

STEIN EVJU

Professor i arbeidsrett, Universitetet i Oslo
Honorær professor, Handelshøjskolen, Aarhus Universitet

Kontor:
Institutt for privatrett
Universitetet i Oslo
Postboks 6706 St. Olavs pl.
0130 OSLO

Privat:
Stertebakke 4 B
3612 KONGSBERG

Arbeidsdepartementet
Postboks 8019 Dep

Besøksadresse: St. Olavs gate 23^{III}

Tlf.: 22 85 93 25

Tlf.: 32 98 52 99

Fax: 22 85 97 20

Mobil: 909 82 695

E-post: stein.evju@jus.uio.no

E-post: stein@evju.co

0030 OSLO

1. februar 2012

Deres ref.: 11/2524

Min ref.: AD 12/003

HØRING – FORSLAG TIL TILTAK FOR Å SIKRE AT REGLER VEDRØRENDE INN- OG UITLEIE AV ARBEIDSKRAFT ETTERLEVES ADDENDUM

Gjennom organisasjonenes nettsider har jeg gjort meg kjent med høringsuttalelsene fra NHO og Virke i denne saken. Jeg har derved også blitt kjent med det notatet som er vedlagt disse organisasjonenes uttalelser, og som også er skrevet for Spekter, det vil si notat av 20. januar 2012 fra Wiersholm, Mellbye & Bech, advokatfirma AS. I det følgende viser jeg til dette med betegnelsene «Wiersholm» eller «notatet».

Jeg går ikke inn på de to organisasjonenes høringsuttalelser som sådanne. De bygger for en del på notatet. Dette notatet gir grunn til å komme med en tilleggsuttalelse til min tidligere høringsuttalelse av 23. desember 2011. Det er mitt syn at de konklusjonene Wiersholm fører i marken, er uholdbare, og at rettskildebruken i notatets argumentasjon heller ikke holder faglige mål. Jeg skal, selvsagt, begrunne dette. I samsvar med hevdvunnen fremgangsmåte begynner jeg med det som kan synes mest vesentlig, hvilket er EØS-spørsmålene. Disse er de «mest vesentlig» i den forstand at det er de som kunne gi opphav til mest diskusjon.

1. Innsynsrett

Dette er ikke et tiltak som er tatt opp i departementets høringsbrev/høringsnotat av 12. desember 2011. Det er derimot en ordning som ble tatt opp i forrige høringsomgang, i departementets høringsnotat av 10. september 2010. Der skisserte departementet en ordning med innsynsrett med følgende sammenfatning:

«Departementet mener derfor at tillitsvalgte hos innleier skal kunne kreve at innleier dokumenterer at den innleide arbeidstakeren har vilkår etter likebehandlingsprinsippet. Den foreslåtte ordningen blir tilsvarende som den som finnes i forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett § 7, men med den forskjell at ordningen gjelder generelt, og ikke kun i virkeområdet til en allmenngjøringsforskrift» (s. 31).

I den nu aktuelle høringen skisseres det ikke noen endringer i dette. I høringsnotatet er det vist til nettopp det samme og bare kommentert at

«Det er klart mest hensiktsmessig at de tillitsvalgte skal rette et ev. krav om innsyn mot sin egen arbeidsgiver. En rett til innsyn vil derfor i praksis være avhengig av at vikarbyrået opplyser

innleievirksomheten om hvilke vilkår som er avtalt. Forutsatt at det innføres en slik innsynsrett, foreslås det således også at det lovfestes en plikt for vikarbyrået til å gi slike opplysninger til innleievirksomheten» (s. 12; kursivering i original – forsvunnet i notatet).

Dette er helt i tråd med forskriften av 22. februar 2008 nr. 166 om informasjons- og påseplikt og innsynsrett i henhold til almenngjøringsloven av 4. juni 1993, som departementet har vist uttrykkelig til i begge høringsnotater. Den eneste variasjon er en eventuell lovfestet plikt for utleieforetaket til å gi opplysninger til sin kontraktspartner, innleieforetaket. Men som jeg har pekt på i min tidligere høringsuttalelse, vil en slik opplysningsplikt være en nødvendig forutsetning for at likebehandlingskravet i bemanningsdirektivets artikkel 5 kan realiseres. Innleieren kan for eksempel ikke gi de adekvate opplysninger til utleier uten å vite *hvordan* en utleid arbeidstager skal lønnplasseres. Jeg gjentar ikke det jeg tidligere har skrevet om dette.

Wiersholm vurderer ikke en mulig innsynsrett etter disse linjer EØS-rettslig (s. 1), men viser til en tidligere vurdering, i en utredning for NHO, av Hjelmeng og Kolstad (s. 1 note 2). Det gis ikke noen nærmere anvisning på hvor spørsmål om innsynsrett er drøftet eller hvilke standpunkter Hjelmeng og Kolstad inntok. Artikkelen har et mer omfattende tema. Innsynsrett ble drøftet i EØS-rettslig relasjon på s. 25-36. Hjelmeng og Kolstad stilte seg reservert til om en innsynsrett som det var tale om – og som senere er innført – etter almenngjøringslovens, ville kunne anses tillatelig etter EØS-rettslige normer. Men rettsutviklingen har gått videre siden den gang. Det er kanhende indikativt for rettskildesynet i Wiersholms notat at man helt overser dette. Som departementet selvfølgelig er kjent med, har ESA, etter en klage fra Tekniske Entreprenørers Landsforening □ TELFO, gitt ubetinget uttrykk for at bestemmelsene om innsynsrett i almenngjøringsloven og 2008-forskriften er forenlige med EØS-avtalens regler om tjenestefriheten. For sammenhengens skyld, og for eventuelle eksterne lesere, siterer jeg bare kort fra oppsummeringen i ESAs brev om avgjørelsen av klagesaken, av 2. mars 2011:

«Article 11(5) of the General Application Act and Article 7 of Regulation No. 166/2008 provide employee representatives with a right to request information which indicates whether or not the respective employer is complying with his obligations arising from a regulation adopted under the General Application Act. This requirement aims to improve transparency with regard to wages and working conditions, and thus contributes to the objective of providing workers posted to Norway with the protection prescribed by Directive 96/71. The duty to disclose information of this kind to employee representatives does not hinder or make the provision of services less attractive within the meaning of Article 36 EEA. Accordingly, it does not constitute a restriction on the free movement of services.

...

For the reasons set out above, the Authority is of the view that the Regulation No. 166/2008 ... are compatible with Article 36 EEA and Directive 96/71.»

Denne avgjørelsen knytter seg til almenngjøringsloven og utstasjoneringdirektivet. Men det er ingen holdepunkter for å anta at vurderingen vil være en annen i forhold til bemanningsdirektivet. Det må has in mente at grenseoverskridende arbeidskraftutleie også faller inn under utstasjoneringdirektivets virkeområde, jfr. dets artikkel 1 nr. 3.

2. Solidaransvar

Wiersholm mener at et solidaransvar som forelått i høringsnotatene, «ikke vil være i pakt med det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsipp» (s. 2 og 12). I sammenfatningene av begrunnelsene for standpunktet heter det blandt annet:

«Ordningen slik den er foreslått synes å være særnorsk, og vil virke inngripende på fri flyt av tjenester. Det er ikke dokumentert behov for ordningen, og ordningen med statlig lønnsgaranti beskytter allerede ansattes lønnskrav. At vikarers lønnskrav skal være bedre sikret enn vanlig ansattes lønnskrav er ytterligere et argument for at ordningen ikke vil bli ansette proporsjonal» (s. 12) [De ortografiske feilene er originalens, ikke mine.]

På s. 2 fremholder Wiersholm at et solidaransvar vil utgjøre en restriksjon i EØS-rettslig forstand, og blandt de forhold notatet fremhever som grunner til at restriksjonen ikke kan anses proporsjonal, heter det i siste hakepunkt at «Restriksjonen vil hindre fri flyt av tjenester innenfor EØS-området».

Dette siste er enten dårlig tenkt eller ditto skrevet. Hvorvidt noe er en restriksjon i denne forstand, er et premiss for en problemstilling – om restriksjonen kan anses tillatelig – ikke en (del av) begrunnelse(n) for resultatet. Notatets hele diskusjon av solidaransvarsspørsmålet bærer også et påtagelig preg av mangel på oppdatert kunnskap og av mangel på en bredere, mer sammensatt vurdering. Det er overhodet ikke noen uenighet om at en ordning med solidaransvar *in abstracto* er en restriksjon i forhold til de EU/EØS-rettslige tjenestefrihetsreglene. Dét har det aldri vært tvil om. Spørsmålet er om restriksjonen er akseptabel. Dét har EU-domstolen svart ja på i prinsippet, med avgjørelsen i *Woff & Müller*¹ som også er nevnt av Wiersholm (s. 12).

Det første som er vesentlig i sammenhengen her, er at denne typen ordning prinsipielt er ansett som akseptabel for å sikre berørte arbeidstagere et reelt vern – selv om de også har et vern i hjemstaten □ og for å sikre effektiv etterlevelse av de regler om lønnsvilkår som direktivet, i dette tilfelle utstasjoneringsdirektivet, krever at skal etterleves. Om man vil holde seg i Wiersholms tankesett, er det akseptert at utstasjonerte arbeidstagere kan få et bedre vern enn «vanlig ansatte» i vertsstaten. Det er hverken så oppsiktsvekkende eller så uantagelig som Wiersholm synes å mene.

Det andre som er sentralt, men som Wiersholm er ukjent med eller unnlater å berøre, er at «modellen» for en slik ordning med solidaransvar som ligger i departementets høringsnotater, har vært vurdert av ESA. Klageren var den samme, og klagen var den samme som i saken om innsynsretten (jfr. i 1 foran). ESA var ikke i noen tvil om at solidaransvarsordningen etter almenngjøringsloven er fullt forenlig med tjenestefrihetsreglene. Igjen for sammenhengens skyld siterer jeg fra ESAs begrunnelse:

«A reading of Article 13 of the General Application Act indicates that the rule of joint and several liability replicates in essence the substance of the liability rule subject to examination in

¹ Sak C- 60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG v José Filipe Pereira Félix* [2004] EFD I-9553. Jeg har behandlet avgjørelsen noe nærmere i min høringsuttalelse av 13. januar 2006 ad Evaluering av allmenngjøringsordningen (AID ref. 200503595-/BOS), og ser ikke grunn til å gå nærmere inn på den her.

Wolff & Müller. In that judgment, the Court of Justice stated that Article 5 of Directive 96/71, interpreted in the light of Article 49 EC, does not in principle preclude a national system whereby, when subcontracting the conduct of building work to an undertaking established in another Member State, a building contractor established in the Member State concerned becomes liable for the obligation on that undertaking to pay the minimum wage to a worker employed by the latter. Further, that if entitlement to minimum rates of pay constitutes a feature of worker protection, which is one of the overriding reasons relating to the public interest which may justify a restriction on freedom to provide services, procedural arrangements ensuring observance of that right, such as the liability of the guarantor, must likewise be regarded as being such as to ensure that protection.

The rule in Article 13 of the General Application Act aims to improve the level of compliance with terms of employment laid down in regulations adopted under the Act, a framework which has been found by the Authority to be in line with Article 36 EEA and Directive 96/71. The effect of this rule is that undertakings in the contract chain guarantee one for all and all for one that the workers employed by individual contractors anywhere in the contract chain receive their wages and working conditions prescribed by the applicable regulation. Therefore, from the point of the posted worker, Article 13 serves as an added guarantee that an employee will in fact receive the wages he is entitled to under the applicable regulation.

...

For the reasons set out above, the Authority is of the view that ... Article 13 of the General Application Act are compatible with Article 36 EEA and Directive 96/71.»

Jeg kan ikke se at Wiersholm fører noen argumentasjon som kan tilsi at det skal stille seg anderledes ved grenseoverskridende utleie av arbeidstgere enn ved andre former for grenseoverskridende utstasjonering av arbeidstgere. Fremstillingen i notatet s. 8-12 er preget av alminneligheter som har vært tema for diskusjon på hjemlig og fremmed grunn det siste tiåret. Wiersholm unnlater helt å gå inn på en saksspesifikk drøftelse av solidaransvar som virkemiddel for vernet for arbeidstgere og av akseptable arbeidsmarkedsmessige forhold. Wiersholm later også til å være ukjent med den diskusjonen som har gått de siste tre-fire årene om hvordan de EU-rettslige regler som skal tjene til vern av arbeidstgere ved grenseoverskridende tjenesteydelser, kan gjøres mer effektive. Igjen er dette en diskusjon som primært har knyttet seg til utstasjoneringdirektivet og dets krav. I og med at bemaningsdirektivet hadde gjennomføringsfrist først i desember 2011, har problemstillingene ikke blitt aktualisert på samme måte på dette området. Men det er grunn til å merke seg at EU-kommisjonen spesielt har trukket frem solidaransvar som et viktig virkemiddel i utstasjoneringssammenheng. Et direktivforslag om gjennomføring og håndhevelse av regler om utstasjonering er på trappene i nærmeste fremtid. I dette forslaget inngår solidaransvar som et sentralt element (ref. upublisert foreløpig utkast januar 2012).

Mitt syn ut fra dette er at det *ikke* er rimelig grunn til å anta at et solidaransvar som det som er skissert i departementets høringsnotater, må anses uforenlige med EØS-rettslige regler.

Jeg går så over til å se på de problemstillingene Wiersholm har tatt opp i forhold til folkerettslige normeringer, i notatets diskusjon begrenset til Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK).

3. Innsynsrett og organisasjonsfrihet

Wiersholm hevder at forslaget om innsynsrett «vil innebære en krenkelse av de innleide arbeidstakernes negative organisasjonsfrihet etter EMK artikkel 11» (s. 8).

Efter mitt syn savner en slik konklusjon ethvert grunnlag, såvel faktisk som rettslig.

Det er ingen grunn på de alminnelighetene som er viet stor plass i notatet. Idag er det ikke noen tvil om at EMK artikkel 11 omfatter et vern av den negative siden av organisasjonsfriheten. Å bruke plass på å belegge dette er å slå inn åpne dører. Men det må da samtidig understrekes at det er et *visst* vern det er tale om. Menneskerettighetsdomstolens praksis har ennå ikke gitt denne siden av vernet like stor rekkevidde som vernet av organisasjonsfrihetens negative aspekt har efter Den europeiske sosialpakts (ESP) artikkel 5. Dette er det imidlertid ingen grunn til å gå nærmere inn på. For det som er problemstillingen her, er det ikke forskjell.

Den rettspraksis som foreligger fra Menneskerettighetsdomstolen (EMD) med referanse til den negative side av organisasjonsfriheten, gjelder i først hånd saker om organisasjonsplikt, det vil si hvor medlemskap i en bestemt fagforening/organisasjon er et vilkår for å få eller beholde ansettelse eller for å kunne utøve virksomhet. Det gjelder dommene fra *British Rail* (1981)¹ til *Sørensen og Rasmussen* (2006).² En annen og nyere linje i rettspraksis gjelder plikt for ikke-medlemmer til å betale til en fagforening, som generell ydelse eller som kompensasjon for en utført tjeneste. Her går linjen fra *Evaldsson* (2007)³ til *Ólafsson* (2010).⁴ I disse sakene har det vært spørsmål om en pliktig avgift eller lønnsfradrag til fordel for en fagforening man ikke er medlem av. Grunnregelen kan kort sies å være at slike ordninger støter an mot EMK artikkel 11, medmindre betalingen eller lønnsfradraget kan anses som vederlag for en tjeneste arbeidstageren reelt nyter godt av. Praksis under Den europeiske sosialpakts artikkel 5 har gått foran og er mer konkret om det samme. Forsåvidt kan det vises til Høyesteretts dom i «tariffavgiftssaken», Rt. 2008.1601.

Det er derimot *ingen* rettspraksis fra EMD eller ECSR⁵ som behandler spørsmål om en slik form for innsynsrett som det er tale om her. Det er heller ikke noen rettspraksis som gir grunnlag for å trekke slutninger om at en slik ordning skal anses konvensjonsstridig. Rettspraksis gir overhodet ikke grunnlag for å hevde noe slikt. Det er ganske grunnleggende at det vernet det negative aspekt av organisasjonsfriheten er gitt, det være seg efter EMK eller efter

¹ Case of Young, James and Webster v The United Kingdom (Application no. 7601/76; 7806/77), dom 13. august 1981.

² Cases of Sørensen v. Denmark and Rasmussen v. Denmark (Applications nos. 52562/99 and 52620/99), dom 11. januar 2006.

³ Evaldsson and Others v. Sweden (Application no. 75252/01), dom 13. februar 2007.

⁴ Case of Vörður Ólafsson v Iceland (Application no. 20161/06), dom 27. april 2010.

⁵ European Committee of Social Rights, kontrollorganet for Den europeiske sosialpakt.

ESP, er et vern mot ordninger som kan innebære et *press* på den enkelte til å slutte seg til – eller la være å slutte seg til – en bestemt organisasjon.

Noe slikt er det i det hele tatt ikke tale om når det gjelder en innsynsrett langs en slik linje som er skissert i departementets høringsnotater. I avsnitt 1 foran har jeg pekt på hva en slik innsynsrett innebærer. Det er grunn til å være mer spesifikk her. Referansen vil da være, slik den er i høringsnotatene, innsynsretten etter forskriften til almengjøringsloven.

Utgangspunktet og grunnregelen er forskriftens § 7 første ledd, hvor det heter:

«§ 7. Gjennomføring av tillitsvalgtes innsynsrett

Dersom tillitsvalgte i hovedleverandørs virksomhet fremmer begjæring om det, skal hovedleverandør dokumentere at lønns- og arbeidsvilkår hos virksomhetens underleverandører er i overensstemmelse med gjeldende allmenngjøringsforskrift.»

For ut-/innleieforhold vil det være *innleieren* – den egne arbeidsgiveren, som det heter i høringsnotatene □ de tillitsvalgte *hos innleieren* må fremme et krav overfor. Det som da kan være aktuelt, er at det kreves innsyn i «lønns- og arbeidsvilkår til arbeidstakere som» er innleid (jfr. almengjøringsforskriftens § 8 første ledd tredje punktum). Gjenstanden for innsyn må antas å ville være tilsvarende som i forskriftens § 9:

«§ 9. Fremleggelse av dokumentasjon

Opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår skal dokumenteres ved kopi av arbeidsavtale, lønsslipp og timelister. Personopplysninger og opplysninger som ikke er omfattet av begjæringen om innsyn, skal ikke fremgå av den fremlagte dokumentasjonen.»

Det at en utleiearbeidstagers egen arbeidsgiver, bemanningsforetaket, må fremlegge slike opplysninger overfor sin kontraktspartner, innleieren, kan knapt sies å ha noen effekt på den enkelte utleieansattes organisasjonsfrihet. Det ligger ingen form for *press* i dette i retning av å slutte seg til en fagforening eller til å la det være. Det vil være mer enn anstrengt å hevde noe slikt. Det gjør ingen forskjell at det er tillitsvalgte hos innleieren som skal ha tilgang til materialet. De tillitsvalgte kan ikke utvirke noe resultat i den ene eller annen retning ved å gå på en innleid arbeidstager. Det vil være uten betydning for dennes lønns- og arbeidsvilkår om vedkommende slutter seg til en fagforening som de tillitsvalgte representerer. En utleiearbeidstager har sitt arbeidsforhold med utleieren, bemanningsforetaket. Det er uten enhver virkning for dette arbeidsforholdet om den utleide går inn i en fagforening som er representert i innleiebedriften. En tariffavtale som innleiebedriften er bundet av, har ingen virkning for arbeidsavtalerelasjonen mellom utleieforetak og ansatte i utleieforetaket. Dette er utvilsomt □ og egentlig ganske banalt.

En innsynsrett som skissert kan derimot ha den virkning at den plikten *utleieforetaket* vil ha etter bemanningsdirektivets artikkel 5 til å sikre egne ansatte likebehandling med ansatte hos en innleier, kan realiseres. Hvis en undersøkelse foretatt av innleier og forelagt de aktuelle tillitsvalgte i dennes virksomhet avdekker at utleieren ikke etterlever likebehandlingskravet, vil det kunne gi grunnlag for reaksjoner fra *innleierens* side, eventuelt etter mellomkomst av tillitsvalgte hos denne. Tillitsvalgte hos innleieren kan lite annet gjøre enn å forholde seg til egen arbeidsgiver; de har ikke noen posisjon overfor utleieforetaket. Det skal noe ganske annet og mer enn alminnelig fantasi til for å konstruere et *press* til å organisere seg i en

bestemt fagforening i dette. Om noe, skulle man tro at en slik effekt lå nærmere i de ordinære utstasjoneringsforhold, der underleverandørers ansatte arbeider i en bransje som potensielt kan omfattes av samme tariffavtale som hovedleverandørens. Men også der er forbindelsen til organisasjonsfriheten så fjern at det er mer enn søkt å hevde dette som et menneskerettighetsproblem.

4. Innsynsrett og personvern

Wiersholm gir uttrykk for at en innsynsrett for tillitsvalgte «kan være i strid med personvernensyn sammenholdt med prinsippet om rett til privatliv etter EMK artikkel 8» (s. 1). I notatet sies det likevel at Wiersholm ikke har vurdert spørsmålet nærmere, men det vises til den tidligere nevnte artikkelen av Hjelmeng og Kolstad fra 2006. I artikkelen gir Hjelmeng og Kolstad en oversiktlig drøftelse av problemstillingen i forhold til ordningen etter almenngjøringsloven og den aktuelle forskriften (s. 36-40). De konkluderte med at

«Etter vår oppfatning vil det således en innsynsrett for tillitsvalgte i lønns- og arbeidsvilkår være et inngrep i privatlivets fred som ikke tilfredsstillende kravene til proporsjonalitet i personopplysningsdirektivets artikkel 6 og 7, jf. EMK artikkel 8» (s. 40).

Hjelmeng og Kolstad bygger på en god og forsvarlig drøftelse. Men konklusjonen er ikke bærekraftig. Ett er det rent personvernrettslige. Etter personopplysningsloven har Datatilsynet lagt til grunn at lønnsopplysninger for enkeltarbeidstagere kan utleveres til tillitsvalgte i forbindelse med lønnsforhandlinger, innenfor visse rammer (se www.datatilsynet.no/Sektor/-Arbeidsliv/Innsyn-i-lønnsopplysninger/). Det er ikke godt å se hvorfor dette skulle stille seg annerledes, i betydningen mer restriktivt, der det ikke er snakk om å forhandle om egne medlemmers lønn, enn å påse at direktiv- og lovbestemte krav faktisk etterleveres. Det andre er den EØS-rettslige vurderingen. Dette er noe Hjelmeng og Kolstad av naturlige grunner ikke kunne ta i betraktning. Men det er desto mer påfallende at Wiersholm henholder seg til deres artikkel uten så mye som å nevne ESAs EØS-rettslige vurdering av innsynsrettsinstituttet. Jeg nøyer meg med å vise til det jeg har sagt om dette i avsnitt 1 foran. Det er ikke rimelig grunnlag for å hevde at en innsynsrett i bemanningsdirektivsammenheng vil være EØS-rettsstridig, enn si støte an mot EMK artikkel 8. En motsatt konklusjon kan trygt avvises som uholdbar.

En bemerkning avslutningsvis: Wiersholm peker på flere punkter på spørsmål som etter Wiersholms mening «burde ha vært nærmere utredet» (s. 1 □ 2x, s. 8, s. 12 implisitt). Til det er å si at det vel ikke er grunn til å hengi seg til lange utredninger om det som ikke er tvilsomt i nevneverdig grad. Og Wiersholms bidrag har, med respekt å melde, ikke endret inntrykket av at det ikke har vært grunn for departementet til å drøfte de EØS- og EMK-relaterte spørsmålene nærmere. Derimot ville det vel tjent saken bedre om Wiersholm hadde satt seg bedre inn i det rettskildemessige grunnlaget for problemstillingene og evnet å diskutere dem noe mer nyansert.

Med hilsen