

Arbeidsdepartementet
Postboks 8019 Dep
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post til postmottak@ad.dep.no

Deres ref.: 11/2524

Dok. nr.: 129608

Saksbehandler:TH / JRA

06.02.2012

Høringsuttalelse – tilleggshøring vedrørende EUs vikarbyrådirektiv (2008/104/EF), ”Forslag til tiltak for å sikre at regler om inn og utleie av arbeidskraft etterleves”

1 INNLEDNING

Den Norske Advokatforening viser til departementets høringsbrev av 12. desember 2011 vedrørende ovennevnte tilleggshøring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg både som ekspertorgan og som berørt bransjeorganisasjon, da innleie fra vikarbyråer også benyttes innenfor advokatvirksomhet. I den grad vi uttaler oss som bransjeorganisasjon, vil vi uttrykkelig vise til de hensyn og vurderinger som gjør seg gjeldende for advokater og i advokatbransjen.

Saken er forelagt lovutvalget for arbeidsrett. Lovutvalget består av Lars Holo (leder), Marte Madslie, Jan L. Backer, Jan Fougner og Margrethe Husebø. Nyutnevnt medlem Alex Borch, som avløser fratrudd medlem Jens Johan Hjort, har ikke hatt anledning til å delta i arbeidet. Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2 HØRINGSNOTATETS PKT.3.2.1. OG 3.2.2.

2.1. Opplysningsplikten for innleievirksomheten overfor vikarbyrået – samt opplysningsplikt for vikarbyrået overfor den vikarbyråansatte

Opplysningsplikten for innleievirksomheten overfor vikarbyrået

Det er foreslått en opplysningsplikt for innleievirksomheten overfor vikarbyrået om hvilke lønns- og arbeidsvilkår som ville vært tilbudt ved en direkte ansettelse.

Advokatforeningen vil innledningsvis påpeke at det prinsipielt er viktig at vikarbyrået som arbeidsgiver er pliktsubjekt for oppfyllelse av de krav som følger av lovverket hva angår lønns- og arbeidsvilkår overfor sine arbeidstakere. Mellom innleievirksomheten og vikarbyrået består det et kontraktsforhold. Formålet med direktivet er å beskytte arbeidstakerne gjennom likebehandling. I tillegg er det også et formål å gi

«anerkjennelse av vikarbyråer som arbeidsgivere samtidig med, at det tas hensyn til behovet for å etablere passende rammer for anvendelsen av vikararbeid med henblikk på å bidra effektivt til å skape arbeidsplasser og til å utvikle fleksible former for arbeid.»

Formålet er følgelig også å anerkjenne vikarbyråer som arbeidsgiver. For at vikarbyrået skal kunne overholde sine lovmessige forpliktelser overfor arbeidstakeren, bør vikarbyrået sørge for å få kontraktsfestet vilkårene for at innleievirksomheten skal gi de nødvendige opplysninger til vikarbyrået. Dette vil gjøre vikarbyrået i stand til å ivareta forpliktelsene etter vikarbyrådirektivet overfor arbeidstaker.

Imidlertid ser Advokatforeningen at det kan være behov for å ha en slik regel lovfestet for å kunne ha en ekstra mekanisme for å sørge for at vikarbyrået kan oppfylle sine plikter som arbeidsgiver.

Dersom det skal innføres en regel om opplysningsplikt som nevnt, må det knyttes taushetsplikt til de opplysninger som vikarbyrået mottar fra innleievirksomheten. Dette vil bidra til å sikre at opplysningene spres til færrest mulig.

Opplysningsplikt for vikarbyrået overfor den vikarbyråansatte

Advokatforeningen er skeptisk til at den vikarbyråansatte skal få omfattende tilgang til hva som ligger til grunn for de lønns- og arbeidsvilkårene vedkommende får tilbud om. Hva angår taushetsplikten når det gjelder enkeltansatte i vikarbyråer, vil det være problematisk å ha en regel i forhold til den vikarbyråansatte i en annen virksomhet. Man har ikke effektive sanksjonsmuligheter overfor arbeidstakere i vikarbyrået. I slike tilfeller vil en taushetsplikt og begrensingen i bruken av opplysningene fort kunne bli illusorisk. At man må oppgi lønn til enkeltpersoner som kan identifiseres til arbeidstakere er da uheldig. Dette vil særlig være aktuelt for advokatbransjen hvor det er mange små selskaper som ikke er bundet av tariffavtaler. Advokatfirmaer kjennetegnes av at man i stor grad har individuell lønnsfastsettelse. Selv om det foreslås «å knytte bestemmelser om taushetsplikt og/eller begrensninger i bruken av opplysningene til en slik plikt, for eksempel etter mønster av de regler som finnes om dette i

forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett», kan dette være problematisk å forfølge, så lenge taushetsplikt er pålagt vikarbyråansatte i andre selskaper.

I forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett § 7, er det lagt til grunn at som hovedregel skal dokumentasjonen ikke omfatte opplysninger som kan knyttes til enkeltpersoner. Dette innebærer at opplysningene som leveres ut skal være anonymiserte, for eksempel ved at personopplysningene er sladdet. Begrunnelsen er hensynet til å kunne sikre arbeidstakernes personvern. Når det gjelder innsyn knyttet til innleide, vil dette kunne være koblet til en person som helt eller delvis erstatter en annen arbeidstaker for en periode. I større grad enn ved virkeområdet til en allmenngjøringsforskrift, så vil det følgelig være vanskelig med reell anonymisering.

Det bør under enhver omstendighet være en regel som kommer til anvendelse først når den ansatte selv reiser kravet om innsyn. Det synes unødvendig og uhensiktsmessig å skulle utlevere eventuell konfidensiell informasjon uten at noen har gjort rettmessig krav på dette.

3. HØRINGSNOTATETS PKT.3.3.

3.1. Solidaransvaret

Det er foreslått at innleievirksomheten får solidaransvar for vikarbyråets plikt til å dekke lønn og annen godtgjøring etter likebehandlingsprinsippet i vikarbyrådirektivet. Departementet foreslår en bestemmelse om solidaransvar for innleier etter mønster av allmenngjøringsloven § 13 tas inn som tredje ledd i en ny § 14-12 b.

I allmenngjøringsloven innebærer solidaransvaret at arbeidstaker kan rette lønnskravet sitt mot hovedentreprenøren dersom arbeidsgiveren (underentreprenøren) ikke betaler i henhold til allmenngjort tariffavtale.

Innleievirksomheten vil ved dette få et arbeidsgiveransvar for andre enn egne ansatte. Advokatforeningen er fra et prinsipielt ståsted negativ til dette.

Kontroll av vikarbyråenes virksomhet må foregå på grunnlag av lover og forskrifter. Det er tilsynsmyndigheten som må føre tilsyn med at disse reglene overholdes. Ved brudd på reglene kan Arbeidstilsynet gi vikarbyrået pålegg, tvangsmulkt, stanse arbeidet, eller anmelde forholdet til politiet. Dette kan også sees i sammenheng med forslaget om ekskludering fra bemanningsforetaksregisteret ved lovbrudd som vil bli nærmere evaluert i løpet av 2012.

Det kan også stilles spørsmål om hvordan man rettslig skal forholde seg til de tilfeller der det er tvist om hva kravet inneholder. Det vil være urimelig at innleievirksomheten som tredjepart skal kunne stilles til ansvar for et krav som er omtvistet og der det er utleievirksomheten som er nærmest til å kunne avgjøre kravet. Dette vil særlig kunne være en problemstilling i forhold til mindre virksomheter, hvor lønnsfastsettelsen er vanskelig og basert på individuelle skjønsmessige vurderinger.

Under enhver omstendighet vil Advokatforeningen påpeke at innføring av et solidaransvar ikke må innføres som en selvskyldnerkausjon. Det vises her til at departementet i høringsnotatet åpner for at det kan vurderes om det bør kreves at arbeidstaker først må forsøke å få dekket sitt krav hos arbeidsgiver, før et solidaransvar kan gjøres gjeldende.

Å kunne holde innleievirksomheten ansvarlig for lønnsdifferansen dersom innleid arbeidstaker får lavere lønn enn de ansatte i virksomheten, vil bidra til at direktivets formål, som blant annet er å sikre like lønnsvilkår for innleide og egne ansatte, kan etterleves. Et solidaransvar for innleievirksomheten vil imidlertid i praksis kunne innebære en favorisering av store kjente nasjonale aktører innenfor bemanningssektoren, og vil i så fall kunne utgjøre en restriksjon i strid med bestemmelsen i EØS-avtalens art. 36 om adgangen til å yte tjenester innen hele EØS-området. Advokatforeningen stiller spørsmål ved om tiltaket vil bli vurdert proporsjonalt i forhold til det inngrep det representerer i den frie utøvelsen av tjenester innen hele EØS-området. Det vises til at det foreligger liten dokumentasjon på at det faktisk eksisterer et reelt behov for et solidaransvar for innleievirksomheter. Et slikt behov må i så fall være basert på at manglende korrekt lønn til innleide vikarer er et samfunnsproblem det må iverksettes tiltak for å løse. Advokatforeningen viser til at det fremforhandlede vikarbyrådirektiv ivaretar balansen mellom vern av vikarbyråansatte og inngrep i markedet. Å iverksette ytterligere tiltak for å verne vikarbyråansatte som det ikke finnes et dokumentert behov for, reiser spørsmål om restriksjonen vil bli vurdert i strid med EØS-avtalens art 36. Advokatforeningen vil på denne bakgrunn gi uttrykk for at det er behov for en utredning av forslaget i lys av Norges EØS-rettslige forpliktelser.

4. HØRINGSNOTATETS PKT.3.4.

4.1. Innleievirksomhetens ansvar for den innleides arbeidstid.

Advokatforeningen er av den oppfatning at utgangspunktet er at ansvaret for å påse at de nærmere arbeidstidsreglene overholdes, påligger den som er arbeidsgiver. Advokatforeningen ser imidlertid at det kan være grunnlag for å pålegge innleievirksomheten en mer konkret forpliktelse til å følge opp at arbeidstidsregelverket overfor den innleide, enn det som følger av lovverket per i dag.

Advokatforeningen vil imidlertid reise spørsmål om hvem som skal kunne inngå avtaler om avvik fra for eksempel grensene for overtid etter § 10-6. Dette bør klargjøres i lovtekst eller forarbeider.

Det forutsettes at det er vikarbyrået som skal foreta en vurdering av om unntakene i § 10-12 (1) og (2) kommer til anvendelse. Dette bør også presiseres i lovtekst eller forarbeider.

Det bør avklares om denne bestemmelsen innebærer at arbeidsgiver kan gjøre en avtale om avvikende arbeidstidsordninger gjeldende også for innleid personell.

4. HØRINGSNOTATETS PKT 3.5 OG 3.6.

4.1. Drøftingsplikt ved bruk av innleid arbeidskraft

Advokatforeningen har ikke noen kommentarer til pkt.3.5. og forslaget om nytt § 14-12 femte ledd.

Med vennlig hilsen

Berit Reiss-Andersen
Leder

Merete Smith
generalsekretær