



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 2. november 2020 av Høyesterett i avdeling med

justitiarius Toril Marie Øie
dommer Jens Edvin A. Skoghøy
dommer Wilhelm Matheson
dommer Henrik Bull
dommer Kine Steinsvik

HR-2020-2109-A, (sak nr. 19-167507SIV-HRET)
Anke over Gulating lagmannsretts dom 27. juni 2019

A

B

(advokat Karianne Rettedal – til prøve)

Landsorganisasjonen i Norge (partshjelper)

(advokat Stig Åkenes Johnsen)

mot

Semco Maritime AS
Næringslivets Hovedorganisasjon
(partshjelper)

(advokat Margrethe Meder)

S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Matheson:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder spørsmålet om innleid personell med hjemmel i likebehandlingsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-12 a har rett til selskapsbonus på lik linje med fast ansatte og lærlinger i innleieselskapet.
- (3) Semco Maritime AS – heretter Semco – driver blant annet utleie av fagpersonell i offshoresektoren.
- (4) B var fra 12. august 2011 til 31. desember 2017 ansatt som dekkoperatør i Semco. I perioden fra 2013 til 31. desember 2017 var han utleid til BP Norge AS, heretter BP. Etter sammenslåing endret selskapet i 2016 navn til Aker BP ASA, heretter Aker BP. B ble med virkning fra 1. januar 2018 fast ansatt hos Aker BP.
- (5) A ble i 2001 ansatt som dekkoperatør i Semco. Han har siden 2006 vært utleid til BP, senere Aker BP.
- (6) BP hadde et bonusprogram for sine ansatte. Dette er senere avløst av et nytt bonusprogram for det sammenslåtte Aker BP. De årlige beløpene under programmene har siden 2013 variert mellom 45 000 og 75 000 kroner for de stillingskategoriene som B og A har tilhørt.
- (7) I 2017 fremmet B og A krav overfor Semco om etterbetaling av bonus for årene fra 2013 til 2016 på linje med Aker BPs fast ansatte. Kravene ble avslått. De to arbeidstakerne tok deretter ut stevning for Stavanger tingrett. Under saksforberedelsen ble kravene knyttet til årene fra 2014 til 2017. Tingretten avsa 2. juli 2018 dom med slik domsslutning:
- «1. Semco Maritime AS dømmes til å betale kr 217 758,90 – tohundreogsyttentusenstyvhundreogfemtiåttekommanitti – til A med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
 2. Semco Maritime dømmes til å betale sakens omkostninger til A med kroner 51 875.
 3. Semco Maritime AS dømmes til å betale kr 242 467 – tohundreogførtitotusenfirehundreogsekstisyv – til B med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
 4. Semco Maritime dømmes til å betale sakens omkostninger til B med kroner 51 875.»
- (8) Semco anket til Gulating lagmannsrett, som 27. juni 2019 avsa dom med slik domsslutning:
- «1. Semco Maritime AS frifinnes.
 2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.»

- (9) B og A har anket til Høyesterett. Anken gjelder bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen.
- (10) Landsorganisasjonen i Norge (LO) erklærte ved prosesskrift 22. november 2019 partshjelp til støtte for de ankende parter. Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) erklærte ved prosesskrift 16. januar 2020 partshjelp til støtte for ankemotparten.
- (11) Det er for Høyesterett fremlagt en del nye bevis. Saken står likevel i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.

Partenes syn på saken

- (12) De ankende parter – B og A – har i korte trekk anført:
- (13) De innleide er etter likebehandlingsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-12 a første ledd berettiget til utbetaling av bonus på linje med de fast ansatte i Aker BP.
- (14) De norske lovforarbeidene er en sentral rettskilde ved lovtolkningen. Det fremgår der at bonuser er omfattet av lønnsbegrepet i første ledd bokstav f og derfor er omfattet av lovens likebehandlingsregel.
- (15) Den type bonus det her er tale om, er vederlag for arbeidsinnsats og skiller seg ikke vesentlig fra fast lønn. Opptjeningsmåten har ikke betydning. Også generelle, ensidig fastsatte ytelser er omfattet av likebehandlingsprinsippet.
- (16) Formålet med bonusordningen i Aker BP er å belønne prestasjon og overskudd skapt av arbeidsfellesskapet. Den skal motivere de ansatte til økt innsats, slik at virksomhetens forretningsmessige målsettinger kan oppnås. B og A har på samme måte som fast ansatte bidratt til dette gjennom sitt arbeid for selskapet.
- (17) Lønnsbegrepet må være så omfattende at formålet med likebehandlingsregelen kan realiseres. I motsatt fall åpnes det for omgåelser. Ingen reelle hensyn taler mot at bonus skal være omfattet av lønnsbegrepet.
- (18) Det skal ikke gjøres fradrag i opptjeningen av bonus for den tiden A var sykmeldt eller permittert fra Semco.
- (19) Ettersom B tok fast ansettelse hos Aker BP fra 1. januar 2018, skal det ikke gjøres fradrag i hans bonus for 2017. Det kan i en slik situasjon ikke vektlegges at han ikke var ansatt hos Semco på utbetalingstidspunktet i mars 2018.
- (20) B og A har nedlagt slik påstand:
- «1. Semco Maritime AS dømmes til å betale kroner 242 467 – tohundreogførtitotusenfirehundreogsekstisyv – til B med tillegg av feriepenger og forsinkelsesrenter fra forfall til betaling skjer.
 2. Semco Maritime AS dømmes til å betale kroner 242 467 – tohundreogførtitotusenfirehundreogsekstisyv – til A med tillegg av feriepenger og forsinkelsesrenter fra forfall til betaling skjer.

3. B og A tilkjennes saksomkostninger for alle rettsinstanser.»

- (21) Partshjelperen – *Landsorganisasjonen i Norge (LO)* – har sluttet seg til de ankende parterers anførsler og særlig understreket målet om et arbeidsmarked der hovedregelen er faste ansettelser. Av uttalelsen i forarbeidene om at lønn omfatter alt vederlag for arbeid, fremgår at dette ikke er en definisjon av – men bare et utgangspunkt for – hvordan lønnsbegrepet skal forstås. Begrepet favner altså videre enn bare vederlag for arbeid. Uttalelser under lovbehandlingen i Stortinget bekrefter dette. Også bonus for arbeidstakernes bidrag til den samlede verdiskapningen i bedriften, slik som i saken her, er «lønn» i lovens forstand.
- (22) LO har nedlagt slik påstand:
- «Landsorganisasjonen i Norge tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett.»
- (23) Ankemotparten – *Semco Maritime AS* – har i korte trekk anført:
- (24) Aker BPs bonusordning er ikke «lønn» i likebehandlingsregelens forstand. Lønnsbegrepet er nasjonalt. Men det finnes ikke noe enhetlig lønnsbegrep i norsk rett, og tolkningen må derfor ta utgangspunkt i hva som er ment med den aktuelle bestemmelsen. Det følger klart av lovens forarbeider at man med lønnsbegrepet i bokstav f i utgangspunktet har ment «vederlag for arbeid».
- (25) Aker BPs bonusordning er ikke knyttet til den enkelte ansattes arbeidsutførelse eller prestasjon, men til selskapets måloppnåelse og resultater. Noe annet ville komme i strid med operatøravtalens forbud mot å knytte bonus opp mot individuell innsats. Ordningen skal fremme de ansattes lojalitet til Aker BP og er ingen del av bedriftens lønssystem. Slike bonusordninger på selskapsnivå oppfyller ikke vilkåret om vederlag for arbeid. Lønnsbegrepet må avgrenses i tråd med dette.
- (26) Reelle hensyn taler også for at en selskapsbonus, slik som her, ikke omfatter innleid personell, med de ekstra beregningsvansker dette vil medføre for bemanningsforetaket.
- (27) Subsidiært bestrides at A er berettiget til bonus for de periodene i 2016 da han var sykmeldt og permittert fra Semco.
- (28) Videre bestrides at B er berettiget til bonus for 2017. Ordningen gjelder bare for personell som er ansatt i selskapet i mars året etter opptjeningsåret. I mars 2018 hadde B sluttet i Semco.
- (29) Semco har nedlagt slik påstand:
- «1. Semco Maritime AS frifinnes.
2. Semco Maritime AS tilkjennes kostnader for alle instanser.»
- (30) Partshjelperen – *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)* – har sluttet seg til ankemotpartens anførsler og særlig fremhevet:

- (31) Likebehandlingsreglene må være praktisk håndterbare. Lønnsbegrepet må være oversiktlig for bedriftene og enkelt å kontrollere. Det vil by på store praktiske utfordringer i tilbuds- og gjennomføringsfasen av et innleieforhold om resultatbaserte bonusordninger som beregnes og utbetales etterskuddsvis, skal være omfattet av likebehandlingsregelen. En forståelse som går ut over det som tradisjonelt er vederlag for arbeid, vil dessuten gjøre avgrensningen mot gaver og insentiv- og personalordninger mv. vanskelig. Det er liten fare for omgåelser av et ellers strengt regelverk rundt innleie av arbeidskraft.
- (32) NHO har nedlagt slik påstand:
- «1. Semco Maritime AS frifinnes.
 2. Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) tilkjennes sakens kostnader for Høyesterett.»

Mitt syn på saken

Arbeidsutleie – noen rettslige utgangspunkter

- (33) Hovedregelen i arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd er at arbeidstaker skal ansettes fast. Dette er også et overordnet politisk mål. Loven gir i § 14-9 andre ledd likevel en viss adgang til å inngå avtaler om midlertidige ansettelser. Videre kan et foretak på nærmere bestemte vilkår leie inn arbeidstaker fra virksomhet som har til formål å drive utleie – et såkalt bemanningsforetak – se § 14-12 første ledd.
- (34) Ved arbeidsutleie gjelder et prinsipp om likebehandling, jf. arbeidsmiljøloven § 14-12 a første ledd. Der heter det:
- «Bemanningsforetaket skal sørge for at utleid arbeidstaker minst sikres de vilkår som ville kommet til anvendelse dersom arbeidstaker hadde vært ansatt hos innleier for å utføre samme arbeid, når det gjelder:
- a) arbeidstidens lengde og plassering,
 - b) overtidarbeid,
 - c) varighet og plassering av pauser og hvileperioder,
 - d) nattarbeid,
 - e) feriefritid, feriepenger, fridager og godtgjøring på slike dager, og
 - f) lønn og utgiftsdekning.»
- (35) Bemanningsforetaket er den formelle arbeidsgiveren for en utleid arbeidstaker, med ansvar for lønn, feriepenger mv. Det følger dessuten uttrykkelig av § 14-12 a første ledd at det er bemanningsforetaket som har ansvar for å sikre at utleide arbeidstakere minst får de samme rettighetene under lovens bokstav a til f som de ville hatt om de var fast ansatt i innleiers virksomhet. Avtalen med innleieselskapet regulerer hvordan leien skal beregnes. Innleier skal gi bemanningsforetaket «de opplysninger som er nødvendige for at bemanningsforetaket skal kunne ivareta kravet om likebehandling», jf. § 14-12 b første ledd.
- (36) En virksomhet som leier inn en arbeidstaker, er etter nærmere regler i § 14-12 c solidaransvarlig som selvskyldnerkausjonist for utbetaling av lønn, feriepenger og eventuell annen godtgjøring etter kravet om likebehandling i § 14-12 a.

Bonusordninger generelt

- (37) Bonusordninger i arbeidsforhold kan være av ulik karakter og ha forskjellige formål.
- (38) En bonus vil ofte være knyttet til oppnåelse av bestemte mål eller resultater og derfor virke som en belønning for utført arbeid. Slike ordninger kan være basert på den enkelte medarbeiders individuelle prestasjoner, på prestasjonene til grupper av ansatte eller på prestasjonene til hele arbeidskollektivet – altså på selskaps- eller virksomhetsnivå. Ordninger uten uttrykkelig tilknytning til noen bestemt måloppnåelse forekommer også, og da gjerne i form av hel eller delvis overskuddsdeling.
- (39) Mens prestasjonsbonuser er knyttet til arbeid som allerede er utført, kan en bonusordning også ha et mer fremtidsrettet perspektiv for å øke den ansattes lojalitet til selskapet eller gi et insentiv til å opprettholde ansettelsesforholdet. Slike ordninger kan eventuelt inneholde elementer av begge deler. Man innretter eksempelvis ordningen slik at arbeidstakere som er berettiget til bonus, må bli værende i virksomheten i kortere eller lengre tid for å få den utbetalt; såkalt «stay on»-bonus.

Bonusordningen i Aker BP

Beskrivelse av ordningen

- (40) Aker BP har i mange år hatt et bonusprogram som gjelder for alle fast ansatte og lærlinger.
- (41) Før sammenslåingen i 2016 gjaldt vilkårene i BP. Disse dekker to av årene som de ankende parter har krevd bonus for. I selskapets personall håndbok het det at bonusordningen belønner ansatte «for prestasjoner som bidrar til BPs langsiktige suksess». Videre fremgikk det at ordningen «er det årlige insitamentet til å oppfylle individuelle prioriteringer og viktige milepæler i forbindelse med forretningsresultatene som skal leveres». Det het også at bonusprogrammet «gir muligheten til ekstra belønning når man leverer de riktige resultatene på den riktige måten».
- (42) Bonusprogrammet som ble benyttet i BP, var knyttet til konsernets og enhetens måloppnåelse. Det inneholdt på papiret også et individuelt element. Etter en lokal avtale mellom BP og de ansatte ble imidlertid dette elementet ikke praktisert, se blant annet protokoll 18. september 2014. Protokollen avgjorde at «[a]lle ansatte som følger operatøravtalen skal få samme bonusprosent».
- (43) Grunnlaget for bonusen var grunnlønnen per 31. desember. Jeg har forstått det slik at dette innebar at ansatte innen samme kategori og med samme ansiennitet fikk samme bonus.
- (44) Ansatte som hadde jobbet i selskapet i minst tre måneder i opptjeningsåret, var berettiget til bonus. Bonusen ble prorateret – det vil si utbetalt forholdsmessig – med utgangspunkt i den tiden man hadde jobbet i enheten i løpet av året. Ansatte som ble oppsagt, eller som selv sa opp og sluttet før 31. desember i opptjeningsåret, hadde ikke rett til bonus.

- (45) I *Aker BP* er disse retningslinjene langt på vei videreført, men man har fra 2017 knyttet bonusen opp mot selskapets måloppnåelse. Om dette heter det:
- «Bonusprogrammet i Aker BP har som formål å styrke Selskapets prestasjonskultur i samsvar med Selskapets verdier og One Team. Bonusmulighet er avhengig av Selskapets måloppnåelse i opptjeningsåret som går fra 1. januar til 31. desember, med utbetaling påfølgende år.»
- (46) Utbetalingstidspunktet for bonus er i de nye retningslinjene satt til mars i året etter opptjeningsåret. Deltakelse i bonusprogrammet er gjort avhengig av at «den ansatte ikke har levert oppsigelse eller blitt oppsagt på utbetalingstidspunktet». Dette er en endring sammenlignet med den tidligere ordningen, hvor det tilsvarende skjæringstidspunktet var 31. desember i opptjeningsåret.
- (47) I retningslinjene er det også tatt inn et særskilt punkt om at bonusprogrammet er «en administrativ ordning som er underlagt bedriftens styringsrett, og Selskapet vil ha mulighet til å gjøre endringer i programmet».
- (48) Ut over dette synes vilkårene fra ordningen i BP å være videreført i Aker BP.
- (49) Det kan nevnes at det på bakgrunn av selskapets «One Team»-filosofi er utarbeidet presentasjoner hvor det fremheves at «vi jobber aktivt for å ... legge til rette for flyt på tvers av selskapet», at de ansatte «tar personlig ansvar i å få velfungerende team», og at man ikke sier «de» kun «vi». Det pekes også på at medarbeiderne «har høye ambisjoner – og vi utfordrer våre team til å få det beste ut av hverandre», og at de «hjelper hverandre til å prestere».
- (50) En presentasjon for hvordan bonusrammen fastsettes – «2019 KPI and Priorities» – forteller at man ved prosjektarbeid måler faktorer som ferdigstillelsesgrad, kvalitetsgrad, løsningssuksess og oppfyllelse av tidsplan. Videre vurderes elementer som «Safety», «Production» og «Production Cost». En kommentar knyttet til «Production» viser at de ansattes medvirkning står sentralt. I kommentaren sies at «[s]trong efforts by the organisation have improved this result».
- (51) Det måles også på faktorer som «Relative Shareholder Return». Dette er først og fremst en finansiell størrelse og i mindre grad en arbeidsrelatert faktor.
- (52) Avslutningsvis nevnes at det av presentasjonen fremgår at kalkulasjonsmetoden «is based on Company results – applies to all Aker BP employees», og at indikatorer og prioriteringer «are visible to the organization, and given monthly updates».

Vurdering av bonusens karakter

- (53) Gjennomgangen viser at hovedelementet i BPs og Aker BPs bonusordninger – heretter i fellesskap omtalt som Aker BPs ordning – er å belønne de ansattes felles prestasjoner som gruppe i løpet av opptjeningsåret. Ved å fremheve betydningen av en sterk prestasjonskultur søker man gjennom «One Team»-filosofien å nå de målene som selskapet setter.

- (54) Ordningen er derfor i hovedsak en belønningsordning på virksomhetsnivå for de ansattes samlede innsats i det foregående året. De målepunktene som ikke kan henføres til parametere som er direkte knyttet til arbeidsinnsats, slik som «Relative Shareholder Return», er svært få og endrer ikke hovedinntrykket av at ordningen er knyttet til virksomhetens samlede prestasjoner.
- (55) Semco gjør gjeldende at bonusordningen er innrettet slik at den skal forsterke de fast ansattes binding til Aker BP og bygge en langsiktig lojalitet til virksomheten. Jeg kan imidlertid ikke se at noe slikt er fremholdt i bonusordningen eller på annen måte er reflektert der. Rett nok har vilkårene for utbetaling gjennom valg av utbetalingstidspunktet en viss innelåsende effekt for medarbeidere som skulle ønske å slutte i selskapet før dette eller kort tid etterpå. Men denne bindingen er i tid nokså begrenset. Den endrer heller ikke det faktum at det som kommer til utbetaling, slik ordningen er beskrevet, er vederlag for en allerede utført, løpende gruppeinnsats. Dette må være avgjørende for hvordan ordningen skal bedømmes.

Omfattes selskapsbonus av likebehandlingsregelen, eventuelt i hvilken utstrekning?

Innledning

- (56) Partene er enige om at B og A ville ha hatt krav på bonus hvis de hadde vært fast ansatt for å gjøre det arbeidet de faktisk har utført. De er også enige om bonusens størrelse i et slikt tilfelle. Hvorvidt B og A har krav på bonus som innleide, beror etter min konklusjon om bonusens karakter på om selskapsbonus i form av belønning for allerede utført innsats på gruppenivå faller inn under lønnsbegrepet i arbeidsmiljøloven § 14-12 a første ledd bokstav f.

Lovens ordlyd

- (57) Arbeidsmiljøloven § 14-12 a første ledd bokstav f slår fast at likebehandlingsregelen blant annet gjelder «lønn». Hverken denne loven eller annen norsk lovgivning inneholder noen enhetlig, generell definisjon av lønn. Det finnes riktignok lover som definerer lønnsbegrepet i vedkommende lov, se for eksempel likestillings- og diskrimineringsloven § 34. Men i mangel av et generelt lønnsbegrep bør man være varsom med å tolke lønnsbegrepet i likebehandlingsregelen på grunnlag av andre bestemmelser om lønn.
- (58) Rent språklig forbindes «lønn» med vederlag som en arbeidsgiver betaler til en arbeidstaker for løpende personlig arbeidsinnsats. Hvorvidt bonus er lønn, gir lønnsbegrepet som sådant ikke direkte svar på. Men med utgangspunkt i at lønn er et vederlag for arbeid, vil også bonus naturlig kunne være omfattet av dette begrepet dersom bonusen er ment å gi kompensasjon for arbeidsinnsats.

Betydningen av EUs vikarbyrådirektiv

- (59) EUs direktiv 2008/104/EF om vikararbeid er en del av EØS-avtalen. Likebehandlingsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-12 a gjennomfører er del av direktivet i

norsk rett. Av artikkel 2 fremgår at et av direktivets formål er «å sikre vern av vikarer». I artikkel 5, som har overskriften «Prinsippet om likebehandling», heter det i nr. 1:

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

- (60) Etter artikkel 3 nr. 1 bokstav f omfatter «grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår» blant annet «lønn». Men direktivet selv inneholder ingen definisjon av hva som er lønn. Jeg er heller ikke kjent med rettspraksis fra EU-domstolen som fastlegger innholdet av dette begrepet i direktivets forstand. Artikkel 3 nr. 2 bestemmer dessuten at direktivet ikke «berører ... nasjonal lovgivning når det gjelder definisjonen av lønn». Det er med andre ord overlatt til medlemsstatene å definere lønnsbegrepet i relasjon til direktivet, jf. Prop. 74 L (2011–2012) side 55 og HR-2018-1037-A *Manpower* avsnitt 25.
- (61) Lønnsbegrepet i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV) artikkel 157 gir heller ikke holdepunkter for hvordan lønnsbegrepet i vikarbyrådirektivet skal forstås, slik de ankende parter gjør gjeldende. Bestemmelsen – som har sitt motstykke i EØS-avtalen artikkel 69 – omhandler likelønn for kvinner og menn og inneholder en oppregning av hva som «i denne artikkel» skal forstås som lønn.
- (62) Den uttrykkelige anvisningen på et nasjonalt lønnsbegrep og fraværet av et enhetlig lønnsbegrep i EU gjør imidlertid at jeg ved fastsettelsen av hva som er «lønn», ikke finner grunn til å gå nærmere inn på EU-retten generelt, på artikkel 157 spesielt, og heller ikke på andre lands rett.

Formålet som tolkningsmoment

- (63) Vikarbyrådirektivet har etter artikkel 2 et videre formål enn bare å sikre vern av vikarer, som jeg allerede har nevnt. Det skal også sikre prinsippet om likebehandling, anerkjenne vikarbyråene som arbeidsgivere og sikre rammer som skaper arbeidsplasser og fleksible arbeidsformer. Men ved gjennomføringen av likebehandlingsregelen i norsk rett hadde lovgiver en nasjonal målsetting som gikk ut over dette, jf. Prop. 74 L (2011–2012) side 51. Departementet peker der på at det *uavhengig av vikarbyrådirektivet*
- «er behov for reguleringer som sikrer likebehandling av innleide med direkte ansatte på viktige områder, først og fremst for å sikre at omfanget og arbeidsvilkårene ved innleie ikke undergraver målene om et arbeidsmarked med en hovedvekt på faste og direkte ansettelser».
- (64) Videre fremholdes at et likebehandlingsprinsipp vil hindre at reduserte lønnskostnader kan tjene som motivasjon for å leie inn arbeidskraft, og at dette vil «bidra til å hindre forhold som kan betegnes som sosial dumping». Et uttalt mål var altså å hindre undergraving av målsettingen om et arbeidsmarked med hovedvekt på fast og direkte ansettelse av arbeidstakerne, og å sikre reell likestilling mellom fast ansettelse og innleie med hensyn til lønn. Ved avgjørelsen av spørsmålet om bonus er lønn i lovens forstand, vil disse målsettingene være av betydning som tolkningsmoment.

Lovforarbeidene

- (65) Den sentrale kilden for å fastlegge nærmere hva som omfattes av likebehandlingsregelen er etter dette lovforarbeidene, som altså er å finne i Prop. 74 L (2011–2012). Betydningen av lovforarbeidene ved løsningen av dette spørsmålet er allerede fremhevet i HR-2018-1037-A *Manpower* avsnitt 27. Avgjørelsen gjaldt spørsmålet om innleide har krav på samme godtgjørelse for reisetid som de fast ansatte hos innleieren. Førstvoterende gir i avsnitt 29 en overordnet presentasjon av hva forarbeidene sier om lønnsbegrepet, og av hvilke ytelser som er omfattet. I avsnitt 33 heter det så:

«Gjennomgangen av forskjellige typer ytelser og opptjeningsmåter er detaljert. Men jeg oppfatter den ikke som en uttømmende angivelse av hva som skal omfattes. Den naturlige forståelsen er at det drøftes en del praktiske eksempler, uten at det dermed er ment å utelukke at også andre ytelser kan falle inn under likebehandlingsregelen. De eksemplene som gjennomgås – sammenholdt med tilføyelsen av uttrykket ‘utgiftsdekning’ – viser at regelen er ment å omfatte mer enn rent vederlag for arbeid. Formålet – reell likebehandling av vikarer og fast ansatte – ser ut til å ha vært styrende for avgrensningen og at departementet derfor ønsket et vidt anvendelsesområde.»

- (66) Videre heter det i avsnitt 37 blant annet:

«Valget av lovgivningsteknikk – opplisting av hvilke spesifiserte lønns- og arbeidsvilkår likebehandlingen skal gjelde – viser med tydelighet at departementet ikke mente at alle ytelser fra arbeidsgiveren skulle omfattes, se side 51 i Prop. 74 L (2011–2012). Det kan dermed ikke ha vært noe aktuelt alternativ for departementet å benytte en slik tilnærming som i likestillings- og diskrimineringsloven, hvor alle goder fra arbeidsgiveren er inkludert.»

- (67) De ankende parter har tatt til orde for en rettssetning om at lønnsbegrepet omfatter alle godtgjørelser som en fast ansatt arbeidstaker mottar fra arbeidsgiver i kraft av arbeidsforholdet, med unntak av pensjon. Men Høyesterett har i avsnitt 37, som jeg nettopp siterte, gitt tydelig uttrykk for at lovgiver *ikke* har ment at begrepet skal forstås så vidt.
- (68) Etter forarbeidene er ikke bare ytelser som følger av formelt bindende regler for virksomheten, omfattet av lønnsbegrepet, jf. proposisjonen side 53. Det uttales der at også «virksomhetsinterne og ensidige bestemmelser i personalhåndbøker eller fastlagte retningslinjer og rutiner for lønnsfastsettelse ved nyansettelser» må få virkning for lønns- og arbeidsvilkårene for innleide arbeidstakere så lenge de ikke er endret.
- (69) Videre heter det i proposisjonen på side 55 at utgangspunktet er at «alt vederlag for arbeid skal omfattes av lønnsbegrepet». Dette omfatter både faste vederlag og uregelmessige tillegg, uavhengig av i hvilken form ytelsen skjer. Dernest fremgår at hvilken måte lønnen opptjenes på, ikke er avgjørende, «så lenge det er klart at det dreier seg om vederlag for arbeid», jf. side 56. Lønn som er basert på resultat eller prestasjon fra den ansattes side, vil også være omfattet dersom dette er «gjengs» avlønningsform for det aktuelle arbeidet. Som eksempler på dette er nevnt akkordlønn og provisjonslønn som kommer i tillegg til fastlønn.
- (70) Fra resultat- eller prestasjonsbaserte avlønningsformer, slik som akkord- og provisjonslønn, er det en glidende overgang til belønning i form av *bonus* i tillegg til

grunnlønn. Høringsnotatet var taust om hvorvidt bonus skulle være omfattet av lønnsbegrepet. Enkelte høringsinstanser tok likevel opp dette spørsmålet. Fra Advokatforeningens uttalelse på dette punktet, er følgende gjengitt i proposisjonen på side 50–51:

«Individuell bonus vil ofte bli gitt på grunnlag en rekke kriterier som er knyttet til et insentivsystem hvor det forutsetningsvis avholdes jevnlig bonusvurderinger og særskilt oppfølging fra og evaluering av leder. Dette er ofte krevende vurderinger basert på virksomhetens interne styringssystemer, som innleide, som er i virksomheten for en mer begrenset periode, ikke er en naturlig del av. Det vil følgelig både av prinsipielle og praktiske grunner være uriktig å inkludere bonus i lønnsbegrepet.»

- (71) Av sitatet fremgår at uttalelsen særlig sikter til individuelle bonusordninger for den enkelte ansatte, og ikke til ordninger med bonus på gruppe- eller virksomhetsnivå. Med dette som bakgrunn uttaler departementet på side 56:

«Når det gjelder spørsmålet om likebehandlingen også skal omfatte lønn i samsvar med bonusprogrammer og lignende som gjelder ved innleievirksomheten, er det vanskelig å gi et ubetinget svar. Det avgjørende vil også her være om vedkommende ville ha krav på den aktuelle bonusen ved en direkte ansettelse hos innleier, sett hen til type arbeid, varighet av oppdraget/ arbeidet o.l. Det følger av rapporten fra Kommissjonens ekspertkomite for gjennomføring av direktivet fra 2011, side 21 tredje avsnitt, siste setning:

‘Nevertheless, bonuses, even performance-related ones, which would have been paid to a worker recruited directly for the same duration should in principle be taken into account when applying equal treatment, without prejudice to possible derogations.’»

- (72) Det er ikke uten videre klart hvordan det som her sies, skal forstås. Men det går i alle fall frem at departementet mener at enkelte former for bonus er omfattet av lønnsbegrepet. Og referansen til lønn i samsvar med «bonusprogrammer» tyder på at departementet besvarer synspunktet som Advokatforeningen hadde fremsatt i høringsuttalelsen, og som gikk ut på at *individuelle* bonuser ikke burde være omfattet av likebehandlingsregelen. Uttalelsen i proposisjonen viser at departementet inntok et annet standpunkt til dette ved at også individuelle bonuser skal være omfattet i den grad arten og varigheten av den innleides arbeid oppfyller vilkårene i innleiers bonusprogram.
- (73) De ankende parter har pekt på at vilkåret om vederlag for arbeid ikke er nevnt i proposisjonen på dette punktet, og at dette må bety at det for retten til likebehandling derfor ikke kreves mer enn at den innleide ville hatt krav på bonus som fast ansatt hos innleieren. Denne slutningen er jeg ikke enig i. I lys av det jeg nettopp har gjort rede for, er det naturlig at departementet i samband med uttalelsen om bonus ikke også gjentok utgangspunktet om at lønn er «vederlag for arbeid». I et individuelt belønningssystem som bygger på «jevnlige bonusvurderinger og særskilt oppfølging», noe som Advokatforeningen hadde pekt på som en utfordring ved innleie, vil arbeidselementet være oppfylt.
- (74) Mye kan tyde på at departementet her ikke hadde bonusordninger på gruppe- eller virksomhetsnivå i tankene. Uttalelsen utelukker imidlertid ikke at også slike bonuser kan være omfattet av likebehandlingsregelen dersom ytelsen er vederlag for arbeid. Jeg kan

ikke se grunner til at ikke dette generelle utgangspunktet også skal gjelde for slike ordninger.

Annen praksis som tolkningsmoment

- (75) Det er av en viss interesse at Arbeidsretten i ARD 1998-14 synes å ha bygget på en oppfatning om at en ordning med selskapsbonus som ble bedømt til å være en form for resultatlønnordning, hadde «klart karakter av å være en ordning for vederlag for utført arbeid». Selv om hovedspørsmålet i den saken var et annet enn i foreliggende sak, bekrefter Arbeidsrettens tilnæringsmåte at også en bonusordning på selskapsnivå kan være vederlag for arbeid.

Reelle hensyn

- (76) Ved avgjørelsen av om bonus er lønn i lovens forstand, vil målsettingen om å oppnå reell likestilling mellom avlønningen av fast ansatte og innleide, som jeg tidligere har pekt på, være av betydning som tolkningsmoment. Dette gjelder både ved lovtolkningen og ved den konkrete rettsanvendelsen.
- (77) Semco har gjort gjeldende at det er liten fare for omgåelse dersom resultatbaserte bonuser på virksomhetsnivå holdes utenfor likebehandlingsregelen. Selskapet har blant annet vist til gjennomskjæringsbetraktninger og til tillitsvalgtes og fagforeningers lovbestemte rettigheter på dette feltet etter arbeidsmiljøloven § 14-12, jf. § 14-9. Jeg kan likevel ikke se at slike forholdsregler og rettigheter kan veie opp for det press en snever definisjon av «lønn» vil kunne øve på hovedregelen om fast og direkte ansettelse i norsk arbeidsliv. Innleides rett til likebehandling for så vidt gjelder resultatbaserte bonuser på virksomhetsnivå, vil sikre at innleie bare benyttes der det er et reelt behov for den fleksibiliteten som en slik organisering av arbeidsstyrken gir. Et lønnsbegrep som fører til at resultatbasert bonus bare vil bli utbetalt til deler av arbeidsstokken for samme bidrag til resultatet, vil gi et økonomisk incitament til innleie og bryte med likebehandlingsprinsippet. Hensynet til et oversiktlig og kontrollerbart lønnsbegrep begrunner også at det ikke gjøres noen forskjell mellom individuelle og mer fellesskapsorienterte bonusordninger på dette punktet.
- (78) Videre har Semco gjort gjeldende at et lønnsbegrep som også omfatter bonusordninger, vil medføre store praktiske problemer, betydelige kostnader og administrative byrder. Denne type forhold har begrunnet at det i lovforarbeidene er forutsatt at pensjon holdes utenfor kravet til likebehandling. Semco mener det samme bør gjelde for bonusordninger. I tillegg kommer at bonus beregnes og utbetales etterskuddsvis. Dette hevdes å være til hinder for å kalkulere bonuser inn i en tilbudsfasen, og vil dessuten komplisere utbetalingene.
- (79) Jeg er enig i at et lønnsbegrep som også omfatter bonusordninger, vil medføre et visst merarbeid for utleieselskapene. Fordeling av selskapsbonus foretas imidlertid etter objektive kriterier. Det påligger innleieforetaket å gi bemanningsforetaket de opplysninger som er nødvendig for at bemanningsforetaket skal kunne ivareta kravet om likebehandling, jf. arbeidsmiljøloven § 14-12 b første ledd. Merarbeidet for bemanningsforetaket kan ikke være tilstrekkelig til at den innleide ikke skal ha rett til likebehandling for ytelser som gir vederlag for utført arbeid.

- (80) Situasjonen er heller ikke slik at enhver innleie vil medføre arbeid med å beregne og utbetale bonus. Likebehandling er bare aktuelt så langt den innleide ville ha oppfylt vilkårene for bonus om vedkommende hadde vært fast ansatt. Under ordningen for Aker BP vil dette innebære et krav om minste ansettelsestid, samt at man står i uoppsagt stilling på utbetalingstidspunktet. Ved at bonusvilkårene begrenser hvem som har rett til bonus, vil de administrative byrdene ved at likebehandlingsregelen også gjelder for slike ordninger, begrenses tilsvarende.
- (81) De særlige utfordringer som oppstår i tilbudsfasen, antar jeg kan løses ved at det i tilbudet tas forbehold om at eventuell plikt til å utbetale bonus i henhold til senere opplysninger fra innleier, vil bli etterberegnet. I denne forbindelse vises til hva jeg tidligere har nevnt om innleieforetakets solidarforpliktelse for den innleides krav på lønn og annen godtgjøring som følge av likebehandlingsprinsippet, jf. § 14-12 c.

Oppsummering

- (82) Gjennomgangen har vist at kjernen i lønnsbegrepet er om ytelsen er et vederlag for arbeid, eventuelt for et resultat eller en prestasjon som den ansatte selv har stått for. Også bonusordninger vil være omfattet så lenge det dreier seg om vederlag for arbeid. Dette gjelder enten det er tale om individuelle bonusordninger eller ordninger på gruppe- eller virksomhetsnivå.
- (83) I hvilken form vederlaget ytes, eller om det er kalt lønn, er ikke avgjørende. Det kreves ikke at vederlaget er fastsatt på grunnlag av formelt bindende regler. Også vederlag som er ensidig fastsatt av innleieforetaket, kan være omfattet.

Den konkrete vurderingen av om Aker BPs bonusordning er «lønn» i likebehandlingsregelens forstand

- (84) På grunnlag av hvordan jeg oppfatter karakteren av Aker BPs bonusordning, og min forståelse av lønnsbegrepet, gir subsumsjonen mer eller mindre seg selv:
- (85) Aker BPs bonusordning oppfyller etter mitt syn samtlige rettslige karakteristika for å være «lønn» i arbeidsmiljøloven § 14-12 a første ledd bokstav f's forstand. Bonusordningen er en form for resultatlønnsordning og en del av det samlede systemet for vederlag for arbeid.
- (86) Jeg nevner at presiseringen i Aker BPs vilkår om selskapets styrings- og endringsrett for bonusordningen ikke endrer dette. Som jeg har gjort rede for, er også ensidig fastsatte ordninger omfattet av likebehandlingsregelen.

Spørsmålet om fradrag for bonus under sykmelding og permittering m.m.

Innledning

- (87) Det er enighet om at full bonus for årene fra 2014 til 2017 for hver av de ankende parter samlet utgjør 242 467 kroner. Videre er det enighet om at bonusen for 2017 utgjør 47 681 kroner.

A – sykmelding

- (88) A var sykmeldt i perioden fra 13. til 23. juni og fra 14. til 27. november 2016. Semco har subsidiært gjort gjeldende at han i denne perioden ikke opparbeidet rett til likebehandling med hensyn til bonus i Aker BP.
- (89) A har pekt på at Semco i prosesskrift for lagmannsretten uttalte at selskapet har «akseptert at det skal betales bonus for den perioden arbeidsgiver dekket lønn under sykdom». Det hevdes at denne erkjennelsen må lede til at Semco ikke har rettslig interesse i å få dom for at det skal gjøres et slikt fradrag som nå kreves.
- (90) Det er ikke uten videre klart om uttalelsen A har vist til, er en ensidig, privatrettslig bindende erklæring. Jeg har dessuten merket meg at anførselen om et fradrag, til tross for erklæringen under saksforberedelsen, er nevnt i lagmannsrettens dom. Etter dette legger jeg til grunn at Semco ikke har bundet seg til å akseptere plikt til å betale bonus i sykmeldingsperioden. Spørsmålet om rettslig interesse oppstår dermed ikke.
- (91) Det er enighet mellom partene om at fast ansatte som blir sykmeldt, ikke taper rett til bonus. Spørsmålet er om *innleide* som sykmeldes, likevel må tåle reduksjon i bonus.
- (92) Det er for Høyesterett opplyst at når den utleide er syk, må Semco finne en erstatter hvis innleieren ønsker det. Bare arbeidet tid blir fakturert kunden. Sykdom er derfor i utgangspunktet utleiers økonomiske risiko som arbeidsgiver.
- (93) Semco gjør gjeldende at innleieforholdet må anses falt bort ved sykmelding. Etter mitt syn er bortfall av bonus ikke en naturlig rettslig konsekvens av kortvarige sykmeldingsperioder i et mangeårig innleieforhold som her. Jeg legger da særlig vekt på at de fast ansatte ikke taper rett til bonus ved sykmelding som dette. Det er ikke opplyst hvorvidt A ble erstattet i disse korte periodene. Jeg kan imidlertid ikke se at dette er avgjørende for As rett til bonus under sykmelding som i vår sak. Erstatteren vil selv ikke fylle vilkårene for bonus, og bemanningsforetaket vil i så fall fortsette å prestere overfor innleieforetaket. Dersom den sykmeldte ikke erstattes, kommer ikke selskapet i noen annen stilling enn når egne ansatte sykmeldes. Jeg kan ikke i noen av tilfellene se grunner til at ikke den sykmeldte skal oppbevare et ubeskåret krav på bonus på lik linje med selskapets egne sykmeldte.

A – permittering

- (94) I tre måneder omkring årsskiftet 2015/2016 utførte A ikke arbeid for Aker BP ettersom det ikke var behov for innleie under Semcos rammeavtale. Semco betalte A lønn som ansatt

frem til 3. februar 2016. På det tidspunktet var oppdragssituasjonen i Semco slik at A måtte permitteres frem til 8. mai 2016.

- (95) A har krevd bonus for perioden fra 3. februar til 8. mai 2016 da han var permittert. Han gjør gjeldende at innleieforetakets egne permitterte opptjener bonus også i permitteringstiden.
- (96) Semco bestrider kravet både på faktisk og rettslig grunnlag.
- (97) Jeg kan ikke se at A har fremlagt bevis som underbygger det som gjøres gjeldende om permittertes rettigheter i innleieforetaket.
- (98) Permitteringen innebar uansett at han ikke utførte oppdrag for Aker BP i den aktuelle perioden. Selv om rammeavtalen mellom bedriftene fortsatt bestod, stod A som permittert ikke i noe innleieforhold til Aker BP. Hans rettigheter og plikter i ansettelsesforholdet i Semco var suspendert som følge av permitteringen, herunder lønnsplikten etter bestemmelser i permitteringslønnsloven § 3. At A i samme periode da skulle ha krav på likebehandling med Aker BP-ansattes eventuelle krav på bonus i permitteringstiden, savner derfor rettslig grunnlag.
- (99) Det skal etter dette gjøres et fradrag på 17 133,41 kroner i kravet på 242 467 kroner i samlet bonus som A har fremsatt for årene fra 2014 til 2017. Netto bonus utgjør etter dette 225 334 kroner.

B – bonus etter overgang til Aker BP

- (100) B har fremsatt krav om bonus for årene fra 2014 til 2017. Semco har bestridt kravet for 2017 under henvisning til at et vilkår for bonus er at den innleide stod i uoppsagt stilling på utbetalingstidspunktet i mars 2018. B var da ansatt i Aker BP.
- (101) Det er enighet om at han ville hatt krav på bonus hvis han var fast ansatt i Aker BP i 2017, ettersom han også arbeidet der på utbetalingstidspunktet i 2018.
- (102) Etter det jeg forstår, er det også uomstridt at B ikke ville hatt krav på bonus fra Semco for 2017 dersom han på utbetalingstidspunktet i 2018 hadde vært ansatt i et annet selskap enn Aker BP. Bakgrunnen for kravet er altså at det er *Aker BP* som i utgangspunktet forvalter den aktuelle bonusordningen, og som har mottatt Bs tjenester på begge sider av skiftet av arbeidsgiver.
- (103) Selv om situasjonen *for B* rent faktisk fremstår som uforandret i foreliggende sak, er det tilfeldig *for Semco* hvilket selskap en utleid ansatt går over til. Når den utleide grunnet skifte av arbeidsgiver går ut av kontrakt med innleieforetaket og eventuelt erstattes av en annen, brytes Semcos forbindelse til innleieforetaket for så vidt gjelder den aktuelle arbeidstakeren. Skulle Semco måtte svare bonus fordi arbeidstakeren tar ansettelse i innleieforetaket, vil selskapet kontraktuelt stå uten mulighet til å dekke utgiften inn under rammeavtalen. Det er da ikke rettslig grunnlag for at bemanningsforetaket skal ha en slik forpliktelse.

- (104) I det samlede bonuskravet for perioden fra 2014 til 2017 på 242 467 kroner skal beløpet for 2017 trekkes ut for Bs vedkommende. Beløpet utgjør 47 681 kroner. Hans netto bonus utgjør etter dette 194 786 kroner.

Konklusjon og sakskostnader

- (105) Jeg har etter dette kommet til at bonusprogrammet i Aker BP er «lønn» i arbeidsmiljøloven § 14-12 a bokstav f's forstand. A har imidlertid ikke krav på bonus for den tiden i 2016 han var permittert. B har ikke krav på bonus for 2017, ettersom han på skjæringstidspunktet for retten til bonus var ansatt i et annet selskap enn Semco.
- (106) Begge de ansatte har i tillegg krevd feriepengene av bonusbeløpene. Kravet er ikke bestridt og legges derfor til grunn.
- (107) Videre har begge de ansatte krevd tillegg av «forsinkelsesrenter fra forfall til betaling skjer». Heller ikke denne delen av kravet er bestridt og legges derfor til grunn.
- (108) De ankende parter har i det vesentlige vunnet saken og skal tilkjennes sakskostnader jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd. Jeg bemerker at tyngdepunktet i saken har vært forståelsen av arbeidsmiljøloven § 14-12 a første ledd bokstav f om lønn og den konkrete rettsanvendelsen. I disse spørsmålene har de ankende parter fått medhold fullt ut.
- (109) B og A har i fellesskap krevd dekket kostnader for Stavanger tingrett med 103 750 kroner, for Gulating lagmannsrett med 119 750 kroner og for Høyesterett 520 000 kroner, til sammen 743 500 kroner med tillegg av merverdiavgift, i alt 929 375 kroner. I tillegg kommer utgifter til reise og opphold for prosessfullmektig og de ankende parter med 19 380 kroner. Semco har hatt innvendinger til størrelsen av kravet på sakskostnader for Høyesterett, men jeg finner ikke grunnlag for å sette dette ned. Semco tilpliktet etter dette å erstatte de samlede kostnadene på 948 755 kroner med en halvpart – dvs. 474 378 kroner – på hver av de ankende parter.
- (110) Landsorganisasjonen i Norge har krevd kostnader for Høyesterett dekket med 178 561 kroner. Oppgaven legges til grunn.

(111) Jeg stemmer etter dette for denne

D O M :

1. Semco Maritime AS dømmes til å betale 194 786 – etthundreogtjue tusen fire hundre og åttiseks – kroner til B med tillegg av feriepenger og forsinkelsesrenter fra forfall og til betaling skjer innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.
2. Semco Maritime AS dømmes til å betale 225 334 – tohundreogtjue tusen tre hundre og trettifire – kroner til A med tillegg av feriepenger og forsinkelsesrenter fra forfall og til betaling skjer innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.
3. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Semco Maritime AS og Næringslivets Hovedorganisasjon én for begge og begge for én til B 474 378 – firehundreogsyttifire tusen tre hundre og syttiåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.
4. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Semco Maritime AS og Næringslivets Hovedorganisasjon én for begge og begge for én til A 474 378 – firehundreogsyttifire tusen tre hundre og syttiåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.
5. I sakskostnader for Høyesterett betaler Semco Maritime AS og Næringslivets Hovedorganisasjon én for begge og begge for én til Landsorganisasjonen i Norge 178 561 – etthundreogsyttiått tusen fem hundre og sekstien – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.

- (112) Dommer **Steinsvik:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (113) Dommer **Bull:** Likeså.
- (114) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (115) Justitiarius **Øie:** Likeså.

(116) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Semco Maritime AS dømmes til å betale 194 786 – etthundreogtuffiretusensjuhundreogåttiseks – kroner til B med tillegg av feriepenger og forsinkelsesrenter fra forfall og til betaling skjer innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.
2. Semco Maritime AS dømmes til å betale 225 334 – tohundreogtjuefemtusentrehundreogtrettifire – kroner til A med tillegg av feriepenger og forsinkelsesrenter fra forfall og til betaling skjer innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.
3. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Semco Maritime AS og Næringslivets Hovedorganisasjon én for begge og begge for én til B 474 378 – firehundreogsyttifiretusentrehundreogsyttiåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.
4. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Semco Maritime AS og Næringslivets Hovedorganisasjon én for begge og begge for én til A 474 378 – firehundreogsyttifiretusentrehundreogsyttiåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.
5. I sakskostnader for Høyesterett betaler Semco Maritime AS og Næringslivets Hovedorganisasjon én for begge og begge for én til Landsorganisasjonen i Norge 178 561 – etthundreogsyttiåttetusenfemhundreogsekstien – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.