprinsippet, men skal sørge for en overordnet beskyttelse av vikarbyråansatte (Wynn 2014). Til slutt har vi «det britiske unntaket» i artikkel 5(4) som åpner for at land uten mekanismer for å allmenngjøre tariffavtaler kan søke enighet gjennom å konsultere de sosiale partnerne, det

vil si arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjonene. Artikkel 5(4) inneholder spesifikt at vikarbyråansatte kan unntas fra likebehandlingsprinsippet i en kvalifiseringsperiode på opp til 12 uker. Dette gjør at om lag 40 prosent av innleide i Storbritannia faller utenfor Vikarbyrådirektivets krav om likebehandling. Myndighetene har til og med innrømmet at «det er god grunn til å anta at fordelingen mellom ulike lengder på oppdragene vil endres med implementeringen av direktivet. Et av incentivene til innleiebedriften vil være å gå over til kortidsinnleie (dvs. oppdrag som er kortere enn 12 uker) i et forsøk på å minimere kostnadene».⁷ Likebehandlingsprinsippet trer i kraft dersom den innleide jobber med samme arbeidsoppgaver for samme innleiebedrift i 12 sammenhengende uker som del av ett eller flere oppdrag.⁸ Dette åpner for strategier for omgåelse gjennom å enten legge inn pauser mellom korte oppdrag eller å rotere arbeidsoppgaver.

I utgangspunktet benyttet ikke Norge seg av disse unntaksbestemmelsene, men regjeringen Solberg har nå foreslått å benytte seg av «det nordiske unntaket» (Prop. 48 L 2014–2015). Dette unntaket er i utgangspunktet i tråd med måten de nordiske landene har oppnådd den ønskede fleksibiliseringen av arbeidsmarkedet på, det vil si gjennom å åpne for å inngå avtaler heller enn å totalt fjerne lovbestemmelser (Fahlbeck 1998). Fahlbeck (1998) er kritisk til dette og omtaler det som «derogation in pejus» («unntak til det verre»), og understreker at når intensjonen med regulering er å beskytte og likebehandle en antatt svakere part, kan slik praksis regnes som pervers og selvmotsigende. Til dette kommer det at vikarbyråansatte i Norge i svært liten grad er organisert. Dermed vil det ikke være deres representanter som kommer til å inngå disse tariffavtalene.

Med disse unntaksbestemmelsene kan det diskuteres i hvilken grad Vikarbyrådirektivet i det hele tatt motvirker den todelte prosessen i retning av å øke arbeidstakers utsatthet samtidig som det sosiale sikkerhetsnettet svekkes. Gitt det parallelle formålet til likebehandling, det vil si å liberalisere og legitimere vikarbyrå i EU, er det et betimelig spørsmål om direktivet er ment som å påskynde eller bremse denne prosessen. Likebehandlingsprinsippet blir slik sett, i Norge, omtalt som et tiltak som har «bedret situasjonen, men det har bedret situasjonen på feil område» (intervju med Kjell Skjærvø i Oslo Bygningsarbeiderforening), fordi det ikke forholder seg til de grunnleggende spørsmålene knyttet til sosialt sikkerhetsnett og ansettelsesform. Viktigere enn likebehandling er derfor, ifølge vår informant, å regulere ansettelsesformen «fast ansettelse uten garantilønn» i et vikarbyrå:

[D]en største forskjellsbehandlingen av de som jobber i bemanningsforetak gjaldt ikke lønn [...] Den største forskjellsbehandlingen har jo vært at mens vi er vant til at når du er ansatt så betyr det at du har arbeidsplikt og arbeidsgiveren har lønnsplikt for en bestemt arbeidstid, enten man har arbeidet eller ikke, men sånn er det ikke i bemanningsforetak. Der vet du ikke om du har arbeid i morgen [...] [Vikarbyrådirektivet] er irrelevant for Norge, og [...]

istedenfor dette voldsomme fokuset på likebehandling av lønn så burde vi hatt fokus på ansettelsesforholdene og gjort noe med dem (intervju med Kjell Skjærvø i Oslo Byggningsarbeiderforening).

Grunnen til at våre informanter fra fagbevegelsen mener at likebehandlingskravet er «feil område» og at det heller burde fokuseres på ansettelsesforholdet, er at utsattheten innleie medfører gjør at det er lav sannsynlighet for at arbeidstakeren kommer til å kreve likebehandling:

[V]i merket jo at det [...] å skulle sikre likebehandling og at det var de utleide som skulle ta opp saken sin der de mente seg å ikke være likebehandlet – gitt den rettsstilstanden de levde under – det var ikke bare bare. Vi fikk ikke veldig mange saker på manglende likebehandling selv om det har kommet noen av dem etter hvert [...] Likebehandlingen ble fremstilt som at det skulle ordne opp i bransjen, men for oss var det ganske åpenbart at der skoen trykket var denne ansettelsesformen – det var det store problemet, og så lenge det var uløst så ville likebehandlingen bli ganske vanskelig å gjøre reell (Jonas Bals, tidligere ombudsmann i Oslo Byggningsarbeiderforening).

Implementeringen av direktivet ble til og med ansett som en legitimering og befesting av denne ansettelsesformen, og dermed noe fagbevegelsen ikke har vært i stand til å gjøre noe med:

[L]ikebehandlingskravet er for å kompensere for at man er ansatt fra oppdrag til oppdrag. Så det at dette likebehandlingskravet er gjennomført i Norge – det mener jeg har en virkning i retning av at det legitimerer det som foregår i bemanningsforetakene, og som vi mener egentlig er ulovlig [...] [V]i har vært fullstendig utav stand til å gjøre noe med det disse arbeiderne har opplevd som hovedproblemet sitt. Og det er denne ansettelsen som de har. Det her med at de blir ansatt først for å gjøre et oppdrag, og etter det så har de ikke verken rett eller plikt til noe som helst. Og de har ikke noe arbeidstid, ikke noen stillingsstørrelse. De er fast ansatt, men de har ingen sikkerhet verken for arbeid eller inntekt (Kjell Skjærvø, Oslo Byggningsarbeiderforening).

I tillegg kommer det at fleksibiliserings- og liberaliseringsintensjonen, ifølge Schlachter (2012), er mye tydeligere og dermed har en mye høyere sannsynlighet for å bli fullstendig gjennomført i praksis enn likebehandlingsprinsippet, som er mindre tydelig og dessuten har en rekke unntaksbestemmelser knyttet til seg.

Artikkel 6(2) er talende for direktivet som helhet når det gjelder synet på arbeidsmarkedet og hvordan dette kan og bør fungere. Her forbyr klausuler som skal hindre utleide arbeidstakere å inngå arbeidsavtale med innleiebedriften etter at oppdraget for vikarbyrået er avsluttet. Dette følges imidlertid av en formulering i retning av at vikarbyråene kan kreve en rimelig kompensasjon for tjenestene de

har levert til innleiebedriften i forbindelse med formidling, oppdrag, rekruttering og/eller opplæring av arbeidstakeren. Igjen synliggjøres vikarbyråenes rolle som «forhandlere» av arbeidskraft, siden arbeidstakeren selv ikke er med i forhandlingen av «prisen» innleiebedriften skal betale vikarbyrået. Overgangen fra innleid til direkte ansatt blir dermed en transaksjon innleiebedrift og vikarbyrå imellom. Artikkel 6(3) fastslår på den andre siden at vikarbyrået ikke kan kreve betaling av arbeidstaker etter at hun har vært leid ut og dernest blir ansatt hos innleiebedriften (Prop. 74 L 2011–2012). Dette kan ses i sammenheng med hensynet til «et vel-fungerende arbeidsmarked» all den tid det finnes egne reguleringer mot såkalt «bundet arbeid».

Norge valgte en såkalt maksimalimplementering av Vikarbyrådirektivet. Det betyr at det er innført tilleggsplikter for vikarbyråene og innleiebedriftene. Denne maksimalimplementeringen har både sine fordeler og ulemper. Tiltakspakken innebærer en informasjonsplikt mellom vikarbyrå og innleier for at begge parter skal kunne sikre seg informasjon om at vikaren får den riktige lønnen og de riktige betingelsene (ihht. arbeidsmiljølovens §14-12b)). Innleier har dessuten et solidaransvar som betyr at bedriften har et utvidet ansvar til å sikre seg at vikarbyrået opptrer i henhold til loven. Ved brudd på likebehandlingsprinsippet kan innleid arbeidstaker kreve innleier for lønn, feriepenger eller annen godtgjøring. Videre er innleier pliktet til å utlevere opplysninger om vikarenes betingelser til tillitsvalgte (arbeidsmiljølovens §14-12 tredje ledd).

Vikarbyrådirektivets begrensninger når det kommer til likebehandlingsprinsippet viste seg tidlig i Storbritannia, hvor de regulatoriske smutthullene ble fullt utnyttet i implementeringen.⁹ For eksempel, siden formuleringen i Vikarbyrådirektivet refererer til en hypotetisk situasjon med alle usikkerhetsmomentene det medfører, har Storbritannia valgt å operasjonalisere det som at den innleide skal ha samme vilkår som en «tilsvarende ansatt».¹⁰ En «tilsvarende ansatt» er definert som en ansatt som gjør lignende arbeid og har tilsvarende kvalifikasjoner og ferdigheter.¹¹ Det oppstår her umiddelbart problemer når det er flere «tilsvarende ansatte» som ikke lønnes likt. Schlachter (2012) påpeker imidlertid at å bruke direkte ansatte med noenlunde samme arbeidsoppgaver som proxy eller referanse blir det mest nærliggende. Keiserud & Vartdal (2013) argumenterer, basert på ordlyden i den norske lovteksten og i forarbeidene (Prop. 74 L 2011–2012), for at det er gode grunner til å tolke det dit hen at sammenligningen skal gjøres med direkte *midlertidige* ansatte hos innleiebedriften, med vekt på formuleringen «for å utføre samme arbeid» og ønsket om at vikarbyrå skal fungere som et mer likeverdig alternativ til midlertidig ansettelse. Det har i tråd med dette blitt påpekt at det ikke finnes noen regulering som forbyr å rekruttere «symbolske ansatte» («token employees») med lav lønn for at disse skal fungere som sammenligningsgrunnlag for innleide (Davies 2010). Likebehandlingsprinsippet kan dermed omgås enten ved at det ikke finnes noen «tilsvarende ansatt» (som kan være tilfelle

hvor en bedrifts arbeidsstokk er segmentert og hvor deler av driften er fullstendig dekket av innleide, som for eksempel kabinansatte i Ryanair), eller ved at det er flere «tilsvarende ansatte» med ulike vilkår. Ifølge Vosko (2009) var begrepet «tilsvarende ansatt» («comparable worker») også en av hovedutfordringene med å komme til enighet om Vikarbyrådirektivet. En av våre informanter fortalte nettopp om hvordan dette åpner for kreative løsninger og skaper utfordringer med tanke på å ivareta innleide arbeidstakere:

[D]et var mange [innleiebedrifter] som prøvde å presse sine tillitsvalgte til å inngå nye avtaler hvor man skulle få presisert nye stillingsbetegnelser. De du da skulle bli likebehandlet med ville i realiteten være noen som ikke fantes, men som lå omtrent akkurat der hvor den allmenngjorte minstelønnen lå [...] Så det var ikke måte på hvor mye kreativitet vi fikk eksempler på. (Jonas Bals, tidligere Ombudsmann i Oslo Bygningsarbeiderforening).

Utleie som nedbygging av det forpliktende arbeidsforholdet

Ifølge Block (1990) er arbeid både den mest fundamentale og den mest problematiske kategorien i økonomien. Økonomifaget tar ofte utgangspunkt i at arbeidskraft er en innsatsfaktor i produksjonen på lik linje med råvarer. I denne forstand blir målet til arbeidsgivere å kun benytte seg av og betale for en arbeidstakers arbeidskraft når det er behov for den, uten å påta seg noe ansvar ved ansettelse. Med en slik *rendyrket* forståelse vil arbeidsgiveren fraskrive seg ansvaret for arbeidstakeren som person og behandle den som «innsatsfaktoren» arbeidskraft. Det er dette vi ser tegn til i det som nå er standard arbeidsavtale i vikarbyråene; «fast ansettelse uten garantilønn».

Vi har valgt å omtale vikarbyråene som «forhandlere» i tråd med Endresens (2010) engelske begrep «merchants of labour». Begrunnelsen for det er at vikarbyråenes overskudd stammer fra differansen mellom inntektene de får fra oppdragsgiverbedriftene for utleie av arbeidskraft og lønnsutgiftene. Som for handelskapital for øvrig kommer profitten altså fra å selge dyrere enn man kjøper. Dette kan være opphavet til to av bekymringene vi skal se under hva angår vikarbyråene; at vikarbyråene utnytter et stramt arbeidsmarked til å sette for høye priser og at arbeidstakere som blir utleid bør beskyttes mot dårligere vilkår enn andre.

Arbeidsavtaler mellom arbeidstaker og vikarbyrå bærer ofte i større grad preg av å være en ren transaksjon enn «tradisjonelle» arbeidsavtaler, blant annet ved å ikke garantere en fast inntekt (ingen lønn mellom oppdrag, og antall oppdrag er uvisst). Frade & Darmon (2005) hevder at arbeidsgivere nå i større grad avgrenser arbeidsforholdet til akkurat det de trenger når de trenger det. Det vil si at sysselsetting og ansettelse i økende grad blir ensbetydende med en aktivitet eller en arbeidsoppgave. Dette kan ha konsekvenser for avtalens tidsmessige avgrensning, eller «varighet», arbeidstid og/eller arbeidstakerens inntekt (Frade & Darmon 2005).

Oppdragene er knyttet til bestemte oppgaver arbeidstaker skal gjøre, og det blir dermed, ifølge Koene, Paauwe & Groenewegen (2004), et mye mer «opportunistisk» arbeidsforhold med begrenset gjensidig forpliktelse og ansvar. Koene m.fl. (2004) hevder dermed at økt bruk av arbeidsinnleie signaliserer en økt aksept for markedsstyring av personalpolitikken.

Det som før var en rettighetsgivende status beskyttet av lovverk og kollektive avtaler, blir i økende grad erstattet med markedskontrakter (Frade & Darmon 2005). Frade & Darmon (2005) knytter dette til ny organisering av tjenesteproduksjon i retning av såkalt eksternalisering, enten i form av outsourcing eller innleie av arbeidskraft. Når ansettelsesforholdet markedsutsettes, innkapsles det i en kommersiell kontrakt mellom to bedrifter; arbeidsgiverbedriften og klientbedriften, det vil i vårt tilfelle si innleiebedriften. Dette medfører at arbeidsretten må vike for handelsretten.¹² Den særegne reguleringen i arbeidsretten gjør at arbeidsmarkedet er regulert annerledes enn andre markeder, blant annet ved at arbeidsavtaler utløser et sett rettigheter som andre private avtaler ikke gjør (Frade & Darmon 2005). Ifølge Frade & Darmon (2005) var arbeidsrettslige saker før kjennetegnet av at det såkalte standardarbeidsforholdet, det vil si fast fulltidsansettelse, var ideal og norm, og dermed at midlertidige ansettelser måtte begrunnes som unntak og ikke kunne omfatte «ordinær virksomhet». Gjennom eksternalisering har arbeidsrettslige spørsmål i økende grad blitt sett i lys av handelsrettslige, slik at rettsvesenet har akseptert arbeidsgiveres påstander om at deres aktiviteter gjøres på vegne av en tredjepart nedfelt i en kommersiell kontrakt. Arbeidsavtaler avhenger således av den kommersielle kontrakten arbeidsgiverbedriften er bundet av (Frade & Darmon 2005). Det betyr at i praksis kan arbeidsforholdet mellom arbeidstaker og bedriften denne utfører arbeidet for (oppdragsgiverbedriften) opphøre på dagen uten omkostninger for noen av partene (Koene m.fl. 2004). Som vi ser kommer dette av triangulære arbeidsforhold, som er et kjennetegn ved utleie av arbeidskraft. Som Egede-Nissen & Lund (2012:82) påpeker er det i forholdet mellom innleier og utleier (vikarbyrå) «langt på vei avtalefrihet [...] [når det] gjelder varighet og opphør av innleieforholdet, herunder at avtalen og/eller alminnelige arbeidsrettslige regler kan regulere adgangen til å avslutte engasjementet eller at utleier må oppfylle avtalen ved hjelp av en annen person». Vikarbyrået har ikke anledning til å «overstyre kundenes ønsker om hvilke kvalifikasjoner som behøves og hvem som skal utføre det enkelte oppdraget» (Egede-Nissen & Lund 2012:89). Egede-Nissen & Lund (2012:89) understreker videre at det vil «oppstå en utfordrende situasjon i de tilfeller hvor arbeidstaker krever å fortsette i stillingen etter arbeidsmiljølovens § 15-11. Bemanningsforetaket har normalt ikke selv arbeid å tilby arbeidstakeren, og det vil i praksis være vanskelig å gjennomføre slik sysselsetting mot innleiebedriftens vilje». Steen (2013) argumenterer for at det triangulære arbeidsforholdet er uoversiktlig og får uheldige konsekvenser for stillingsvernet til arbeidstaker ved at

innleiebedriften får betydelig innflytelse på om denne får beholde jobben eller ikke.

En sak fra Storbritannia illustrerer dette tydelig. Når vi, i den segmenterte arbeidsretten, for de «rettighetsløses» del sier «ikke utvetydig», er det fordi det oppstår gråsoner, som i saken *James v Greenwich London Borough Council*, hvor James hadde jobbet som omsorgsarbeider gjennom et vikarbyrå.¹³ Da kommunen byttet til et annet vikarbyrå, valgte James å også bytte vikarbyrå og fortsatte å jobbe for kommunen. Hennes kontrakt var med vikarbyrået og ikke kommunen, og kontrakten var en oppdragsavtale (*contract for services*) og ikke en arbeidsavtale (*contract of service*). Etter en sykdomsperiode ble James byttet ut med en annen ansatt i samme vikarbyrå, hvorpå hun ønsket å starte en sak på bakgrunn av usaklig oppsigelse etter å ha jobbet for kommunen i tre år. For å gjøre dette måtte hun imidlertid bevise at hun var en arbeidstaker, hvilket hun ikke kunne gjøre basert på oppdragsavtalen som innebar at hun ikke hadde noen forpliktelse til å arbeide for kommunen, og kommunen hadde ikke noen forpliktelse til å gi henne (videre) arbeid. Denne manglende gjensidige forpliktelsen har også blitt trukket frem i Norge i diskusjonen av lovligheten av «fast ansettelse uten garanti-lønn», uten at spørsmålet er avklart (Egede-Nissen & Lund 2012; Steen 2013).

Som dette tilfellet viser kan segmenteringen av arbeidsretten være med på påskynde den todelte prosessen nevnt innledningsvis ved at flere arbeidstakere kan bli «rettighetsløse». Ifølge Purcell & Purcell (1998) vil mange vikarbyrå forsøke å definere seg som byrå for selvstendig næringsdrivende, og problematikken rundt de to typene avtale har vært vanskelig for rettsvesenet å håndtere. Det at dette er en bevisst strategi på arbeidsgiversiden, gjør spørsmålet om hvem som er arbeidsgiver til «et juridisk minfelt» (Purcell & Purcell 1998:53, vår oversettelse). En økende gråsoner mellom å være arbeidstaker og å være selvstendig næringsdrivende blir også påpekt av Frade & Darmon (2005). Dette har konsekvenser for oppsigelsesvern, men også for hvorvidt likebehandlingsprinsippet i Vikarbyrådirektivet får den ønskede effekten, fordi innleide selvstendig næringsdrivende ikke faller inn under kravet for likebehandling med direkte ansatte. Keiserud & Vartdal (2013) hevder dermed at også i norsk kontekst krever implementeringen av Vikarbyrådirektivet en tydeligere avgrensning mellom entrepris og arbeidsutleie.

Likebehandlingskravet gjør det med andre ord attraktivt å få aktiviteten definert som entrepris og ikke innleie, en praksis vår informant i Oslo Byggningsarbeiderforening hadde observert:

[F]oreningen her gjorde en byggeplasskartlegging i høsten 2011, høsten 2012 og høsten 2013. Og vi kartla byggeplassene til de store entreprenørene [...] med tanke på å finne ut fordelingen av egne ansatte, ansatte hos underentreprenører og innleide. I 2011 og 2012 var halvparten av alle bygningsarbeiderne på disse byggeplassene innleide. Mer enn det. Det

var jo ganske dramatisk [...] Men i 2013 så var bruk av innleie direkte til hovedentreprenøren falt drastisk [...] Og det har vi tilskrevet innføringen av likebehandlingskravet [...] [D]et har [...] vært en overgang til økt bruk av [underentreprise] (Kjell Skjærvø, Oslo Bygningsarbeiderforening).

Når statusen som arbeidstaker blir uklar, vil behovet for regulering øke. I Storbritannia har imidlertid forsøket på å regulere én av gruppene i det tredje segmentet, vikarbyråansatte, slått kraftig tilbake ved at beskyttelsen i noen tilfeller har blitt dårligere, ikke minst på grunn av det de der omtaler som «omgåelsesstrategier» (*strategies of evasion*). Ifølge våre informanter stod det å utvikle slike strategier høyt på dagsorden fra første stund også i Norge:

Det vi så fra før dag én, altså før dette trådte i kraft, [var] at fremfor at bedriftene brukte kreftene på hvordan man skulle innordne seg det nye regimet med likebehandling så så vi at de brukte veldig mye krefter på hvordan de kunne tilpasse seg, unngå og omgå likebehandling (Jonas Bals, tidligere ombudsmann for Oslo Bygningsarbeiderforening).

Oppsummering

Det grunnleggende prinsippet knesatt i Versaillestraktaten at «labour is not a commodity», kan hevdes å være nesten forlatt med implementeringen av Vikarbyrådirektivet i 2013, etter også å ha gjennomgått gjentatte revideringer i ILOs konvensjoner. Samtidig har både velferdsstatene og standardarbeidsforholdet blitt utfordret slik at det i drøftingen av konsekvensene av Vikarbyrådirektivet er nyttig å ta utgangspunkt i en todelt prosess der (1) det sosiale sikkerhetsnett for arbeidstakere blir svekket gjennom økt aktivitetsplikt og dermed økt avhengighet av deltagelse på arbeidsmarkedet, og (2) arbeidstakere blir mer utsatt gjennom fremveksten av vikarbyrå og triangulære arbeidsforhold, hvor vikarbyråene opptrer som «forhandlere».

Artikkelen har et komparativt utgangspunkt med sammenligninger mellom Norge og Storbritannia. Måten innleide arbeidstakere blir behandlet på i Storbritannia kan ses som et symptom på den senere tids endringer i reguleringen av arbeidsmarkedet og hvordan slike endringer blir brukt som verktøy i den økonomiske politikken. Den britiske konteksten er i stor grad preget av ønsket om et selvregulerende arbeidsmarked på lik linje med andre markeder, og fungerer på den måten som et kontrasterende case.

Vikarbyrådirektivet har to formål: å liberalisere og å sikre likebehandling. Liberaliseringsformålet (artikkel 4) innebærer at det på nasjonalt nivå skal fjernes reguleringer som forhindrer vikarbyråene i å operere, hvor restriksjoner kun skal kunne begrunnes med allmenn interesse, blant annet med hensyn til arbeidsmarkedet. Artikkel 6(2) kan hevdes å være talende for dreiningen i forståelsen av dette

arbeidsmarkedet. Denne forståelsen har beveget seg i retning av at arbeidsmarkedet er et marked på lik linje med andre markeder ved at overgangen fra innleid til direkte ansatt blir konstruert som en transaksjon mellom innleiebedrift og vikarbyrå. Det foregår i det hele tatt en markedsutsetting av ansettelsesforhold gjennom at arbeidsavtaler innkapsles i kommersielle kontrakter. Dette medfører også en markedsstyring av personalpolitikken. En av bekymringene ved implementeringen i Norge, en slags «monopoldannelse» på tilbud av arbeidskraft i regi av vikarbyråene og påfølgende «meget høye priser» på arbeidskraft, ble også trukket frem.

Likebehandlingsprinsippet (artikkel 2) innebærer at innleide arbeidstakere skal ha minst like gode vilkår som de ville hatt dersom de var ansatt direkte i innleiebedriften. En bekymring i Norge er at dette likebehandlingsprinsippet ikke vil ha den ønskede virkningen fordi det ikke tar tak i det grunnleggende spørsmålet knyttet til arbeidstakers sikkerhet. Det blir i stedet påpekt at Vikarbyrådirektivet kan gi ytterligere legitimitet til arbeidsavtaler av typen «fast ansettelse uten garanti lønn». Dette har vært en utstrakt praksis i Norge, og slike arbeidsavtaler kan hevdes å svekke arbeidstakers sikkerhet fordi de innebærer en mye mer begrenset gjensidig forpliktelse og ansvar. På den måten øker arbeidstakers avhengighet av arbeidsgiver og av å få fremtidige oppdrag. Arbeidstakere er avhengige av en viss (trygghet for) minimumsinntekt over tid, mens kjøp/innleie av arbeidskraft kan hevdes å hvile på den forutsetning at arbeidskraft kan løsrives fra arbeidstakeren denne er iboende, hvilket gjør det rasjonelt å argumentere for at det ikke skal gis garanti for lønn mellom oppdrag, selv om dette vil svekke arbeidstakernes posisjon og gjøre dem utsatt.

Noter

- 1 Artikkelen er produkt av VAM-prosjektet «The Impact of Temporary Work Agencies on the Politics of Work» finansiert av Norges Forskningsråd. Forfatterne ønsker å takke deltakerne på AFI-Forum 31.10.13 for bidrag i debatten og for kommentarer til problemstillingene, spesielt Karen Sophie Steen fra LOs juridiske avdeling som holdt et innlegg om den juridiske konteksten i Norge. Takk også til kolleger ved Arbeidsforskningsinstituttet for veldig verdifulle kommentarer til et tidligere utkast.
- 2 http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#declaration
- 3 Som for eksempel i saken *Dresdner Kleinwort Ltd v Attrill*
- 4 TUCs klagemål til EU-kommisjonen: *TUC Lodges Complaint against Government for Failing to Give Equal Pay to Agency Workers*, 2. september 2013. <http://www.tuc.org.uk/workplace-issues/employment-rights/proposed-changes-law/basic-rights-work/tuc-lodges-complaint>
- 5 Ibid., se også «Justice for Agency Workers Campaign» i regi av Communication Workers Union: <http://www.cwu.org/agency-loopholes.html>.

- 6 Arbeidsavtale tilbudt havnearbeidere ansatt i et vikarbyrå, forfatternes oversettelse.
- 7 Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform: «Explanatory Memorandum to the Agency Workers Regulations 2010», side 13. Forfatternes oversettelse.
- 8 Agency Workers Regulations 2010, SI 2010 No. 93, Regulation 7(2)
- 9 Se Agency Workers Regulations 2010, SI 2010 No. 93
- 10 Agency Workers Regulations 2010, SI 2010 No. 93, Regulation 5(3)
- 11 Agency Workers Regulations 2010, SI 2010 No. 93, Regulation 5(4)(a)(ii)
- 12 Arbeidsrett blir her benyttet om «labour law» og må ikke forveksles med Arbeidsretten («Labour court»).
- 13 [2008] EWCA Civ 35, [2008] ICR 545.

Referanser

- Amuedo-Dorantes, C., Malo, M. A & Munoz-Bullon, F. (2008), The Role of Temporary Help Agency Employment on Temp-to-Perm Transitions. *Journal of Labor Research*, 29, 138–161.
- Autor, D. & Houseman, S. (2005). Temporary Agency Employment as a Way out of Poverty? I R. Blank, S. Danziger & R. Schoeni (red.) *Working but Poor: How Economic and Policy Changes are Affecting Low-Wage Workers* (s. 312–337). New York: Russell Sage.
- Barchiesi, F. (2012). Precarious liberation: a rejoinder. *South African Review of Sociology*, 43, 98–105.
- Barker, K. & Christensen, K. (1998). Introduction: Controversy and Challenges Raised by Contingent Work Arrangements. I K. Barker & K. Christensen *Contingent Work: American Employment Relations in Transition* (s. 1–18). Ithaca: Cornell University Press.
- Block, F. (1990). *Postindustrial Possibilities: A Critique of Economic Discourse*. Berkeley: University of California Press.
- Coe, N. M., Johns, J. & Ward, K. (2006). Regulating Temporary Staffing: the geographical unevenness of national labour market legislation. *Working Brief 25, Geographies of Temporary Staffing Unit*. Manchester: The University of Manchester.
- Davies, A. (2010). The Implementation of the Directive on Temporary Agency Work in the UK: A Missed Opportunity. *European Labour Law Journal*, 1, 307–332.
- Egede-Nissen, G. & Lund, V. M. (2012). Fast ansettelse uten garantilønn. *Arbeidsrett*, 9, 80–101.
- Endresen, S. B. (2010). ‘We Order 20 Bodies’. Labour Hire and Alienation. I A. C. Bergene, S. B. Endresen & H. M. Knutsen, (red.) *Missing Links in Labour Geography* (s. 211–224). Farnham: Ashgate.
- Esping-Andersen, G. (1990). *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge: Polity Press.
- Ewing, K. D. (2008). Future Prospects for Labour Law – Lessons from the United Kingdom. *The Economic and Labour Relations Review*, 18, 103–112.

- Fahlbeck, R. (1998). Flexibility: Potentials and Challenges for Labor Law. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 19, 515–546.
- Frade, C. & Darmon, I. (2005). New modes of business organization and precarious employment: towards the recommodification of labour? *Journal of European Social Policy*, 15, 107–121.
- Hatton, E. (2011). *The Temp Economy. From Kelly Girls to Permatemps in Postwar America*. Philadelphia: Temple University Press.
- Ichino, A., Mealli, F. & Nannicini, T. (2005). Temporary Work Agencies in Italy: A Springboard Toward Permanent Employment? *Giomale degli Economisti e Annali di Economia*, 64, 1–27.
- Keiserud, T. & Vartdal, K. R. (2013). De nye innleiereguleringene i arbeidsmiljøloven kapittel 14 – praktiske tolknings- og gjennomføringsspørsmål. *Arbeidsrett*, 10, 147–179.
- Knutsen, H. M. & Hansson, E. (2010). Theoretical Approaches to Changing Labour Regimes in Transition Economies. I A. C. Bergene, S. B. Endresen & H. M. Knutsen, (red.) *Missing Links in Labour Geography* (s. 155–168). Farnham: Ashgate.
- Koene, B., Paauwe, J. & Groenewegen, J. (2004). Understanding the development of temporary agency work in Europe. *Human Resource Management Journal*, 14, 53–73.
- Kvasnicka, M. (2009). Does Temporary Help Work Provide a Stepping Stone to Regular Employment? I D.H. Autor (red.) *Studies in Labor Market Intermediation (National Bureau of Economic Research Conference Reports)* (s. 335–372). Chicago: Chicago University Press.
- NHO Service (2014). *Bemanningsbarometeret 3. kvartal 2014*. Oslo: NHO Service.
- Offe, K. (1985). *Disorganized Capitalism: Contemporary Transformations of Work and Politics*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.
- Papadopoulos, T. (2005). The Recommodification of European Labour: Theoretical and Empirical Explorations. *ERI Working Paper Series, WP-05-03*. Bath: European Research Institute.
- Peck, J. (1996). *Work-Place. The Social Regulation of Labor Markets*. New York: The Guilford Press.
- Polanyi, K. (1944/2001). *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*. Boston: Beacon Press.
- Prop. 74 L (2011–2012). Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv.). Oslo: Arbeidsdepartementet.
- Prop. 39 L (2014–2015). Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold). Oslo: Arbeids- og Sosialdepartementet.
- Prop. 48 L ((2014–2015). Endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (arbeidstid, aldersgrenser, straff mv.). Oslo: Arbeids- og Sosialdepartementet.
- Purcell, K. & Purcell, J. (1998). In-sourcing, Outsourcing, and the Growth of Contingent Labour as Evidence of Flexible Employment Strategies. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 7, 39–59.

- Schlachter, M. (2012). Equal Treatment for Transnational Temporary Agency Workers? *FORMULA Working Papers No. 32 (2012)*. Oslo: University of Oslo.
- Steen, K. S. (2013). «Fast ansettelse uten garantilønn». *Arbeidsrett*, 10, 321–333.
- Von Simson, K. (2009). Kan vikarbyråer være et springbrett til arbeidsmarkedet for ikke-vestlige innvandrere? *Søkelys på arbeidslivet* 26, 341–351.
- Von Simson, K. (2012). Veier til jobb for ungdom uten fullført videregående opplæring: Kan vikarbyråer og arbeidsmarkedstiltak lette overgangen fra utdanning til arbeidsliv? *Søkelys på arbeidslivet*, 29, 79–96.
- Vosko, L. F. (1997). Legitimizing the Triangular Employment Relationship: Emerging International Labour Standards from a Comparative Perspective. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 19, 43–78.
- Vosko, L. F. (2008). Temporary Work in Transnational Labor Regulation: SER-Centrism and the Risk of Exacerbating Gendered Precariousness. *Social Indicators Research*, 88, 131–145.
- Vosko, L. F. (2009). Less than adequate: regulating temporary agency work in the EU in the face of an internal market in services. *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, 2, 395–411.
- Wynn, M. (2014). Power Politics and Precariousness. The Regulation of Temporary Agency Work in the European Union. I J. Fudge & K. Strauss, (red.) *Temporary Work, Agencies and Unfree Labour. Insecurity in the New World of Work* (s. 48–69). New York: Routledge.