

**Høring om tiltak mot ulovlig innleie av arbeidskraft -
søksmålsrett for fagforeninger og utvidet kompetanse for
Arbeidstilsynet**

Innhold

1	Innledning	3
2	Representativ søksmålsadgang for fagforeninger	5
2.1	Generelt om gjeldende rett – representative søksmål	5
2.1.1	Innledning	5
2.1.2	Prosessforutsetningene	5
2.1.3	Andre prosessuelle virkemidler	11
2.1.4	Søksmål etter arbeidstvistloven	13
2.1.5	Utenlandsk rett	14
2.2	Representative søksmål om lovstridig innleie	16
2.2.1	Innledning	16
2.2.2	Gjeldende rett	16
2.2.3	Fastsettelsesdommens rettskraft	19
2.2.4	Tidspunktet for vurderingen av om søksmålsbetingelsene er oppfylt	22
2.2.5	Forholdet til eventuelle etterfølgende søksmål fra innleide – søksmålsfrister	22
2.2.6	Departementets vurdering og forslag	23
3	Utvidet kompetanse for Arbeidstilsynet ved innleie etter § 14-12 andre ledd	28
3.1	Innledning	28
3.2	Gjeldende rett	28
3.3	Departementets vurdering	28
4	Økonomiske og administrative konsekvenser	29

1 Innledning

Departementet legger i dette høringsnotatet frem forslag om at fagforening som har medlemmer i en virksomhet som har leid inn arbeidstaker fra bemanningsforetak kan reise søksmål i eget navn om lovligheten av slik innleie. Det foreslås også utvidet kompetanse for Arbeidstilsynet ved innleie etter arbeidsmiljøloven § 14-12 andre ledd.

I Meld. St. 29 (2010-2011) Felles ansvar for eit godt og anstendig arbeidsliv signaliserte departementet at det i forbindelse med gjennomgangen av håndhevingen av alvorlige brudd på arbeidsmiljøregelverket vil være naturlig å se på forslaget som er lansert om økt adgang til å gå til søksmål for brudd på arbeidsmiljøloven for fagforeninger ("kollektivt søksmål").

Temaet "kollektiv søksmålsrett" for fagforeninger har vært tatt opp overfor departementet blant annet i forbindelse med høringen om vikarbyrådirektivet, se omtale i Prop. 74 L (2011-2012). Det har blant annet vært vist til at mange virksomheter leier inn arbeidstakere fra vikarbyråer ulovlig, det vil si uten at vilkårene for midlertidig ansettelse er til stede. Videre har det vært påpekt at det for den enkelte innleide er svært vanskelig å reise søksmål med krav om fast ansettelse i innleiebedriften. Det har i denne sammenheng vært fremholdt at det bør tas inn i arbeidsmiljøloven en uttrykkelig søksmålsadgang for fagforeningene om lovstridig innleie. Behovet har også vært nevnt i tilknytning til vilkårene for midlertidig ansettelse og det nye likebehandlingsprinsippet i arbeidsmiljøloven § 14-12 a. Reglene om midlertidig ansettelse og innleie av arbeidskraft håndheves av den enkelte arbeidstaker, og omfattes ikke av Arbeidstilsynets påleggskompetanse.

Basert på de signalene departementet får, er det grunn til å tro at ulovlig innleie forekommer langt hyppigere enn hva antall saker om slike forhold for domstolene skulle tilsi. At innleide arbeidstakere ikke påberoper seg sine rettigheter i slike saker kan ha flere årsaker, herunder at de ikke ønsker å gå til søksmål av frykt for de konsekvenser dette kan få for det etablerte arbeidsforholdet hos utleier eller arbeidsgiver. Dersom fagforeningene kan reise søksmål om lovligheten av innleie, er det grunn til å anta at det ville bli enklere for den enkelte innleide å fremme krav om fast ansettelse og/eller erstatning i ettertid. Det vil også kunne bidra til mindre ulovlig innleie generelt.

Fagforeningene har allerede i dag flere prosessuelle muligheter for å ivareta egne og medlemmenes interesser. Ved vurderingen av om det bør innføres nye regler på dette området, er det etter departementets syn viktig å ha et klart bilde av hva som er gjeldende rett i dag, både for å se behovet for endringer og for å se hvor store endringer en eventuell ny regulering vil innebære. Det er videre viktig å se på ulike praktiske og juridiske konsekvenser av å innføre nye regler på dette området, og å se dette opp mot mulige andre løsninger på problemene som påpekes.

Departementet har med bakgrunn i disse forholdene fått gjennomført en utredning om adgangen til representative søksmål for fagforeninger (i det følgende benyttes både betegnelsen representative søksmål og kollektiv søksmålsrett som alternative betegnelser på temaet). I utredningen, som er utført av Advokatfirmaet Hjort DA, redegjøres nærmere for gjeldende rett samt juridiske/praktiske sider ved å innføre nye regler, i tilknytning til

blant annet innleie og midlertidig ansettelse. Departementet vil i det følgende redegjøre for disse temaene, med fokus på situasjonen ved innleie etter arbeidsmiljøloven § 14-12.

Overfor departementet har både søksmålsadgang for *tillitsvalgte* og søksmålsadgang for *fagforeninger* (og forbund) vært nevnt i tilknytning til temaet kollektiv søksmålsrett. Etter departementets syn er det hensiktsmessig å avgrense spørsmålet til om *fagforeninger* skal ha søksmålsadgang. Det er naturlig å ta utgangspunkt i adgangen for fagforeninger slik begrepet ”fagforening” er definert i arbeidstvistloven § 1 c.

Departementet legger for innleietilfellene til grunn at det er fagforeninger som organiserer ansatte hos *innleier* spørsmålet om søksmålsadgang særlig er relevant for. Dette både med tanke på at det i dag er svært lav organisasjonsgrad blant ansatte i bemanningsforetak¹, og at det er ansatte i innleievirksomheten som gjerne vil ha best kjennskap til virksomhetens praksis og grunnlag for innleie. Ved gjennomgangen av gjeldende rett er det derfor disse det tas utgangspunkt i.

Departementet vil primært fokusere på fagforeningers adgang til å gå til *fastsettelsessøksmål* knyttet til reglene om vilkår for innleie. Fastsettelsessøksmål er søksmål hvor saksøkeren nedlegger påstand om at det skal konstateres at en rettighet eller et rettsforhold foreligger eller ikke. En fastsettelsesdom er en dom som fastslår hva som er rettsstillingen mellom partene i saken. En fastsettelsesdom kan altså ikke tvangsfullbyrdes.

Fullbyrdelsessøksmål er saker hvor saksøkeren nedlegger påstand om at saksøkte skal dømmes til å oppfylle et rettskrav; han/hun skal dømmes til å foreta noe, unnlate noe eller tåle noe. Søksmål med krav om fast ansettelse og/eller erstatning er eksempler på dette. En virkning av en fullbyrdelsesdom i saksøkerens favør vil regulært være at dommen kan gjennomføres ved tvangsfullbyrdelse. Det avgrenses i denne omgang mot fagforeningers adgang til å gå til slikt fullbyrdelsessøksmål (med samtykke fra den enkelte), herunder ved brudd på det nye likebehandlingskravet i arbeidsmiljøloven § 14-12 a. Når det gjelder likebehandlingskravet, vil departementet påpeke at det allerede er vedtatt ulike tiltak, herunder en regel om solidaransvar, som skal sikre overholdelsen av § 14-12 a. Man bør etter departementets syn uansett se an behovet før det foreslås ytterligere tiltak for håndheving av disse reglene. Det nye likebehandlingskravet trer først i kraft 1. januar 2013.

I punkt 3 går departementet inn på spørsmålet om Arbeidstilsynet bør ha utvidet håndhevingskompetanse når det gjelder reglene om innleie.

¹ Se Prop. 74 L (2011-2012) kap. 3.6.

2 Representativ søksmålsadgang for fagforeninger

2.1 Generelt om gjeldende rett – representative søksmål

2.1.1 Innledning

Verken arbeidsmiljøloven eller tvisteloven inneholder i dag noen særbestemmelse om adgang til å reise representativt søksmål ved brudd på arbeidsmiljøloven. Utgangspunktet er at de alminnelige prosessregler i tvisteloven kommer til anvendelse ved søksmål etter arbeidsmiljøloven, herunder fagforeningers eventuelle søksmålsadgang. Videre finnes særregler i arbeidsmiljøloven som regulerer unntak fra kravet om forliksrådsbehandling, særlige frister for å kreve forhandlinger og reise søksmål, samt regler om rettens sammensetning m.v.

For å fremme en sak for domstolene må de grunnleggende prosessforutsetninger være til stede. Konsekvensene av at prosessforutsetningene ikke er oppfylt, vil være at saken avvises uten realitetsbehandling.

Departementet kjenner ikke til at det så langt er anlagt rene representative søksmål etter arbeidsmiljøloven for de alminnelige domstoler, hvor kravet er reist av en fagforening om én eller flere arbeidstakers rettigheter, men hvor arbeidstakeren ikke selv er part. Det foreligger imidlertid rettspraksis hvor en eller flere arbeidstakere er parter og fagforeningen også opptrer som part eller har tiltrådt søksmålet som partshjelp (tidligere: hjelpeintervenient).

Etter gjeldende rett vil adgangen til å reise representative søksmål måtte baseres på en helhetsvurdering. I denne vurderingen inngår blant annet behovet for det representative søksmålet, organisasjonens formål, hensiktsmessigheten av at kravet forfølges på denne måten, praktiske problemer med gjennomføringen og konsekvensene av en dom i saksøkers favør.

Nedenfor gjennomgås kort de bestemmelsene i tvisteloven som regulerer fagforeningers adgang til å anlegge søksmål for å ivareta arbeidstakers rettigheter generelt. Deretter gjennomgås reglene om partshjelp og gruppesøksmål. Dette er eksisterende prosessuelle virkemidler fagforeningene har til disposisjon for å støtte arbeidstakernes rettigheter i tvister for domstolene. Videre gjennomgås fagforeningenes adgang til å anlegge søksmål for Arbeidsretten etter arbeidstvistloven. Endelig gis det en kort oversikt over utenlandsk rett.

2.1.2 Prosessforutsetningene

2.1.2.1 Innledning

For at en domstol skal kunne realitetsbehandle en sak må en rekke vilkår være oppfylt. Disse vilkårene omtales som prosessforutsetninger. Prosessforutsetningene gir blant annet anvisning på hvem som kan reise søksmål og hvilke saker det kan reises søksmål om.

2.1.2.2 Partsevne

For å anlegge en sak for domstolene må partene ha partsevne. Tvisteloven § 2-1 første ledd regulerer hvem som *automatisk* har partsevne. *Fagforeningers* partsevne fremkommer ikke av § 2-1, første ledd, men reguleres av tvisteloven § 2-1 annet ledd som lyder:

”Andre sammenslutninger enn etter første ledd har partsevne så langt dette følger av en samlet vurdering hvor det særlig legges vekt på

- Om sammenslutningen har en fast organisasjonsform,
- Om det er et styre eller annet organ som representerer sammenslutningen utad,
- Om sammenslutningen har en formalisert medlemskapsordning,
- Om sammenslutningen har egne midler, og
- Sammenslutningens formål og hva søksmålet gjelder. ”

Normalt vil det ikke være vanskelig å konstatere at en fagforening tilfredsstiller vilkårene og har partsevne. Det går imidlertid en grense for hvor løs en sammenslutning kan være og likevel ha partsevne.² Spørsmålet om det foreligger en fagforening har i rettspraksis oppstått i tilknytning til om det foreligger en tariffavtale og om Arbeidsretten har kompetanse til å behandle tvisten. I arbeidstvisteloven § 1 bokstav c defineres en fagforening som ”... enhver sammenslutning av arbeidstakere eller av arbeidstakeres foreninger som har til formål å vareta arbeidstakernes interesser overfor deres arbeidsgivere”

Det stilles verken krav til medlemstall eller organisering. Det kreves heller ikke at sammenslutningen skal være av en viss varighet, og fagforeningsbegrepet omfatter også "tilfeldige sammenslutninger som skapes for en enkelt anledning og for å sette en enkelt sak gjennom", jf. ARD 1953 s. 81. Likevel stilles det visse krav til sammenslutningens struktur og stabilitet. "Hvilke krav som stilles på dette punkt vil kunne variere blant annet etter de spørsmål tvisten gjelder, og da slik at det vil være en grense for hvor løst organisert en sammenslutning kan være for at den skal kunne anses som en fagforening i lovens forstand", jf. ARD 2011 nr. 14. Minstekravene til organisering har "nær sammenheng med rettsvirkningene av de avtaler som en fagforening inngår, herunder spørsmålet om hvem som blir bundet", jf. sistnevnte avgjørelse.

Helhetsvurderingen som foretas etter tvisteloven § 2-1 synes langt på vei å være den samme som i vurderingen av om en sammenslutning av arbeidstakere er en fagforening etter arbeidstvisteloven. At en sammenslutning av arbeidstakere har status som fagforening etter arbeidstvisteloven må derfor antas å være relevant også i vurderingen av om det foreligger partsevne på saksøkersiden.

2.1.2.3 Kravene til søksmålgjenstand, partstilknytning og søksmålssituasjon

De alminnelige søksmålsbetingelsene er angitt i tvisteloven § 1-3:

”(1) Det kan reises sak for domstolene om rettskrav.

² Jf. bl.a Rt. 1988 s. 490 og Rt. 1998 s. 1496.

(2) Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det”.

Bestemmelsen er skjønnsmessig utformet og oppstiller tre hovedvilkår om henholdsvis krav til søksmålsgjenstanden (”rettskrav”), søksmålssituasjonen (”kravets aktualitet”) og partenes tilknytning til kravet.

For organisasjoners søksmålsadgang om annet enn egne rettigheter og plikter er kravet til partstilknytning presisert i tvisteloven § 1-4 første ledd:

”Foreninger og stiftelser kan reise søksmål i eget navn om forhold som det ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta, når vilkårene ellers i § 1-3 er oppfylt”

Tvisteloven §§ 1-3 og 1-4 utgjør en sammenfatning og videreføring av søksmålsbetingelsene slik disse var formulert i tvistemålsloven (1915) og senere ble videreutviklet i rettspraksis. Tidligere rettspraksis knyttet til ”rettslig interesse” er derfor fortsatt relevant. Det understrekes at det skal foretas en helhetlig vurdering av om kravene til søksmålsgjenstand, partstilknytning og søksmålssituasjon er tilstede. Den samlede vurdering det pekes på i tvisteloven § 1-3 annet ledd annet punktum, er sentral for alle vilkårene etter § 1-3.³

Søksmålsvilkårene må foreligge på alle trinn i saken. Faller søksmålsinteressen bort, for eksempel mens saken står for lagmannsretten, må saken heves eller avvises. Det kan imidlertid være tvil om partenes behov for å få saken avgjort faller bort som følge av endringen. Den omstendighet at parten har engasjert seg i saken skal også tillegges vekt i seg selv, slik at behovet for en dom i saken kan anses for å bestå selv om man ikke ville godtatt et nytt søksmål under de samme forhold.

Søksmålsgjenstand

Kravet til søksmålsgjenstand er formulert slik at det kan reises krav for domstolene om ”rettskrav”, jf. tvisteloven § 1-3 første ledd. Det må dreie seg om krav som er underlagt rettslig regulering. Et hovedskille går mellom rettighets- eller pliktforhold, hvor det generelt vil være adgang til å reise søksmål, og interessetvister, faktiske omstendigheter og faglige vurderinger, som ikke kan gjøres til tvistegjenstand.⁴ Det kan som eksempel ikke anlegges søksmål med påstand om hvordan en lovbestemmelse er å forstå. En fagforening må derfor antas heller ikke å kunne anlegge søksmål med krav om dom for at innleie, basert på en hypotetisk situasjon, er i strid med arbeidsmiljølovens regler. Søksmålet må som hovedregel gjelde en eller flere konkrete faktiske innleiesituasjoner.

Søksmålssituasjon

Kravet til søksmålssituasjonen er i tvisteloven § 1-3 annet ledd første punktum formulert som et krav om at det må påvises et ”reelt behov for å få saken avgjort i forhold til saksøkte” for den som reiser saken. Etter annet punktum skal det skje ”en samlet

³ T. Schei m.fl., Tvisteloven, Kommentartutgave, Bind I, 2007, s. 35.

⁴ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363 flg.

vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det”. Saksøkeren må altså ha *aktuell* interesse i søksmålet. I rettspraksis er det generelt lagt til grunn at dersom saksøkers interesse i søksmålet utelukkende ligger i å få fastslått at han hadde rett, uten at dette har nærmere påviselige rettsvirkninger på avgjørelsestidspunktet, foreligger det ikke rettslig interesse.⁵ En avgjørelse må ha en konkret betydning for saksøkeren. Det vil imidlertid ha vekt om saken har prinsipiell betydning. En avgjørelse vil da kunne ha verdi for andre saker og dermed dekke et behov for rettslig avklaring utover betydningen i den foreliggende sak.

Det finnes uttalelser i rettspraksis som kan gi inntrykk av at kravet til søksmålets aktualitet vurderes noe mindre strengt på arbeidsrettens område, særlig dersom avgjørelsen kan ha betydning for arbeidstakerens mulighet for arbeid i fremtiden.⁶

Passivitetsvirkninger kan inntre ved søksmål om lovligheten av fortidige rettsforhold⁷. Det er ikke åpenbart at kravet til søksmålssituasjon er oppfylt dersom det tas ut søksmål med fastsettelsespåstand om at et avsluttet innleieforhold var lovstridig, uten at det samtidig kraves dom for fast ansettelse eller erstatning.

Partstilknytning

Kravet til partstilknytning har stor betydning for å trekke opp grensene for fagforeningers adgang til å ta ut søksmål på vegne av medlemmene. Tvisteloven § 1-4 første ledd gir adgang til søksmål ”...om forhold som det ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta, når vilkårene i § 1-3 ellers er oppfylt”. Det må således påvises et reelt behov for å få rettskravet avgjort i forhold til saksøkte ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning etter § 1-3.

Tvisteloven § 1-4 første ledd kan ses som et utslag av en rettsutvikling de seneste tiår når det gjelder organisasjoners adgang til å anlegge søksmål om krav som ikke direkte gjelder organisasjonens egne rettigheter og plikter. Domstolene har gjennom sin rettspraksis anerkjent at det er behov for slike søksmål.⁸ Det er særlig aktuelt med representative søksmål for å ivareta ideelle eller allmenne interesser der enkeltpersoner kan ha vanskelig for å gjøre selvstendige rettskrav gjeldende. I forarbeidene til tvisteloven er det uttrykkelig sagt at formuleringene i bestemmelsen ikke skal stenge for en videre utvikling av søksmålsadgangen gjennom rettspraksis.⁹

Kravets tilknytning til organisasjonens formål og virksomhet

Kjerneområdet for representative søksmål er der hvor en organisasjon ivaretar ideelle eller allmenne interesser, for eksempel naturvern.¹⁰ Høyesterett har i disse sakene funnet at det

⁵ Jf. bl.a. Rt. 2005 s. 802 og Rt. 1996 s. 1304.

⁶ Jf. bl.a. Rt. 1991 s. 1468, HR-1999-699-K og Rt. 2006 s. 106.

⁷ Jf. Rt. 2010 s. 897.

⁸ NOU 2001: 32A punkt 5.4.4.

⁹ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 156.

¹⁰ Jf. Rt. 1980 s. 569, Rt. 1992 s. 1618, Rt. 2003 s. 833.

forelå tilstrekkelig tilknytning mellom de interesser søksmålet hadde til formål å verne, og organisasjonenes formål, virksomhet og representativitet.

I Rt. 2003 s. 833 (Stopp Regionfelt Østlandet), ble det uttalt at det var naturlig å ta utgangspunkt i foreningens vedtekter, i tillegg til å se på foreningens virksomhet for øvrig. Høyesterett la blant annet vekt på en erklæring om at denne organisasjonen hadde vært en spydspiss i arbeidet for å stanse utbyggingen av regionfeltet og representerte lokal og regional forankring. Høyesterett fant det derfor vanskelig å se at andre skulle være nærmere til å ta ut søksmålet.

Rt. 1992 s. 1618 (Borregaard) viser at organisasjoner kan ha en vidt formulert angivelse av formålet. Høyesterett fant at bevegelsen Fremtiden i våre hender sitt formål og arbeid sto i så nær sammenheng med vern av natur at det var tilstrekkelig rettslig interesse. Det ble lagt vekt på den store medlemsmassen og at saken dreide seg om beskyttelse av store områder som var populære rekreasjonsområder for et stort antall mennesker.

I saken i Rt. 1952 s. 554 (Lektortitteldommen) var spørsmålet om bruken av titlene rektor, adjunkt og lektor i departementets rundskriv var gyldig. Norsk lektorlag var saksøker og det ble ikke reist spørsmål ved foreningens rettslige interesse.

Saken i Rt. 1997 s. 713 gjaldt en velforenings krav om at et kommunalt prinsippvedtak om innføring av eiendomsskatt i kommunen skulle kjennes ugyldig. Foreningen ble ikke funnet å ha rettslig interesse fordi søksmålet lå for fjernt fra organisasjonens formål.

Økonomiske interesser kan imidlertid ivaretas av organisasjonen dersom de faller inn under dens formål og virkeområde. Dette var blant annet tilfelle i Rt. 1986 s. 199 og Rt. 1962 s. 322. Spørsmålet om rettslig interesse ble ikke problematisert i disse sakene.

I Rt. 1990 s. 322 (Fusa) uttalte Høyesterett følgende om sitt syn på om Norges Handikapforbund kunne ha partsstilling i et søksmål som gjaldt gyldigheten av et forvaltningsvedtak om ytelser til en handikappet person:

"Saken gjelder gyldigheten av et forvaltningsvedtak om ytelser til A personlig. Saken reiser imidlertid viktige rettsspørsmål for store grupper funksjonshemmede. Jeg finner det derfor ikke tvilsomt at Norges Handikapforbund, som etter det opplyste er en representativ organisasjon, ville hatt rettslig interesse også i forhold til tvistmålsloven § 54, iallfall slik at forbundet kunne reist sak sammen med A."

I Rt. 2001 s. 1505 hadde Veivesenets Arbeiderforening (VAF) tatt ut søksmål mot Oslo kommune med påstand om at det var uberettiget av kommunen å avvise et tilbud fra Oslo Vei i en anbudskonkurranse. Høyesterett avviste saken ettersom VAF ikke hadde tilstrekkelig aktuell interesse i søksmålet, i det avvisningen av tilbudet ikke fikk noen virkning for arbeidstakerne og søksmålet ikke ville avklare anbudsrettslige spørsmål av særlig betydning.

Kravets tilknytning til organisasjonens medlemmer

Høyesterett har altså konstatert at organisasjoner, herunder fagforeninger, i prinsippet har en søksmålsadgang når det gjelder å håndheve og forfølge medlemmenes felles interesser. Denne søksmålsadgangen har hatt særlig betydning i saker hvor det ikke ville vært naturlig for

enkeltmedlemmene å ta ut søksmål. Det hindrer likevel ikke søksmål at medlemmene også ville kunnet fremme søksmålet i eget navn.¹¹

Dersom søksmålet gjelder interesser av mer personlig art har Høyesterett vist større tilbakeholdenhet med å gi organisasjoner søksmålsrett.¹²

Etter gjeldende rett må det trolig oppstilles en begrensning i organisasjoners adgang til å ta ut representative søksmål på vegne av enkeltmedlemmer med påstand om fullbyrdsdom til fordel for enkeltmedlemmer, for eksempel på krav om fast ansettelse, erstatning eller lønnskrav. Det er heller ikke åpenbart at en organisasjon har adgang til å reise fastsettelsessøksmål med krav om at et konkret innleieforhold er urettmessig. Søksmål om en oppsigelses gyldighet er et annet eksempel på en rettighet som utelukkende knytter seg til et enkeltmedlems rettigheter og plikter og som dermed ikke kan reises av organisasjonen.¹³

Rt. 1986 s. 1250 er et eksempel på fagorganisasjons søksmål om krav som bare angår enkeltmedlemmer, krav som angår både enkeltmedlemmer og organisasjonen, og krav som er av mer generell karakter. Organisasjonen fikk prøvd lovligheten av et punkt i de sosialpolitiske retningslinjene ved Diakonhjemmets Sosialhøgskole da ville ha "...en berettiget interesse av å få fastsatt om det er rettslig adgang til å stille søkerne spørsmål om deres trosforhold". Da pålegget overfor de ansatte i virkeligheten ikke var noe annet enn en konsekvens av at de personalpolitiske retningslinjene på ett punkt skulle kjennes ugyldig, ble søksmålet ikke avvist.

Domstolene foretar altså en sontring mellom søksmål som ivaretar rettigheter tilhørende organisasjonens medlemsmasse som sådan, og rettigheter som konkret tilkommer enkeltmedlemmer. Organisasjonens tilknytning til kravet vil være størst dersom søksmålet ivaretar interessene til hele eller en ubestemt krets av medlemsmassen. Tilknytningen vil være mindre dersom enkeltmedlemmene står nærmere til å ta ut søksmålet i eget navn. Dette kan ses som et utslag av det klare utgangspunkt om at saksøker må pretendere å være innehaver av det krav han gjør gjeldende overfor saksøkte.¹⁴

Den klare hovedregelen om at det skal være samsvar mellom formell og reell partsstilling er noe myket opp i nyere rettspraksis. I Rt. 2010 s. 402 var spørsmålet om Norsk Tillitsmann ASA hadde søksmålskompetanse i en tvist som konkret gjaldt en begjæring om midlertidig sikring etter tvisteloven kapittel 33. Høyesterett viste blant annet til at obligasjonseierne i låneavtalene hadde fraskrevet seg retten til selv å gjøre pågang eller ta rettslige skritt overfor låntaker, som igjen hadde akseptert at tillitsmannen kunne ta slike skritt. Det var et betydelig praktisk behov for at Norsk Tillitsmann skulle ha søksmålskompetanse, og videre at dette behovet var relevant ved vurderingen etter tvisteloven § 1-3. Høyesterett fant ikke betenkelighetene ved å innrømme en slik

¹¹ Jf. Rt. 1962 s. 322, Rt. 1986 s. 199 og Rt. 2008 s. 856.

¹² Jf. Rt. 1989 s. 218, Rt. 1995 s. 139, Rt. 1999 s. 319 og Rt. 2001 s. 1006.

¹³ T. Schei m. fl, Tvisteloven, kommentarutgave, Bind I, 2007, s. 90.

¹⁴ Jf. Rt. 1989 s. 338 og Rt. 2006 s. 238.

søksmålsadgang avgjørende, og dette var forenlig med tidligere rettspraksis. Høyesteretts Ankeutvalg resonnerte tilsvarende i Rt. 2010 s. 646, som gjaldt Mediebedriftenes Klareringstjeneste AS' adgang til å anlegge søksmål om krav som tilkommer mediebedrifter som er medlemmer av Mediebedriftenes landsforening.

Generelt kan kanskje Rt. 2010 s. 402 og Rt 2010 s. 646 ses som uttrykk for at domstolene i større grad vil akseptere at en fullmektig opptrer som part i søksmål for å ivareta rettigheter til de fullmektigen utleder sin kompetanse fra. Utgangspunktet må være at søksmålskompetansen hos fullmektigen anses som en effektiv og hensiktsmessig måte for medlemmene å forfølge sine rettigheter på, og det ikke foreligger tungtveiende motforestillinger. I disse sakene hadde saksøkte dessuten gjennom avtale akseptert at søksmålsadgangen tillå saksøkeren. I Rt. 2010 s. 402 var den reelle innehaver av kravet dessuten forhindret fra å ta ut søksmål.

Utenfor avtaleregulerte områder kan videre konkrete omstendigheter tilsi en utvidet søksmålsadgang, jf. Rt. 1995 s. 139.

Oppsummert antar departementet at domstolene etter omstendighetene vil kunne akseptere at en fagforening opptrer som part i et søksmål, selv om søksmålet gjelder rettigheter etter arbeidsmiljøloven som konkret tilkommer enkeltmedlemmer. Dette forutsetter imidlertid at en slik søksmålskompetanse hos fagforeningen fremstår som en effektiv og hensiktsmessig måte for arbeidstakerne å forfølge sine krav på.

2.1.3 Andre prosessuelle virkemidler

I en vurdering av hensiktsmessigheten og behovet for en uttrykkelig søksmålsrett, kan det spørres hvilke øvrige prosessuelle virkemidler en organisasjon har til rådighet for å støtte sine medlemmer. Eksistensen og rekkevidden av andre prosessuelle virkemidler vil kunne redusere behovet for at organisasjonen tar ut søksmål i eget navn for å ivareta medlemmenes interesser.

Organisasjonen kan dessuten forplikte seg gjennom avtale til å støtte et medlem eller en utenforstående persons søksmål økonomisk, for eksempel ved å dekke sakskostnader og å gi garantier for eventuelle idømte sakskostnader.

2.1.3.1 Partshjelp

En forening kan formelt tre inn i en sak for domstolene for å bistå en av partene i tvisten, såkalt partshjelp. Partshjelpere må ha partsevne, men vilkårene for å opptre som partshjelper er mindre omfattende enn vilkårene for å reise søksmål. Tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b slår fast at partshjelp skal tillates blant annet for:

”foreninger og stiftelser, samt offentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser, i sak som ligger innenfor deres formål og naturlige virkeområde etter § 1-4.”

I motsetning til vilkårene for representative søksmål stilles det ved partshjelp ikke krav til at søksmålsbetingelsene for øvrig er oppfylt. Organisasjonen må altså ikke påvise den samme tilknytning til kravet; interessen i å få avklart et rettslig spørsmål vil i seg selv

være tilstrekkelig.¹⁵ Hvis utfallet av saken vil kunne berøre organisasjonen eller dens medlemmer, og den interessen som ivaretas naturlig omfattes av organisasjonens formål og virkefelt er vilkårene for partshjelp oppfylt.¹⁶

Partshjelperens prosessuelle rettigheter er begrenset til ivaretagelse av de interesser organisasjonen eller organet har i de spørsmål saken reiser, og partshjelperen kan ikke anvende rettsmidler mot avgjørelsen av det krav som er reist i saken, jfr. § 15-7, fjerde ledd.

Når det gjelder sakskostnadsansvaret, vurderes en partshjelper på samme måte som om vedkommende hadde vært part i saken, jf. tvisteloven § 20-1 tredje ledd.

2.1.3.2 Gruppesøksmål

Et ”kollektivt” søksmålsbehov vil til en viss grad kunne ivaretas gjennom reglene om gruppesøksmål i tvistelovens kapittel 35. Det finnes to former for gruppesøksmål etter loven, én som krever registrering av gruppemedlemmer (”opt-in”), jf. tvisteloven § 35-6, og én hvor den som ikke ønsker å være en del av søksmålet må melde seg ut (”opt-out”), jf. tvisteloven § 35-7. Det antas at et innmeldingssøksmål normalt vil være det mest aktuelle alternativ for en fagforening som ønsker å forfølge medlemmenes krav etter disse bestemmelsene.

Kravet til likhet i det faktiske og rettslige grunnlaget vil for eksempel kunne tenkes å være oppfylt hvor en gruppe innleide arbeidstakere har vært (ulovlig) innleid hos en arbeidsgiver på vesentlig like kontrakter. Likhetskravet er ikke til hinder for gruppesøksmål hvor det også kan være individuelle spørsmål for enkelte gruppemedlemmer eller for undergrupper innenfor gruppen. Vilåret om at gruppesøksmål bare kan tillates dersom gruppeprosess er den beste behandlingsmåten i § 35-2 bokstav c vil imidlertid hindre gruppesøksmål dersom de individuelle forholdene er dominerende eller fremtredende i saken som helhet. Dette vilåret vil også være vanskelig å oppfylle dersom gruppen er liten.

Det fremste alternativet til gruppesøksmål vil som regel være subjektiv kumulasjon, det vil si at det er flere parter enn to i én sak. Ordningen med en koordinerende grupperepresentant, enkle begjæringer for opptak til gruppen, og det å kunne melde seg ut av gruppen uten å miste sitt materielle krav er klare fordeler med gruppesøksmål sammenlignet med subjektiv kumulasjon med mange saksøkere i samme sak.

For at et gruppesøksmål skal tillates, må det også være grunnlag for å utpeke en grupperepresentant, jf. tvisteloven § 35-2 første ledd bokstav d. Foreninger kan reise gruppesøksmål ”når søksmålet ligger innenfor deres formål og naturlige virkeområde etter § 1-4”, jf. tvisteloven § 35-3 første ledd bokstav b, og kan dermed også opptre som grupperepresentant, jf. tvisteloven § 35-9 annet ledd. Følger fagforeningen denne fremgangsmåten vil den enkelte arbeidstaker slippe noe av den belastningen det er å opptre som part i et søksmål mot sin arbeidsgiver. I den grad gruppemedlemmenes forklaring har interesse som bevis må de likevel føres som vitner. Gruppens rettigheter og

¹⁵ Rt. 2007 s. 1019.

¹⁶ HR-2009-1742-U.

plikter ivaretas av grupperepresentanten, som også har kostnadsansvaret overfor motparten. Dommen vil være bindende for alle som er gruppemedlemmer på avgjørelsestidspunktet, jf. § 35-11.

2.1.4 Søksmål etter arbeidstvistloven

2.1.4.1 Innledning

Fagforeninger kan ta ut søksmål for Arbeidsretten med påstand om at det foreligger brudd på tariffavtale. Fagforening som er part i tariffavtale som inkluderer arbeidsmiljølovens bestemmelser om innleie, kan altså anlegge søksmål for Arbeidsretten om brudd på slike bestemmelser.

2.1.4.2 Fastsettelsessøksmål for konstatering av tariffbrudd

Fagforeninger kan for det første reise søksmål med krav om fastsettelsesdom for at det foreligger brudd på en tariffavtale, jf arbeidstvistloven § 33 andre ledd, jf § 1 bokstav i.¹⁷

Fagforeningenes rett til å anlegge søksmål med krav om fastsettelsesdom for at det foreligger ulovlig midlertidig ansettelse eller innleie, forutsetter at den aktuelle virksomheten er bundet av en tariffavtale som inneholder bestemmelser om dette. Arbeidsretten kan ikke behandle en sak om kun forståelsen av arbeidsmiljølovens regler, jf ARD 1993 s. 27.

Det er den overordnede fagforening som har søksmålsrett, men søksmålsretten kan overføres til en underavdeling som har signert tariffavtalen, jf arbeidstvistloven § 35 første og annet ledd.

2.1.4.3 Fullbyrdelsessøksmål for Arbeidsretten

Det følger av arbeidstvistloven § 34 første ledd at det i en sak om forståelsen av en tariffavtale også kan inndras krav som utspringer av en arbeidsavtale, hvis kravet etter arbeidsavtalen vil få sin umiddelbare avgjørelse ved dommen i hovedsaken.¹⁸

Departementet antar at vilkåret om at kravet må få sin umiddelbare avgjørelse ved dommen i hovedsaken kun vil være oppfylt der tariffpartene er enige om beregningen av kravet dersom Arbeidsretten gir fagforeningen medhold i dennes tolkning av tariffavtalen.

Selv om det nedlegges fullbyrdelsespåstand som går ut på å klarlegge enkeltpersoners rettigheter, vil ikke disse enkeltpersonene være part i saken. Søksmålsretten ligger i fullbyrdelsessøksmål hos den overordnede tariffpart og kan ikke delegeres til den enkelte arbeidstaker, jf. arbeidstvistloven §§ 34 første ledd og 35 første ledd. Den arbeidstaker som har fått sine rettigheter avgjort av Arbeidsretten kan derfor ikke anke dommen, jf. Rt. 1987 s. 98 (Høst).

¹⁷ Jf. ARD 1984 s. 47.

¹⁸ Jf. ARD 1980 s. 137.

2.1.5 Utenlandsk rett

2.1.5.1 Innledning

I det følgende vil rettsstilstanden i Danmark, Sverige og Tyskland på dette området gjennomgås i korte trekk.

2.1.5.2 Danmark

Det er de alminnelige reglene i retsplejeloven som kommer til anvendelse ved avgjørelsen av om en fagforening har søksmålskompetanse på vegne av medlemmene etter dansk rett. Det finnes ikke noen alminnelig regel om kollektiv søksmålsadgang for fagforeninger etter dansk rett. Som i norsk rett, har foreninger som oppfyller visse krav til struktur partsevne.

Det finnes ingen særskilt regulering av søksmålsbetingelsene; i rettspraksis og teori er det imidlertid utviklet søksmålsbetingelser som ligner våre regler i tvisteloven §§ 1-3 og 1-4. Det stilles krav om at saken gjelder et rettskrav og at saksøker har rettslig interesse, som innebærer at saken må ha en viss aktualitet og må gjelde saksøkerens egen rettsstilling. En organisasjon, som har til formål å ivareta medlemmers interesse, kan ha rettslig interesse i å reise søksmål om forhold som menes å være til skade for et eller flere medlemmer.¹⁹

En fagforening vil også kunne opptre som "biintervenient" til støtte for parten etter reglene i retsplejeloven §§ 252 flg. Det er et vilkår at biintervenienten har rettslig interesse i intervensjonen, og organisasjoner og foreninger kan som regel intervenere til støtte for et medlem i en sak som angår organisasjonen eller har generell interesse for dens medlemmer.

Etter fast og ulovfestet praksis kan en part ved danske domstoler i visse tilfeller la seg representere av en såkalt "mandatar". Mandataren er verken part eller prosessfullmektig i saken. En fagforening vil kunne opptre som mandatar for sine medlemmer i saker om forhold som ligger innenfor organisasjonens interesseområde. Medlemmet kan imidlertid når som helst tilbakekalle vervet og avbryte organisasjonens deltakelse i saken. Organisasjonen hefter for eventuelle saksomkostninger som tilkjennes motparten, men hefter ellers ikke for oppfyllelse av dommen.

Regler om gruppesøksmål er regulert i retsplejeloven. Vilklårene i lovens § 254 b for å tillate gruppesøksmål er relativt like vilklårene etter norsk rett.

Fagforeninger kan reise sak ved Arbejdsretten om overtredelse og tolkning av tariffavtaler, jf. arbeidsretsloven § 9. Den enkelte arbeidstaker har ikke søksmålsrett ved Arbejdsretten.

2.1.5.3 Sverige

I svensk rett må spørsmålet om fagforeninger har søksmålskompetanse, avgjøres etter de alminnelige reglene i rättegångsbalken og særskilte regler i andre lover. Det finnes ikke noen alminnelig regel om kollektiv søksmålsadgang for fagforeninger.

Foreninger som anses som selvstendige rettssubjekter har partsevne etter rättegångsbalken kapittel 11 § 2. Søksmålsbetingelsene er regulert i lovens kapittel 13 §§

¹⁹ NOU 2001: 32A punkt 5.3.2.

1 og 2 for henholdsvis fastsettelses-og fullbyrdelsessøksmål. Vilklårene synes å ligne kriteriene som gjelder etter tvisteloven § 1-3. Råttergångsbalken har imidlertid ingen bestemmelse tilsvarende tvisteloven § 1-4, og det er vanskelig å si noe generelt om i hvilken utstrekning organisasjoner kan anlegge søksmål som ikke direkte gjelder organisasjonens egne rettigheter og plikter.²⁰

Råttergångsbalken har regler om intervensjon i kapittel 14. Etter § 9 kan tredjemann tre inn som intervenient i en sak til støtte for parten, forutsatt at saken "rör hans rätt".

Innenfor enkelte rettsområder tillates det at organisasjoner inntar partsstilling i et søksmål og fører saken på vegne av den egentlige parten.²¹ Ideelle foreninger med formål å ivareta medlemmers interesser, har søksmålskompetanse på vegne av et medlem i saker om brudd på diskrimineringslagen dersom medlemmet samtykker, jf. diskrimineringslagen kapittel 6 § 2. Når en arbeidstakerorganisasjon har rett til å reise søksmål etter lagen om råttegångstvister, kan en annen ideell forening bare reise søksmål dersom ikke arbeidstakerorganisasjonen gjør det. I følge lagen om råttegangen i arbeidstvister har arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner søksmålsrett ved Arbetsdomstolen på vegne av et medlem i tvister om tariffavtaler og i enkelte andre angitte arbeidstvister, jf. kapittel 4 § 5 og kapittel 2 § 1.

Sverige har regler om gruppesøksmål i lag om gruppråttegang. Vilklårene for å tillate gruppesøksmål følger av § 8 og er relativt like vilklårene etter norsk og dansk rett. Ideelle foreninger som har til formål å ivareta forbruker- og lønnstakerinteresser kan etter § 5 reise søksmål i tvister mellom forbrukere og en næringsdrivende om en vare, tjeneste eller annet som den næringsdrivende tilbyr forbrukere.

2.1.5.4 Tyskland

Heller ikke i Tyskland finnes det noen alminnelig regel om kollektiv søksmålsadgang for fagforeninger eller "Betriebsrat" ("bedriftsråd").

Ved grove brudd på arbeidsgivers forpliktelser etter Betriebsverfassungsgesetz, kan bedriftsrådet eller en fagforening representert i virksomheten reise søksmål ved "Arbeitsgericht" med påstand om at arbeidsgiver skal unnlåte, gi tillatelse til eller oppfylle en gitt handling, jf. lovens § 23 tredje avsnitt.

Domstolene for saker innen arbeidsrett er organisert i tre nivåer—"Arbeitsgerichte" behandler saker i første instans, "Landesarbeitsgerichte" i annen instans og "Bundesarbeitsgericht" i tredjeinstans, jf. Arbeitsgerichtsgesetz §§ 1 og 8. Domstolenes saklige kompetanse fremgår av lovens §§ 2, 2 a og 3, og domstolene har blant annet eksklusiv saklig kompetanse i saker mellom tariffavtaleparter og saker mellom arbeidstakere og arbeidsgivere. Fagforeninger og bedriftsråd er blant dem som har partsevne etter § 10. Disse har imidlertid ikke adgang til å reise søksmål på vegne av en arbeidstaker. Den enkelte arbeidstaker må selv være part i søksmålet, men kan eventuelt lå seg representere av en fagforening, jf. § 11.

²⁰ NOU 2001: 32A punkt 5.3.3.

²¹ Prop. 2007/08:95 punkt 14.2.2.

Bestemmelsene om prosessen ved de alminnelige domstolene finnes i Zivilprozessordnung. Det skilles mellom fastsettelses- og fullbyrdelsessøksmål også i tysk rett, jf. lovens §§ 256-259, og vilkårene for å anlegge søksmål synes å ligne kriteriene som gjelder etter norsk rett. Zivilprozessordnung inneholder imidlertid ingen særskilt regel tilsvarende tvisteloven § 1-4.

En tredjemann vil kunne opptre som "Nebenintervenient" til støtte for parten etter reglene i Zivilprozessordnung §§ 66 flg, så lenge vedkommende har rettslig interesse i intervensjonen.

Tyskland har ikke innført gruppesøksmål, men har et system som kalles "Verbandsklage". Blant annet innenfor forbrukerretten, konkurranseretten og miljøretten, finnes det regler om at foreninger kan gå til søksmål på vegne av medlemmer til beskyttelse av interesser innenfor de enkelte rettsområdene.

2.2 Representative søksmål om lovstridig innleie

2.2.1 Innledning

Adgangen til å leie inn fra virksomhet som har til formål å drive utleie (bemanningsforetak) er regulert i arbeidsmiljøloven § 14-12. I følge § 14-12 første ledd er slik innleie tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter § 14-9 første ledd. I virksomhet som er bundet av tariffavtale kan arbeidsgiver og tillitsvalgte som til sammen representerer et flertall av den arbeidstakerkategori innleien gjelder, inngå skriftlig avtale om tidsbegrenset innleie, jf. arbeidsmiljøloven § 14-12 andre ledd.

Arbeidsmiljøloven § 14-14 regulerer virkninger av ulovlig innleie av arbeidstaker etter § 14-12. Dersom det foreligger brudd på § 14-12 skal retten, etter påstand fra den innleide arbeidstaker, avsi dom for at den innleide har et fast arbeidsforhold hos innleier, jf. § 14-14 første ledd. Den innleide kan også kreve erstatning fra innleier, jf. § 14-14 andre ledd.

2.2.2 Gjeldende rett

Departementet legger til grunn at det normalt ikke vil være vanskelig å konstatere at en fagforening har *partsevne* etter tvisteloven § 2-1 annet ledd, jf. gjennomgangen i pkt. 2.1 ovenfor. Som nevnt vil det at en sammenslutning av arbeidstakere har status som fagforening etter arbeidstvistloven, formodentlig være relevant også i vurderingen av om det foreligger partsevne på saksøkersiden.

Når det gjelder de øvrige søksmålsbetingelsene, legger departementet til grunn at et søksmål fra en fagforening med påstand om at en eller flere konkrete innleiesituasjoner er lovstridige, normalt vil være et *rettskrav* etter tvisteloven § 1-3 første ledd. Det går imidlertid en grense mot mer abstrakte rettsspørsmål, jf. punkt 2.1 ovenfor. Departementet legger til grunn at søksmålet som hovedregel må gjelde en eller flere konkrete faktiske innleiesituasjoner og om disse er i strid med arbeidsmiljølovens bestemmelser.

Kravet til *aktualitet* innebærer at en avgjørelse må ha konkret betydning for fagforeningen/dens medlemmer. At avgjørelsen har prinsipiell betydning, vil bli tillagt vekt uten at det nødvendigvis er avgjørende. Som nevnt i punkt 2.1.2.3 finnes det likevel uttalelser i rettspraksis som kan gi inntrykk av at kravet til søksmålets aktualitet vurderes noe mindre strengt på arbeidsrettens område, særlig dersom avgjørelsen kan ha betydning for arbeidstakerens mulighet for arbeid i fremtiden.

Departementet legger til grunn at kravet i utgangspunktet vil være oppfylt dersom fagforeningen pretenderer at innleier bedriver ulovlig innleie frem til domstidspunktet. Det vil da normalt ha en rettslig og faktisk betydning å få fastslått om innleien er ulovlig, da en slik dom kan få den virkning at den innleide blir fast ansatt.

Aktualitetskravet kan imidlertid medføre at søksmålsbetingelsene ikke er oppfylt dersom det kreves dom for at innleien var lovstridig på et tidspunkt etter at innleide har sluttet i innleievirksomheten. Det kan også være usikkert om aktualitetskravet er oppfylt dersom innleier gjør tilpasninger før domstidspunktet, eksempelvis ved at den innleide har fått fast ansettelse. Departementet antar at en i slike situasjoner lett kan komme til at en fastsettellesdom da utelukkende vil ha den betydning at saksøker får konstatert at han hadde rett.

Som nevnt har Høyesterett i vurderingen av kravets aktualitet lagt særlig vekt på muligheten til å få og beholde arbeid. I tillegg har det også blitt lagt vekt på den egenverdi en avgjørelse kan ha for arbeidstakeren. Det vises til Rt. 2006 s. 106 hvor Kjæremålsutvalget sluttet seg til lagmannsrettens vurdering når det gjelder søksmål om oppsigelse og avskjed:

”Det kan for ham og andre arbeidstakere i en tilsvarende situasjon fortsatt ha selvstendig betydning å få prøvet lovligheten av en oppsigelse eller avskjed ved domstolene. Å få medhold kan ha en betydelig egenverdi for den det gjelder, jfr. Hov Rettergang III side 123. Avgjørelsen vil dessuten kunne få betydning ved senere vurderinger av stillingssøknader. Søksmål om ulovlig oppsigelse eller avskjed vil således normalt kunne fremmes, selv om tvisten gjelder et fortidig forhold, jfr. Karnov: Norsk kommentert lovsamling (1996) note 217 til tvistemålsloven § 54.”

Illustrerende er også avgjørelsen i Rt. 1991 s. 1468, hvor det fremgår at en arbeidstaker kunne få prøve gyldigheten av vedtak om tilstetting i vikariat, selv om det ikke lenger var mulig for ham å oppnå fast ansettelse. Vikariatene hadde nemlig opphørt etter saksanlegget. Det sentrale ved Høyesteretts vurdering av søksmålsinteressen var om dom for ugyldighet ville få betydning for saksøkerens mulighet for nytt arbeid. Behov og virkninger var altså det helt sentrale i vurderingen av søksmålsinteressen.

I tilfeller hvor arbeidstakeren *har sluttet* i innleievirksomheten på domstidspunktet, antas at det må sannsynliggjøres at en dom for at innleien var lovstridig vil ha betydning for arbeidstakerens fremtidige adgang til å få arbeid. Alternativt at en slik dom har en egenverdi i seg selv for arbeidstakeren. Betydningen av en dom for at innleieforholdet var lovstridig er ikke like fremtredende som betydningen av en dom for lovligheten av en

oppsigelse eller avskjed. Dersom den innleide ønsker fast ansettelse hos innleier, kan en fastsettellesdom for at innleien var ulovlig ha betydning for muligheten for at arbeidstakeren får fast ansettelse i innleiebedriften og derved innebære at aktualitetskravet er oppfylt. Det synes tvilsomt om aktualitetskravet vil være oppfylt dersom arbeidstakeren ikke ønsker fast ansettelse hos innleier og heller ikke pretenderer å ha et erstatningskrav.

Tilsvarende må det sannsynliggjøres en betydning og et behov for en dom i de tilfellene innleide *har fått fast ansettelse* på domstidspunktet. Behovet for en dom som påvirker muligheten for fast ansettelse er da ikke lenger til stede, men det kan argumenteres med at en dom for at innleieforholdet var lovstridig kan få virksomheten til å legge om sin praksis. Eksempelvis kan nevnes situasjonen i større virksomheter med et relativt høyt og stabilt sykefravær. Når midlertidige arbeidsforhold i slike virksomheter bærer preg av at arbeidstakerne fast og over lang tid har fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften, er ikke vilkårene for midlertidig ansettelse til stede, jf. bl.a. Rt. 1989 s. 1116. Virksomheten må i stedet øke grunnbemanningen for å dekke vikarbehovet. I slike tilfeller kan aktualitetskravet tenkes å være oppfylt, uavhengig av om en eller flere av de innleide har sluttet før domstidspunktet. Det reelle behovet for en dom knytter seg til å oppnå en endring av virksomhetens praksis hvor vikarbehovet løses med innleide eller midlertidig ansatte. Hvorvidt slike argumenter er tilstrekkelige for å oppfylle søksmålsbetingelsene er noe usikkert og vil bero på de konkrete omstendighetene i den enkelte sak.

At det er en fagforening som fremmer søksmålet med krav om fastsettellesdom for at flere konkrete innleiesituasjoner er lovstridige kan tenkes å ha betydning for om aktualitetskravet er oppfylt. Det kan argumenteres med at rettens vurdering av virksomhetens praksis vil få betydning for fagforeningens medlemmer i fremtidige innleiesituasjoner. Dette vil kunne styrke søksmålets aktualitet. Departementet antar imidlertid at dersom det er ønskelig med en klar hjemmel for at fagforeninger skal kunne reise fastsettellessøksmål om at konkrete innleiesituasjoner var lovstridige, bør det presiseres at kravet til aktualitet skal vurderes på søksmålstidspunktet.

Kravet til *partstilknytning* er som nevnt et sentralt vilkår, jf. punkt 2.1. Hovedregelen i privatrettslige forhold er at et søksmål må gjelde saksøkerens egne rettigheter og plikter. Organisasjoner kan likevel reise søksmål i eget navn om forhold som det ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta, jf. tvisteloven § 1-4 første ledd.

En representativ søksmålsadgang for fagforeninger etter gjeldende rett vil altså avhenge av om det finnes en tilstrekkelig nærhet mellom fagforeningens formål og den interesse som søkes ivaretatt gjennom søksmålet.

I utgangspunktet må det legges til grunn at fagforeningene har til formål å sikre medlemmenes lønns- og arbeidsvilkår. Et spørsmål knytter seg imidlertid til de uorganiserte. På den ene side kan det hevdes at det da er mer tvilsomt om et fastsettellessøksmål ligger innenfor formålet. På den andre siden kan det hevdes at ulovlig innleie undergraver både utgangspunktet om topartsforhold og stillingsvernet til de fast ansatte i innleievirksomheten. Disse vil ofte være fagorganiserte, og det vil være i fagforeningens egeninteresse at en størst mulig andel av arbeidsstokken har fast ansettelse.

Departementet antar imidlertid at fagforeningens tilknytning til kravet vil svekkes når de innleide som saken omfatter ikke er medlem av den fagforening som tar ut søksmålet.

Det vil også ha betydning om organisasjonen er representativ for ivaretagelse av de hensyn søksmålet skal fremme. Fagforeningens størrelse kan nok blant annet bli tillagt vekt ved rettens vurdering her.

I tilfeller hvor søksmålet utelukkende gjelder plikter og rettigheter for enkeltmedlemmer, vil foreningen etter gjeldende rett ikke kunne reise sak, selv om avgjørelsen vil ha prinsipiell interesse ut fra de formål og interesser foreningen ivaretar.²² Søksmål om en oppsigelses gyldighet er i litteraturen nevnt som eksempel på rettigheter som *"utelukkende knytter seg til rettigheter og plikter for enkeltmedlemmer"*, og dermed ikke kan reises av organisasjonen.²³ Det er videre lagt til grunn at en organisasjon vil kunne ha adgang til å få prøvd holdbarheten av det rettslige grunnlaget for den enkelte arbeidstakers krav.²⁴

Departementet antar at man på denne bakgrunn kan trekke den konklusjon at en fagforening neppe vil ha adgang til å reise fastsettelsessøksmål på vegne av én enkelt innleid arbeidstaker med krav om at innleien er urettmessig i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-12. Domstolen antas da å ville konkludere med at et slikt krav er for nært knyttet til en enkelt arbeidstaker. Høyesterett har imidlertid akseptert at en organisasjon kan prøve hjemmelen som er grunnlag for et individuelt krav. Det kan tale for at en fagforening kan reise søksmål om det er rettslig grunnlag for innleien. Dersom det i tillegg ved et slikt søksmål kan påvises at det – av hensyn til fagforeningens medlemmer – eksisterer et behov for å få konstatert at en virksomhet praktiserer innleiebestemmelsene uriktig, så vil det ytterligere tale for at søksmålsbetingelsene er til stede.

Det kan for øvrig nevnes at Tvistemålsutvalget i 2001 uttalte at det ikke ønsket å stoppe en videre utvikling av organisasjoners søksmålskompetanse, men at en slik utvikling først og fremst måtte styres av de foreliggende søksmålsbehov. Etterfølgende rettspraksis²⁵ viser at utviklingen har fortsatt i retning av en videre adgang for representative søksmål. Tvistemålsutvalget påpekte imidlertid også i denne sammenheng at hvor en rekke enkeltpersoner rammes på samme måte, vil det kollektive søksmålsbehovet kunne ivaretas gjennom reglene om gruppesøksmål.²⁶

2.2.3 Fastsettelsesdommens rettskraft

Spørsmålet om fagforeningers adgang til å reise representative fastsettelsessøksmål reiser også spørsmål om slike dommers rettskraft.

²² T. Schei m.fl., *Tvisteloven, Kommentarutgave, Bind I*, 2007, s. 90.

²³ Op.cit s. 90.

²⁴ Op.cit s. 91 og Rt. 1986 s. 1250.

²⁵ Jfr. Rt. 2010 s. 402 (Norsk Tillitsmann ASA) og Rt. 2010 s. 646 (Mediebedriftenes Klareringstjeneste).

²⁶ NOU 2001: 32A punkt 5.4.4.

Reglene om rettslige avgjørelses rettskraft følger av tvisteloven kapittel V. Med rettskraft menes at en dom eller en annen rettsavgjørelse innebærer en endelig løsning av det rettsforhold som er oppe til avgjørelse. Med *formell* rettskraft menes at en avgjørelse ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler, jf. tvisteloven § 19-14. Hvilken betydning en formelt rettskraftig dom får for rettens vurdering av det samme saksforholdet i en senere sak, betegnes som *materiell* rettskraft og reguleres av § 19-15. Den materielle rettskraften har en positiv og en negativ funksjon. Den *negative* funksjonen innebærer at kravet som er avgjort i den formelt rettskraftige dommen, ikke kan gjøres til gjenstand for et nytt søksmål. Retten skal avvise en ny sak mellom samme parter om et krav som er rettskraftig avgjort, jf. § 19-15 tredje ledd. Den *positive* funksjonen medfører at en rettskraftig avgjørelse av et krav uten realitetsbehandling skal legges til grunn i en ny sak der retten må ta stilling til kravet for å avgjøre saken, jf. § 19-15 annet ledd.²⁷ Den materielle rettskraften avgrenses både subjektivt og objektivt. Rettskraftens *objektive* grense bestemmer hva som er rettskraftig avgjort. Rettskraften omfatter kun det krav som ble bindende avgjort i saken.

Rettskraftens *subjektive* grense bestemmer hvem den rettskraftige avgjørelsen er bindende for. En rettskraftig avgjørelse er som hovedregel kun bindende for partene i saken, jf. § 19-15 første ledd første punktum. Dette innebærer at dersom en fagforening fremmer representativt fastsettelsessøksmål om at et eller flere konkrete innleieforhold er i strid med arbeidsmiljøloven, følger det av hovedregelen om rettskraftens subjektive rekkevidde at dommen kun er bindende for foreningen selv og virksomheten, og ikke for den enkelte innleide. Avgjørelsen kan derfor ikke, uten noen særregulering, tillegges noen rettskraftvirkning i en senere sak mellom virksomheten og den innleide.

Noe av begrunnelsen for at det er uttrykt ønske om å innføre en regel som gir fagforeninger adgang til å fremme representative fastsettelsessøksmål, er at en slik dom vil kunne gjøre det enklere for den enkelte arbeidstaker å reise fullbyrdelsessøksmål i etterkant med krav om fast ansettelse og erstatning. Når det gjelder rettskraftsspørsmålet i denne sammenheng, kan det først konstateres at fastsettelsessøksmål og fullbyrdelsessøksmål tradisjonelt er ansett som forskjellige krav.²⁸ Et senere fullbyrdelsessøksmål om erstatning på grunnlag av ulovlig innleie, vil altså ikke avvises som følge av en rettskraftig fastsettelsesdom som avgjør at det forelå et ulovlig innleieforhold. I fullbyrdelsessøksmålet vil det være et prejudisielt spørsmål om innleien var ulovlig, og for denne avgjørelsen vil fastsettelsesdommen ha positiv rettskraft. Det gjelder likevel kun innenfor rettskraftens subjektive grense. En fastsettelsesdom om lovstridig innleie mellom fagforeningen og virksomheten har altså ikke positiv rettskraft for senere individuelle fullbyrdelsessøksmål fra de enkelte innleide arbeidstakerne. Dette fører til at innleier eller den innleide får anledning til å prøve innleiespørsmålet på nytt. Fastsettelsesdommen vil imidlertid etter omstendighetene kunne ha beviskraft og prejudikatsverdi i det individuelle fullbyrdelsessøksmålet.

²⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 254.

²⁸ A. Robberstad, *Sivilprosess*, 2009, s. 328.

Twistemålsutvalget drøftet hvorvidt en skulle innføre en regel om utvidet rettskraft ved representative søksmål, og uttalte:

”I redegjørelsen for gjeldende rett i II.14.2.3.6.5 har utvalget bebudet at man vil komme tilbake til spørsmålet om det er behov for en nærmere regulering av rettskraftens subjektive rekkevidde ved søksmål fra representative organisasjoner og søksmål om kollektive rettigheter. Uten en slik særregel ville spørsmålet om rettskraftens rekkevidde bero på den alminnelige regel i utkastets § 21-13 (1). Forholdet mellom foreninger og deres medlemmer tilsier at foreningen regulært mangler kompetanse til å disponere over medlemmenes rettsforhold. Medlemskapet kan derfor ikke begrunne en slutning om avledet rettskraft for medlemmene av en dom i en sak der bare organisasjonen er part. Utvalget finner heller ikke at det er tilstrekkelig tungtveiende grunner for en bestemmelse om utvidet rettskraft for foreningssøksmål. Utvalget kjenner ikke til at dagens rettskraftregler har medført spesielle komplikasjoner i praksis. Foreningssøksmål vil gjerne gjelde krav om fastsettelsesdom om gyldigheten av vedtak eller om lovligheten av bestemte handlinger eller tiltak. I slike søksmål vil virkningene av en dom i organisasjonens favør faktisk komme medlemmene til gode ved at motparten retter seg etter dommen. Det er derfor ikke noe særlig behov for å tillegge avgjørelsen utvidet rettskraft. Fører søksmålet ikke frem, vil dommens bevis- og prejudikatsvirkning ofte hindre nye søksmål. En enkeltperson som er berørt på en måte som gir ham rettslig interesse, bør imidlertid ikke være formelt avskåret fra å få spørsmålet prøvet i egen sak”.

Departementet sluttet seg til Twistemålsutvalget på dette punkt og uttalte:²⁹

”Departementet er i all hovedsak enig i utvalgets vurderinger. Hovedregelen om at avgjørelsen bare er bindende for partene, bør komme klart til uttrykk i loven. (...). Hovedregelen om at avgjørelsen bare er bindende for partene, henger etter departementets syn sammen med både individets autonomi og med det kontradiktoriske prinsipp. Den som skal bli bundet av avgjørelsen, må som utgangspunkt ha fått mulighet for å gjøre sine interesser gjeldende i saken. Men i en del tilfelle må et rettsforhold nødvendigvis løses likt i forhold til alle interesserte. Når det er nedlagt betydelige ressurser i å komme fram til en avgjørelse i en sak, kan det være lite rasjonelt om ikke avgjørelsen kan være bindende i forhold til andre enn dem som har vært parter i saken. Det er små betenkeligheter ved dette om avgjørelsen blir bindende for andre så langt det utelukkende er til deres fordel, når det gjelder overfor en som har vært part i saken.

På denne bakgrunn er departementet åpen for at en avgjørelse kan ha utvidet rettskraft i noe større utstrekning enn etter gjeldende rett. Dette kan for det

²⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 267.

første oppnås ved de regler om gruppesøksmål som departementet foreslår, og som kan utnyttes uavhengig av sakstype der forholdene ligger til rette for det. Også ut over dette kan det være rom for utvidet rettskraft.

Departementet er imidlertid enig med Tvistemålsutvalget i at det er vanskelig å utforme generelle regler om dette, og mener at utviklingen må overlates til teori og praksis eller til regulering i spesiallovgivningen.

Departementet følger etter dette opp utvalgets forslag til regler om rettskraftens subjektive grenser. Det vises til merknadene til § 19-15 første ledd.”

2.2.4 Tidspunktet for vurderingen av om søksmålsbetingelsene er oppfylt

Tidspunktet for vurderingen av om søksmålsbetingelsene er oppfylt er et annet forhold som har betydning.

En oppsigelses rettmessighet skal etter sikker gjeldende rett vurderes ut fra omstendighetene på oppsigelsestidspunktet. Som den store hovedregel skal ikke etterfølgende omstendigheter som inntreffer mellom oppsigelsestidspunktet og domstidspunktet tillegges vekt. I vurderingen av om retten skal ta til følge en begjæring om fratreden etter arbeidsmiljøloven § 15-11 annet ledd, er derimot etterfølgende forhold relevant. I den materielle vurderingen av innleiers lovmessighet vil det på samme måte være naturlig å ta utgangspunkt i situasjonen på søksmålstidspunktet/tidspunktet for søksmålsvarselet. I motsatt fall vil arbeidsgiver kunne tilpasse innleien, og dermed i prinsippet oppnå frifinnelse.

Hvorvidt *søksmålsbetingelsene* er oppfylt, skal imidlertid vurderes ut fra situasjonen på domstidspunktet. Den klare hovedregel i prosessretten er at samtlige søksmålsbetingelser må være oppfylt på ethvert trinn i saken. Arbeidstaker kan på domstidspunktet for eksempel ha fratrådt. Vedkommende kan av ulike grunner ikke ønske å ha fast ansettelse hos innleier, eller vedkommende kan ha fått fast ansettelse. I slike tilfeller er det tvilsomt om det foreligger tilstrekkelig aktuell interesse for å få dom for et krav om at innleien er lovstridig, jf. ovenfor.

Et spørsmål i denne sammenheng er om det bør reguleres at kravet til aktualitet skal vurderes ut fra situasjonen på søksmålstidspunktet. En slik regel vil innebære et klart unntak fra den klare hovedregel i prosessretten om at samtlige søksmålsbetingelser må være oppfylt på ethvert trinn i saken.

2.2.5 Forholdet til eventuelle etterfølgende søksmål fra innleide – søksmålsfrister

Dersom det skal innføres en adgang for fagforeninger til å anlegge representative fastsettelsessøksmål om at innleien er lovstridig, oppstår det spørsmål om det skal innføres en regel som suspenderer de søksmålsfrister som gjelder for individuelle krav, så som krav om fast ansettelse og erstatning.

Så lenge innleieforholdet består, løper det ingen frist for søksmål om det foreligger lovlig innleie, jf. arbeidsmiljøloven § 17-4 fjerde ledd. I en slik situasjon kan altså fagforeningen fremme søksmål om at innleien er lovstridig, uten at det løper noen søksmålsfrist for eventuelle etterfølgende individuelle krav fra den innleide om fast ansettelse og erstatning. Erstatningskrav kan imidlertid være gjenstand for alminnelig foreldelse etter tre år fra kravene har forfalt.

Ved tvist om det *har* foreligget ulovlig innleie, for eksempel etter at innleieforholdet er avsluttet, gjelder fristreglene i arbeidsmiljøloven § 17-4 første ledd. Det følger av bestemmelsen at søksmålsfristen ved tvist om det *har* foreligget ulovlig innleie er åtte uker. Åtteukersfristen omfatter også krav om fast ansettelse hos innleier på grunn av lovstridig innleie. Dersom den innleide kun vil kreve erstatning er fristen seks måneder, jf. § 17-4 første ledd andre punktum. Søksmålsfristen regnes fra forhandlingenes avslutning, jf. § 17-4 andre ledd. Er forhandlinger ikke avholdt regnes fristen fra arbeidstakeren fratrådte, jf. § 17-4 annet ledd, jf. § 17-3 andre ledd bokstav c.

Dette innebærer at et representativt fastsettelsessøksmål fra fagforeningen om at innleien var lovstridig, må fremmes innen åtteukersfristen dersom innleide har fratrådt. Etter gjeldende rett vil fristene for de individuelle kravene løpe mens fastsettelsessøksmålet pågår, og normalt løpe ut før fastsettelsessøksmålet er rettskraftig avgjort. I slike situasjoner vil det kunne være naturlig at søksmålsfristen for individuelle krav suspenderes fra søksmålstidspunktet/søksmålsvarselet, og frem til saken er rettskraftig avgjort. Fristen vil for øvrig da løpe både i forkant av søksmålsvarselet og etter at rettskraftig dom foreligger.

2.2.6 Departementets vurdering og forslag

Regulering av fagforeningers søksmålsadgang

Gjennomgangen av gjeldende rett viser at fagforeninger i dag har en ikke ubetydelig adgang til å ta ut representative fastsettelsessøksmål.

På den ene siden kan dette tale for at det ikke er behov for nye regler på dette området. Det kan hevdes at fagforeningene i større grad bør prøve ut den adgangen som allerede foreligger, og på denne måten også bidra til å klargjøre rettstilstanden. Fagforeningene har dessuten allerede i dag flere andre prosessuelle muligheter for å ivareta egne og medlemmenes interesser, jf. punkt 2.1.3 ovenfor.

På den annen side synes regler om representativ søksmålsadgang for fagforeninger på dette området å kunne bidra både til en klargjøring, og en hensiktsmessig utvidelse, av den retten som allerede foreligger. Den adgang som allerede foreligger i dag, innebærer etter departementets syn at eventuelle nye regler ikke trenger å være spesielt inngripende. En egen regulering i arbeidsmiljøloven vil styrke fagforeningenes forutberegnelighet med hensyn til om søksmålsbetingelsene er oppfylt i grensetilfellene.

Departementet legger til grunn at regler om representativ søksmålsrett for fagforeninger vil kunne bidra til at reglene om innleie i større utstrekning enn i dag blir etterlevd. I saker der den innleide selv ikke ønsker belastningen med å gå til sak, vil man likevel kunne få

spørsmålet opp for domstolene. Man vil også kunne få behandlet spørsmålet der søksmål er mindre interessant for den berørte arbeidstakeren, men den ulovlige praksisen har betydning for virksomhetens egne ansatte og for de totale forholdene på arbeidsplassen. I noen tilfeller kan det også tenkes å være mindre tydelig for en enkelt innleid enn en fagforening å se at arbeidsgiver opptrer rettsstridig. En kan tenke seg at en virksomhet over tid dekker et stabilt sykefravær med vikarer. En fagforening vil kunne se an utviklingen over tid og så vurdere lovligheten av virksomhetens praksis. En dom som konstaterer ulovlig innleie, kan få en bedrift til å legge om sin praksis/unngå lignende situasjoner fremover. Det kan også være tilstrekkelig at *varselet* om et slikt søksmål fra en fagforening kan bidra til slik omlegging av praksis.

Regler om representativ søksmålsrett kan også bidra til at flere ulovlig innleide får fast ansettelse og/eller erstatning, både ved at virksomheter i noen tilfeller tilbyr dette i etterkant av en dom som konstaterer ulovlig innleie, og ved at det kan bli lettere å reise krav etter en slik dom. Belastningen for den enkelte innleide kan også bli mindre enn hva som kan være tilfellet dersom vedkommende må reise et eget søksmål mot innleieren.

Det som først og fremst kan tale mot en økt søksmålsadgang for fagforeningene på dette området, er at ikke alle innleide nødvendigvis ønsker et søksmål som omhandler ens eget innleieforhold. Dette gjelder ikke minst fra en fagforening som man kanskje heller ikke er medlem i. Særlig dersom søksmålet konkret retter seg mot kun ett eller et fåtall innleieforhold, og ikke mot en mer generell innleiepraksis hos en virksomhet, kan dette være en problemstilling. Den enkeltes forklaring for retten vil kanskje også være nødvendig for å opplyse saken. Dette vil både kunne oppleves belastende og redusere betydningen av å slippe å gå til sak selv.

Etter departementets syn er dette spørsmål som det er viktig å ha med seg. Samtidig må reglene om adgangen til innleie sies å ivareta hensyn også utover den enkelte innleides interesser i en konkret sak. Begrensningen i adgangen til innleie har bakgrunn i et ønske om et arbeidsmarked hvor faste ansettelser er normen, og med størst mulig utbredelse av relasjoner direkte mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker. Etter departementets oppfatning er det ikke nødvendigvis gitt at det kun bør være opp til den enkelte innleide om brudd skal påberopes, all den tid mange innleide kanskje verken tør eller ønsker å ta opp en slik sak.

Departementet ønsker derfor å foreslå en regel i arbeidsmiljøloven om at fagforening som har medlemmer i en virksomhet som har leid inn arbeidstaker fra bemanningsforetak, jf. § 14-12, kan reise søksmål i eget navn om lovligheten av slik innleie. Departementet har i denne sammenheng også lagt vekt på at en slik regel i hovedsak må antas å være en fordel for den enkelte innleide, da en oppfølging fra fagforeningens side kan bidra til at vedkommende får fast ansettelse, eventuelt erstatning, uten at den innleide selv behøver å ”fronte” en sak.

Med en bestemmelse om slik søksmålsadgang for fagforeninger, vil man både konstatere det som i en del tilfeller synes å følge av gjeldende rett, og antakeligvis også åpne for noe videre adgang enn i dag. Adgangen vil etter departementets oppfatning da også omfatte søksmål hvor det i dag kan tenkes å være for liten tilknytning mellom fagforeningens

formål og den interesse som søkes ivaretatt, eksempelvis der den eller de innleide som saken omfatter ikke er medlem av fagforeningen som tar ut søksmålet, og/eller kravet anses for nært knyttet til en enkelt arbeidstaker. Departementet legger ut fra dagens situasjon til grunn at en slik søksmålsrett primært bør ligge hos fagforeninger som har medlemmer hos *innleier*.

Forholdet til entreprise og innleie fra produksjonsbedrift

I noen tilfeller kan det være spørsmål eller uenighet om hvorvidt det foreligger et innleieforhold eller et entrepriseforhold. Entrepriseforhold er ikke regulert tilsvarende som arbeidsleie og faller utenfor arbeidsmiljøloven. Etter departementets oppfatning vil det være uten betydning for den foreslåtte søksmålsadgangen om forholdet karakteriseres som entreprise mellom partene, så lenge det påstås å foreligge ulovlig innleie.

Det kan også tenkes tilfeller der det er ulikt syn på om innleien skjer fra et bemanningsforetak (arbeidsmiljøloven § 14-12) eller fra en virksomhet som ikke har til formål å drive utleie (arbeidsmiljøloven § 14-13). Innleie i sistnevnte tilfeller er i utgangspunktet tillatt når den innleide er fast ansatt hos utleier. For at virksomheten skal sies ikke å ha til formål å drive utleie, er det et vilkår at utleie skjer innenfor de samme fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse og at utleieaktiviteten ikke omfatter mer enn 50 prosent av de fast ansatte hos utleier.

Brudd på § 14-13 sanksjonerer ikke på samme måte som brudd på § 14-12.

Utleievirksomheten må imidlertid tilfredsstille kravene i § 14-13; i motsatt fall vil tilfellet reguleres av § 14-12. Dersom vilkårene i § 14-13 ikke er oppfylt, vil dette kunne medføre at den innleide kan kreve fast ansettelse hos innleier. Etter departementets syn vil det være uten betydning for den foreslåtte søksmålsadgangen om forholdet karakteriseres som utleie etter § 14-13, så lenge det påstås å foreligge ulovlig innleie etter § 14-12.

Spørsmålet om søksmålsfrister, rettskraft m.v.

Gjennomgangen ovenfor viser at det er flere spørsmål som må vurderes i tilknytning til en innføring av regler om fagforeningers søksmålsrett i arbeidsmiljøloven. Det bør blant annet tas stilling til hvilket tidspunkt oppfyllelse av søksmålsbetingelsene skal vurderes ut i fra, hvilken rettskraft en eventuell fastsettelsesdom skal ha og hvordan søksmålsfrister for eventuelle etterfølgende søksmål skal vurderes.

Når det gjelder kravet til *aktualitet* etter tvisteloven, fremgår det under punkt 2.2.2 ovenfor at dette kan medføre at søksmålsbetingelsene ikke er oppfylt dersom det kreves dom for at innleien var lovstridig på et tidspunkt etter at innleide har sluttet i innleievirksomheten, eller hvis innleier gjør tilpasninger i innleien før domstidspunktet. Hovedregelen om at alle prosessforutsetningene skal være oppfylt på et hvert punkt av saken kan blant annet innebære at innleievirksomheten tilpasser omfanget av ulovlig innleie i forbindelse med søksmålet, og så øker omfanget igjen etter at søksmålet er blitt avvist. En regel om at kravet til aktualitet skal vurderes på søksmålstidspunktet vil kunne hindre slik tilpasning fra innleiers side.

En slik regel vil etter departementets forståelse imidlertid innebære en endring av den klare hovedregel i prosessretten om at samtlige søksmålsbetingelser må være oppfylt på

ethvert trinn i saken. Det vil innebære en relativt vid adgang til å få dom for tidligere rettsforhold, uten at det nødvendigvis i alle saker kan påvises noe konkret behov for en slik dom utover å oppnå domstolens stadfestelse av at ”man hadde rett”. Det kan reises spørsmål ved om det er hensiktsmessig bruk av domstolenes og samfunnets ressurser å innføre en adgang til å fremme slike søksmål.

Etter departementets forståelse vil spørsmålet om tilstrekkelig aktualitet på tidspunktet for en rettssak i dag bero på en helhetsvurdering. I situasjoner der den/de konkrete innleieferhold er avsluttet, kan det tenkes at aktualitetskravet i noen situasjoner likevel vil være oppfylt ut fra fagforeningens behov for en dom, og/eller med tanke på betydningen for den/de ansatte av å få konstatert at et innleieferhold var lovstridig, jf. punkt 2.2.2 ovenfor.

Etter departementets syn er det hensiktsmessig i denne omgang å holde fast ved hovedregelen i prosessretten på dette punkt, slik at domstolene som i andre saker skal foreta en konkret vurdering av om kravet til aktualitet er oppfylt også på tidspunktet når saken kommer opp.

Det neste spørsmålet er om det bør innføres en regel om *utvidet rettskraft*.

På den ene side vil det både for den innleide og for virksomheten kunne være fordeler i en bestemmelse om utvidet rettskraft. Ved en dom i fagforeningens favør, kan det anses fordelaktig for arbeidstakeren at dommen er bindende også i et eventuelt etterfølgende fullbyrdelsessøksmål. Virksomheten vil ikke da kunne få spørsmålet prøvd på nytt, slik den teoretisk vil kunne i dag. Tilsvarende vil det ved en dom i virksomhetens favør kunne være en fordel for virksomheten at spørsmålet ikke kan prøves på nytt av den innleide. Prosessøkonomiske hensyn tilsier også at man så langt det er hensiktsmessig bør avverge ny prøving av samme spørsmål og risikoen for motstridende avgjørelser.

På den annen side må den innleide som utgangspunkt ha fått mulighet til å gjøre sine interesser gjeldende i saken dersom han/hun skal bli bundet av avgjørelsen. Særlig i saker som gjelder flere arbeidstakere, kan det være en risiko for at fagforeningen ikke har oversikt over samtliges interesser. Det kan i ettertid tenkes å komme som en overraskelse for enkelte av disse arbeidstakerne at de er bundet av et søksmål initiert av fagforeningen.

Problemene med *ikke* å ha en regel om utvidet rettskraft kan også tenkes å ville være små. En dom i fagforeningens favør kan nok i praksis tenkes å få samme nytte for innleide som om avgjørelsen var bindende for dem, ved at motparten vil måtte etterleve dommen. Fører fastsettelsessøksmålet ikke frem, vil dommens bevis- og prejudikatsverdi i praksis antakeligvis utgjøre et hinder mot etterfølgende, individuelle søksmål.³⁰

For å ivareta de ulike hensyn i dette spørsmålet, vil departementet be om høringsinstansenes synspunkt på en regel om at retten – etter påstand – kan fastsette at dommen skal være rettskraftig for en eller flere arbeidstakere saken gjelder. En fordel ved en slik løsning er at en kan få belyst spørsmålet under saksforberedelsen og

³⁰ NOU 2001: 32 A punkt 14.2.3.6.5 og 14.4.3.3, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 366 og J. Hov, *Rettergang II*, 2010, s. 1261.

hovedforhandling, og retten kan vurdere de ulike sidene ved å avsi en dom med utvidet rettskraft. En slik løsning er valgt i forsinkelsesrenteloven § 4 a, hvor det er tatt inn følgende bestemmelse:

”En organisasjon som representerer små eller mellomstore næringsvirksomheter, kan reise søksmål for å få prøvd om vilkår i standardavtaler om betalingstid eller følgene av forsinket betaling vil virke urimelig overfor kreditor, jf. avtaleloven § 36. Retten kan etter påstand fastsette at en dom i saken skal gjelde for alle og enhver som gjør bruk av standardavtalen.”

Når det gjelder forholdet til etterfølgende *søksmålsfrister*, er det etter departementets syn særlig forholdet til fristen for å gå til erstatningssøksmål som må vurderes. En tvist om lovmessigheten av innleie kan ved bruk av rettsmidler pågå i flere år. Det synes lite rimelig at fristen for å fremme krav om fast ansettelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-4 første ledd, skal kunne suspenderes i så lang tid. Begrunnelsen for åtteukersfristen ved krav om fast ansettelse er blant annet hensynet til arbeidsgiver/innleier og dennes behov for å få avklart bemanningssituasjonen.

De tilsvarende hensyn gjør seg ikke like sterkt gjeldende for erstatningskrav. Det foreligger ikke da et like sterkt behov for rask avklaring. Departementet vil derfor foreslå en regel om suspensjon av søksmålsfristen for erstatningskrav.

Et spørsmål i denne sammenheng er om søksmålsfristene skal suspenderes fra søksmålstidspunktet eller fra det tidspunkt søksmålsvarsel ble gitt. En regel om at tidspunktet for søksmålsvarselet skal være utgangspunkt for suspensjon av søksmålsfristen, vil være et klart unntak fra det som ellers gjelder i prosessretten. Søksmålsvarsel etter tvisteloven § 5-2 avbryter verken foreldelsesfrister eller søksmålsfrister.³¹ Departementet vil derfor be om høringsinstansenes syn på en regel om at fristen for å kreve erstatning suspenderes fra søksmålstidspunktet. Det vil da være foreldelsesloven som setter fristen for et etterfølgende søksmål.

Departementet legger til grunn at det ved en slik regel antakeligvis vil være helt nødvendig at det i fastsettelsessøksmålet fremkommer klart hvilke innleieforhold som er omfattet av søksmålet, slik at det ikke er tvil om hvilke søksmålsfrister som gjelder for hvem. I fastsettelsessøksmål på vegne av flere arbeidstakere hvor formålet primært er å oppnå en omlegging av virksomhetens innleiepraksis, kan det være uoversiktlig hvilke innleieforhold som er omfattet.

Departementet foreslår følgende bestemmelser:

Ny § 17-1 (5)

Fagforening som har medlemmer i en virksomhet som har leid inn arbeidstaker fra bemanningsforetak, jf. § 14-12, kan reise søksmål i eget navn om lovligheten av slik innleie. Retten kan etter påstand fastsette at en dom i saken også skal gjelde for en eller flere enkeltpersoner saken gjelder.

³¹ T. Schei m.fl., *Tvisteloven, Kommentartutgave, Bind I*, 2007, s. 241.

Ny § 17-4 (3)

Ved søksmål etter § 17-1 femte ledd avbrytes søksmålsfristen for individuelle erstatningskrav fra tidspunktet for søksmålet etter § 17-1 femte ledd og frem til rettskraftig dom foreligger.

3 Utvidet kompetanse for Arbeidstilsynet ved innleie etter § 14-12 andre ledd

3.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis er det grunn til å tro at ulovlig innleie forekommer hyppigere enn antall saker for domstolen skulle tilsi. Flere har tatt til orde for å gi Arbeidstilsynet utvidet håndhevingskompetanse på dette området. Det har blant annet vært anført at Arbeidstilsynet bør kunne kreve at innleier opplyser på hvilket grunnlag det leies inn arbeidskraft, og at de ved innleie etter § 14-12 andre ledd må få dokumentert henholdsvis tariffavtalen, om de tillitsvalgte er representative for kategorien arbeidstakere som leies inn og avtalen med disse.

3.2 Gjeldende rett

Arbeidsmiljøloven § 14-12 andre ledd lyder slik:

”I virksomhet som er bundet av tariffavtale kan arbeidsgiver og tillitsvalgte som til sammen representerer et flertall av den arbeidstakerkategori innleien gjelder, inngå skriftlig avtale om tidsbegrenset innleie uten hinder av det som er bestemt i første ledd.”

Virkningen av ulovlig innleie av arbeidskraft er regulert i § 14-14. Etter bestemmelsen kan arbeidstaker som er eller har vært ulovlig innleid fra vikarbyrå gå til søksmål med påstand om fast ansettelse og/eller erstatning.

Arbeidstilsynets påleggskompetanse er angitt i arbeidsmiljøloven § 18-6. Håndhevelse av reglene om innleie av arbeidskraft inngår ikke i tilsynets påleggskompetanse. Et unntak fra dette er regelen om arbeidsgivers *drøftelsesplikt* med de tillitsvalgte om bruken av innleie som trer i kraft fra 1. januar 2013.

3.3 Departementets vurdering

Rekkevidden av Arbeidstilsynets påleggskompetanse er tuftet på prinsippet om et grunnleggende skille mellom offentligrettslige og privatrettslige regler på arbeidsrettens område. Dette tradisjonelle skillet, som nå eksplisitt kommer til uttrykk i loven (§ 18-6), ble tidligere (1977-loven) innfortolket og er konsekvent anvendt i praksis.

Betydningen av skillet er blant annet at Arbeidstilsynets myndighet til å gi bindende påbud gjelder det offentligrettslige området og at partene selv må håndheve, eventuelt ved hjelp av domstolene, de privatrettslige reglene. Arbeidstilsynet har imidlertid

veiledningsplikt også på det privatrettslige området og har blant annet publisert en veileder om rettigheter og plikter ved innleie av arbeidstakere.

Arbeidstilsynet er de senere årene gitt myndighet til å håndheve enkelte regler som grenser til det privatrettslige. Dette er imidlertid avgrenset til formelle sider av avtaleforholdet, som rett til attest og skriftlig arbeidsavtale. Arbeidstilsynets myndighet omfatter eksistensen av dokumentene og ikke innholdet i disse. Arbeidstilsynet er videre gitt myndighet etter allmenngjøringsloven og utlendingsloven. Også her er påleggskompetansen avgrenset til å gi pålegg om å fremlegge arbeidsavtaler og annen relevant dokumentasjon, som viser at lønns- og arbeidsvilkår er i tråd med allmenngjøringsforskrifter, samt at oppholdstillatelse er i samsvar med regelverket.

Etter departementets syn er bestemmelsene om innleie (og midlertidige ansettelser) i utgangspunktet lite egnet for offentlig håndheving, blant annet på grunn av reglenes skjønnsmessige karakter og juridiske art.

Arbeidsmiljøloven § 14-12 andre ledd oppstiller etter departementets syn imidlertid formelle og konkrete krav til innleie som gjør at denne bestemmelsen vil kunne egne seg bedre for håndheving fra Arbeidstilsynets side. For at innleie etter denne bestemmelsen skal være lovlig, må virksomheten som nevnt være bundet av tariffavtale og det skal foreligge en skriftlig avtale mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte som til sammen representerer et flertall av den arbeidstakerkategori innleien gjelder. Etter departementets vurdering ville en viss håndhevingskompetanse for Arbeidstilsynet når det gjelder innleie etter § 14-12 andre ledd kunne bidra til bedre etterlevelse av regelverket. Departementet vil derfor foreslå et nytt andre punktum i § 14-12 andre ledd:

”Virksomheten skal på forespørsel fra Arbeidstilsynet fremlegge dokumentasjon på at virksomheten er bundet av tariffavtale og at det er inngått avtale med de tillitsvalgte som nevnt i første punktum.”

Departementet foreslår videre at Arbeidstilsynet gis myndighet til å gi pålegg ved brudd på denne bestemmelsen, inkludert eventuelt tvangsmulkt ved manglende oppfyllelse. Dette foreslås gjennomført ved en endring i § 18-6 første ledd første punktum:

*”Arbeidstilsynet gir de pålegg og treffer de enkeltvedtak ellers som er nødvendige for gjennomføringen av bestemmelsene i og i medhold av kapittel 2 til kapittel 11 samt §§ 14-5 til 14-8, 14-9 første ledd tredje punktum, **14-12 andre ledd andre punktum**, 14-12 tredje ledd, 15-2 og 15-15”.*

4 Økonomiske og administrative konsekvenser

Ved lovendring som foreslått risikerer innleievirksomheter noe flere krav og søksmål rettet mot seg om ulovlig innleie. Håndteringen av dette kan i de konkrete tilfellene medføre ekstra kostnader i forbindelse med saksanlegg. For domstolene kan det komme noe flere saker, men neppe i et slikt omfang at det påvirker deres ressursituasjon vesentlig. På sikt må det antas at forslaget vil bidra til mer ryddighet i bransjen. Tilsyn med at det eksisterer tariffavtale, der adgang til innleie er basert på slik avtale, vil bety noe økt ressursinnsats for Arbeidstilsynet. Dette forutsettes gjennomført innen ordinære

budsjetter. Det antas at tilsynet med § 14-12 andre ledd langt på vei vil kunne inngå som et (ekstra) ledd i de tilsyn som uansett skal gjennomføres.