

Arbeidsdepartementet
Postboks 8019 Dep.
0030 Oslo

Deres ref.:
12/3788-

Dok. nr.: 150906

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no
T +47 22035046

08.02.2013

Høring — tiltak mot ulovlig innleie av arbeidskraft — søksmålsrett for fagforeninger og utvidet kompetanse for Arbeidstilsynet

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 18.12.2012 vedrørende ovennevnte høring.

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

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

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

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for arbeidsrett og lovutvalget for sivilprosess og voldgift. Lovutvalgene i Advokatforeningen har besluttet å avgi felles høringsuttalelse.

Lovutvalget for Arbeidsrett består av Jan Fougner (leder), Jan L. Backer, Alex Borch, Margrethe Husebø, Therese Smith Ulseth og Thomas Benson.

Lovutvalget for sivilprosess og voldgift består av Anders Stray Ryssdal (leder), Borgar Høgetveit Berg, Brynjar Østgård, Grethe Gullhaug, Knut Erik Marthinussen Harjang og Knut Boye.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Vurdering

Advokatforeningen har vurdert lovforslagene i høringsnotatet og særlig vurdert de prinsipielle spørsmål forslaget om søksmålsrett for fagforeninger om innleides rettigheter reiser. I tillegg er det vurdert hvorvidt lovforslagene er gitt en hensiktsmessig utforming.

Advokatforeningen går imot forslaget om særskilt søksmålsrett for fagforeninger om lovligheten av innleie. Advokatforeningens merknader til forslaget følger nedenfor i pkt. 2 og 3.

Advokatforeningen kan akseptere forslaget om utvidet kompetanse for Arbeidstilsynet til å kreve fremlagt konkrete dokumenter, som tariffavtale og skriftlig avtaler vedrørende innleie, forutsatt at Arbeidstilsynet ikke skal foreta noen prøving av dokumentenes innhold. Advokatforeningens merknader til forslaget følger nedenfor i pkt. 4.

3. Bakgrunn og behov

Departementet foreslår nye bestemmelser i arbeidsmiljøloven om søksmålsrett for fagforeninger om lovligheten av innleie samt utvidelse av Arbeidstilsynets kompetanse til å omfatte dokumentasjon for lovlig innleie etter § 14-12 (2).

Forslagene er ment som tiltak mot ulovlig innleie av arbeidskraft, og er et resultat av innspill fra fagforeningshold i forbindelse med høringsrunden om vikarbyrådirektivet i 2010. Lovforslaget er også knyttet opp mot regjeringens arbeid mot sosial dumping, jf. Meld. St. 29 (2010-2011) Felles ansvar for eit godt og anstendig arbeidsliv.

Som et resultat av innlemmingen av vikarbyrådirektivet i norsk rett, er det innført flere nye regler fra 1. januar 2013 som skal sikre innleide arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår mv. Det er i tillegg vedtatt en forskrift om innleie fra bemanningsforetak som er gitt virkning fra 11. januar 2013. Arbeidsgivernes plikter og de innleides rettigheter er følgelig betydelig endret siden forslagene kom fra fagforeningshold, samtidig som det er for tidlig å se effekten av de nye reglene.

De vedtatte reglene medfører betydelige endringer i hvordan innleieferhold må håndteres og følges opp fra utleier og innleiers side, og legger til rette for økt involvering fra de tillitsvalgte. Tillitsvalgte er fra 1. januar 2013 gitt innsynsrett i innleides arbeidsvilkår og rett til drøftelser med arbeidsgiver om bruken av innleie. Især den nye regelen om årlig drøftelsesplikt med de tillitsvalgte om virksomhetens bruk av innleie antas å øke presset på innleiebedriftene til å sørge for at vilkårene for innleie er oppfylt. Drøftingsplikten øker også fagforeningenes mulighet til å få oversikt over og forfølge mulig ulovlig innleie både internt i virksomheten og gjennom de tariffestede forhandlings- og tvisteløsningsmekanismene.

Advokatforeningen mener det er uheldig at forslag om ytterligere og til dels kontroversiell lovregulering for å motvirke ulovlig innleie fremsettes nå, i etterkant av de øvrige lovendringene om innleie, men før effekten av de nye reglene kan vurderes opp mot behovet ytterligere regulering. Dette gjelder særlig forslaget om lovfesting av søksmålsrett for fagforeninger om de innleides rettigheter.

Det fremgår at bakgrunnen for dette forslaget er oppfatninger om at det er for "få" saker om innleie for norske domstoler, og oppfatninger om at mange innleide vegrer seg for å rette krav mot innleier og gå til søksmål. Advokatforeningen vil her påpeke at det ikke er særegent for innleie at antall saker for domstolen ikke gjenspeiler det reelle omfang av brudd på rettigheter

eller lovbestemmelser. Tvert imot vil et lavt antall saker for domstolene også kunne tas til inntekt for at saker finner sin løsning utenfor domstolene, herunder ved at innleides krav om fast ansettelse etterkommes. Innleide utgjør for øvrig omkring 2 prosent av alle sysselsatte (Prop 74 L 2010-2011). At innleiesakene utgjør en liten andel av arbeidsrettslig relaterte saker for domstolene fremstår i så måte som naturlig. Advokatforeningen vil her også fremheve at innleide utgjør en lite homogen gruppe, både generelt og innen et selskap. En ikke ubetydelig andel av innleide er høytlønnede konsulenter som verken ønsker eller er økonomisk tjent med fast ansettelse i innleievirksomheten. På en rekke felter i samfunnet vil det være et betydelig antall svakerestilte personer innen en gruppe. Etter Advokatforeningens syn bør terskelen likefullt generelt være høy for å lage særregler som fragmenterer prosessordningen.

Departementet fremhever i høringsnotatet at det er grunn til å tro at mange innleide vegrer seg for å påberope seg rettigheter og gå til søksmål av frykt for konsekvensene både for arbeidsforholdet hos utleier og innleieferholdet. Advokatforeningen er enig med departementet i at mange innleide vil være i en særlig sårbar posisjon fordi de i mange tilfeller har en usikker og midlertidig ansettelse i utleiebedriften, og er innleid hos innleier under en kontrakt som kan termineres uavhengig av arbeidsrettslige saklighetsnormer og prosedyrer. Det øker risikoen for usaklige sanksjoner, og kan tenkes å redusere motivasjonen for å fremme krav om fast ansettelse som følge av ulovlig innleie. Lovforslaget synes imidlertid lite egnet til å avhjelpe denne type utfordringer for de innleide. De innleide vil ikke være beskyttet mot (usaklig motiverte) endringer i innleieferholdet om en fagforening – hvor den innleide ikke nødvendigvis er medlem - står som part. Tvert i mot risikerer eventuelle tilpasninger fra arbeidsgivers side i forbindelse med domstolsbehandling å bli mindre synlige for domstolen når de innleide ikke deltar som parter.

Vanskeligheter for innleide med å gjøre gjeldende krav som følge av ulovlig innleie må også ses i sammenheng med at mange innleide er uorganiserte, mangler kunnskap om egne rettigheter, og står uten nødvendig praktisk og økonomisk støtte til å ønske å fremme krav om å reise sak. Denne type vanskeligheter vil langt på vei avbøtes ved informasjon og støtte fra fagforeningene overfor de innleide. Advokatforeningen antar at det er et betydelig og uutnyttet potensiale for å bringe frem saker for domstolene om ulovlig innleie på denne måten.

Advokatforeningen stiller følgende spørsmål ved om mangelen på søksmålsinitiativ fra innleide er tilstrekkelig analysert og vurdert opp mot andre måter å avhjelpe de særlige utfordringer innleide måtte ha med hensyn til å fremme krav ved uenighet om lovligheten av innleieferholdet.

Advokatforeningen mener departementet bør vente, slik at behovet for reglene som nå foreslås kan vurderes i lys av utviklingen fremover.

4. Forslaget om søksmålsrett for fagforeninger

4.1 Generelt

Advokatforeningen går imot forslaget om å innføre en særskilt rett for fagforeninger til å gå til søksmål om lovligheten av innleie uavhengig av medvirkning fra de innleide rettighetshaverne. Forslaget til ny § 17-1 (5) lyder:

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.

Advokatforeningen er kritisk til både behovet for og effekten av den foreslåtte søksmålsretten.

Advokatforeningens standpunkt er i hovedsak begrunnet i følgende:

- Lovforslaget bryter med grunnleggende sivilprosessuelle og arbeidsrettslige prinsipper (pkt. 3.2).
- Fagforeningene har tilstrekkelige muligheter innenfor dagens regelverk og tariffestede ordninger til å løfte frem og forfølge mulig ulovlig innleie (pkt. 3.3).

4.2 Prinsipielle innvendinger

4.2.1 Søksmålsretten kan komme i konflikt med kravene til rettferdig rettergang

Lovforslaget gir fagforeninger en særskilt rett til å gå til søksmål mot enkeltvirksomheter for å få fastslått rettigheter som tilkommer andre enkeltpersoner – innleide arbeidstakere hos virksomheten. Søksmålgjenstand vil være om innleieforholdene er lovlige etter arbeidsmiljøloven § 14-12.

Brudd på arbeidsmiljølovens § 14-12 om adgangen til innleie fra bemanningsforetak gir etter arbeidsmiljøloven § 14-14 den innleide rett til å kreve fast ansettelse hos innleier og/eller erstatning. Det er arbeidstaker/innleid, og ikke fagforening, som er rettighetssubjekt etter innleiereglene. Det samme gjelder arbeidsmiljølovens privatrettslige regler for øvrig. Arbeidsmiljølovens system er per i dag at domstolsbehandling av krav som følge av påstått ulovlig innleie forutsetter at den innleide velger å gjøre gjeldende krav overfor innleier, og dernest velger å bringe eventuell tvist inn for domstolene. Lovforslaget om at en fagforening i eget navn og på eget initiativ kan reise søksmål om lovligheten av innleides innleieforhold bryter fundamentalt med dette prinsipp i arbeidsmiljøloven.

Søksmål om lovligheten av innleie dreier seg i realiteten om virksomheten hvor den innleide har sitt daglige virke, har plikt til å ansette vedkommende. Det dreier seg om retten til arbeidsforhold, og følgelig interesser av personlig karakter. Den innleide selv vil imidlertid verken før, under eller etter en slik rettssak sikres adekvat informasjon om egne rettigheter eller betydningen av domstolsbehandlingen. Den innleide vil etter lovforslaget ikke ha partsstilling i saken og vil heller ikke – slik ordningen foreslås – være prosessuelt representert av fagforeningen. Den/de saken gjelder sikres ikke prosessrettigheter. Terminologien som benyttes i høringsnotatet – ”representative søksmål” – er i så måte misvisende, da ordningen det legges opp til ikke innebærer eller sikrer at fagforeningen representerer den innleide, verken formelt eller faktisk.

Lovforslaget strider etter Advokatforeningens oppfatning mot grunnleggende sivilprosessuelle prinsipper om kontradiksjon, disposisjons- og forhandlingsprinsippet og alminnelige regler om søksmålsinteresse og rettskraft. Lovfesting av en slik søksmålsadgang for fagforeninger utfordrer etter Advokatforeningens syn kravene til rettferdig rettergang som følger av EMK art. 6 og tvisteloven § 1-1, herunder retten til å bli hørt og føre bevis og motbevis i egen sak. Kravene til rettferdig rettergang må etter Advokatforeningens syn vurderes i forhold til den innleide som rettighetshaver.

Lovforslaget innebærer at søksmål om lovligheten av konkrete innleieforhold kan reises i strid med den innleides eget ønske, av en organisasjon den innleide ikke er medlem av, uten at den innleide involveres i saken og sikres mulighet til å bidra til sakens utvikling eller opplysning. Søksmålsretten for fagforening er ikke gjort subsidiær i forhold til søksmål fra den/de innleide i eget navn. Slik lovforslaget er utformet vil fagforeningen følgelig kunne velge å kjøre sak på egen hånd, der foreningen ser selv ønsker å fremme kravet. For den enkelte innleide vil slike søksmål

kunne oppleves som brudd på den negative organisasjonsfriheten, jf. EMK art. 11. Ønsket om ytterligere tiltak mot ulovlig innleie kan etter Advokatforeningens syn ikke forsvare lovfesting av et slikt inngrep i individets autonomi og en slik ”umyndiggjøring” av innleide arbeidstakere. Dette gjelder især i en situasjon hvor det faktiske behovet for en slik regel synes svakt fundert (jf. pkt. 2) og mulighetene for å løfte fram slike saker fra fagforeningenes side er betydelige, og etter Advokatforeningens syn gode nok ut fra dagens regler (pkt. 3.3).

Advokatforeningen anerkjenner at det i visse tilfeller har de beste grunner for seg at en organisasjon tar ut søksmål i eget navn om rettigheter som tilkommer andre, og antar tilsvarende at dette i enkelte tilfeller kan være en hensiktsmessig måte å forfølge krav om ulovlig innleie på. Slike søksmål bør imidlertid være unntaket fremfor regelen, og bør skje etter den helhetsvurdering dagens regler om søksmålsadgang i tvisteloven § 1-3 og § 1-4 gir anvisning på, jf. nedenfor pkt. 3.3.2.

4.2.2 Særlig om den foreslåtte adgangen til å få dom med utvidet rettskraft

Forslaget til ny § 17-1 (5) inneholder i tillegg til søksmålsadgang for fagforeninger også hjemmel for at avgjørelsens rettskraft skal kunne fastsettes til å omfatte den/de innleide saken gjelder, jf. utkastets siste setning:

Retten kan etter påstand fastsette at en dom i saken også skal gjelde for en eller flere enkeltpersoner saken gjelder.

Advokatforeningen går imot forslaget om å gi avgjørelser om lovligheten av innleieforhold hvor den innleide ikke har vært part utvidet rettskraft. Det dreier seg om rettigheter av en annen karakter og innen et helt annet rettsområdet enn reglene om utvidet rettskraft i forsinkelsesrenteloven § 4a og aksjeloven § 4-24 (søksmål om gyldigheten av generalforsamlingsbeslutning). I andre sakstyper med utvidet rettskraft, som person- og familierettslig status (indispositive saker), er retten gitt et særlig ansvar for sakens opplysning. Det vil domstolene ikke ha i saker om innleie.

Advokatforeningen mener det er riktig å holde fast ved hovedregelen om at en rettsavgjørelse formelt bare er bindende for partene, og viser til Tvistemålsutvalgets begrunnelse for denne hovedregel, som er gjengitt og tiltrådt av departementet i Ot.prp nr. 51 (2004-2005) s 267, om at ”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.”

Forslaget om utvidet rettskraft vil, dersom det vedtas, medføre at den innleide risikerer å miste muligheten for selv å hevde sine rettigheter gjennom domstolsbehandling, i en situasjon hvor fagforeningen – eventuelt ”over hodet på den innleide”, har gått til sak og tapt. Forslaget er særlig betenkelig fordi det dreier seg om en adgang til å få fastsatt rettsstillingen til enkeltpersoner som ikke nødvendigvis er medlem i den saksøkende foreningen.

Regelen om utvidet rettskraft er forslått betinget av at partene nedlegger påstand om dette. Dette sikrer ikke at slik påstand og dom kun benyttes hvor den innleide selv ønsker å bli bundet av avgjørelsen. Bestemmelsen om utvidet rettskraft synes i så måte å tjene arbeidsgiversiden mer enn de innleide. Det vil være nærliggende at arbeidsgivere som vurderer sjansene for å vinne saken som gode, nedlegger slik påstand om utvidet rettskraft for å hindre omkamp fra de innleides side dersom fagforeningen skulle tape saken. Selv om det er grunn til å anta at seg mest tjent med dette, uavhengig av om den innleide saken gjelder

domstolene vil være tilbakeholdne med å fastsette utvidet rettskraft, vil dette likevel kunne skje uavhengig av hva den innleide ønsker. Det er ikke gitt at fagforeningen ser seg tjent med å anke et tap, selv om de innleide vil kunne ha en fullt prosedabel sak videre. Den/de innleide vil ikke ha ankerett.

Advokatforeningen mener det vil være en klar risiko for at praktiseringen av den foreslåtte hjemmelen for utvidet rettskraft kan komme i konflikt med retten til reell adgang til domstolene "access to court" som følger av EMK art. 6 (1).

Det er riktignok slik at begrensninger i adgangen til domstolsbehandling etter nasjonal rett tillates der dette har et legitimt formål. Det faktiske behovet utvidet rettskraft som foreslått må likevel antas adskillig begrenset. Ved et eventuelt søksmål fra den innleide vil en forutgående dom med fagforeningen som part, uavhengig av formell rettskraft, ha betydelig beviskraft og prejudikatsverdi. I høringsnotatet synes det for øvrig lagt til grunn at denne type søksmål fra fagforeninger vil være aktuelt primært hvor de innleide ikke tør å fronte en sak i eget navn. I en situasjon hvor retten har gitt innleier medhold i at innleieferholdene er lovlige, må det antas at terskelen for "omkamp" gjennom søksmål i eget navn er blitt enda høyere for den/de innleide. I praksis må det videre antas at en dom om ulovlig innleie vil bli lagt til grunn fra virksomhetens side, eksempelvis ved etterfølgende krav om fast ansettelse fra den innleide. Regelen om utvidet rettskraft vil uansett i liten grad vil være prosessbesparende hvor en arbeidsgiver skulle velge ikke å rette seg etter dommen. En fastsettelsesdom mot innleiebedriften vil ikke kunne fullbyrdes ved hjelp av namsmyndighetene. Den innleide risikerer derfor uansett, uavhengig av rettskraft, å måtte gå til fullbyrdelsessøksmål. Hvorvidt fastsettelsesdommen legges til grunn basert på rettskraft eller bevisverdi vil i så måte neppe ha vesentlig praktisk betydning for den innleide. Advokatforeningen mener i lys av dette at behovet for utvidet rettskraft ikke oppveier ulempen ved at den innleide risikerer å miste muligheten for domstolsbehandling av sine krav som følge av ulovlig innleie, med påfølgende risiko for rettstap.

Den foreslåtte bestemmelsen om utvidet rettskraft er heller ikke egnet til å forhindre konkurrerende søksmål, herunder fra andre "konkurrerende fagforeninger" i innleiebedriften, om de samme innleieferhold. Det vil heller ikke være mulig å blokkere ethvert forsøk på omkamp fra arbeidsgiver eller den/de innleide selv, da rettskraftens materielle grense vil være avhengig av hvordan krav og påstander utformes. En fagforenings søksmål mot arbeidsgiver vil heller ikke ha litispendensvirkninger ved lignende søksmål fra andre fagforeninger eller fra innleide.

Dersom departementet velger å fremme søksmålsretten til videre behandling, mener Advokatforeningen følgelig at bestemmelsen om utvidet rettskraft bør strykes.

4.2.3 Forslaget om suspensjon av søksmålsfristen for individuelle erstatningskrav

Advokatforeningen går også imot forslaget til ny § 17-4 (3) om at et søksmål fra fagforening om lovligheten av innleie skal suspendere søksmålsfristen for individuelle erstatningskrav fra tidspunktet for søksmålet. Slik forslaget lyder er det uklart om søksmålsfristen kun avbrytes for den/de konkrete innleide som eksplisitt måtte være nevnt i stevningen, eller også for andre innleide i virksomheten på søksmålstidspunktet. I sistnevnte tilfelle vil det kunne være vanskelig å avgrense med hensyn til hvem som naturlig omfattes av søksmålet og hvilke innleieferhold som ikke kan anses omfattet.

Dersom bestemmelsen om suspensjon av søksmålsfrister skal inntas, mener Advokatforeningen at det må inntas en presisering av personkretsen, slik at ny § 17-4 (3) eventuelt lyder ”søksmålsfristen for individuelle erstatningskrav for de navngitte enkeltpersoner saken gjelder”.

Slik avgrensingsproblematikk vil forøvrig også kunne oppstå i tilknytning til spørsmålet om hvem som har fått sin rettsstilling fastslått i en dom. Forslaget inneholder som nevnt ikke krav om at det i søksmålet må angis hvilke konkrete innleide saken gjelder. Søksmål med påstand om at en virksomhet bedriver innleie i et omfang som strider mot arbeidsmiljøloven § 14-12 kan tenkes, uten at det konkretiseres nærmere hvilke innleide saken gjelder. En prosess om lovligheten av innleie kan tenkes å pågå over flere år. I bedrifter med innleieforhold av kortere varighet, eller i større virksomheter med betydelig antall og turnover av innleieforhold, vil det kunne by på utfordringer å avgjøre hvilke innleide som eventuelt omfattes av en dom hvor fagforeningen var part. Hensiktsmessigheten av den foreslåtte søksmålsretten reduseres tilsvarende.

4.3 Fagforeningene har tilstrekkelige muligheter til å løfte frem saker om ulovlig innleie innenfor dagens lovgivning og kollektive tvisteløsningsmekanismer

4.3.1 Søksmål fra fagforeninger er per i dag ikke blokkert av domstolene

Utover de mer prinsipielle og rettslige innvendinger over, er Advokatforeningens motstand mot lovforslaget også begrunnet i at fagforeningene per i dag har betydelige – og etter Advokatforeningens syn tilstrekkelige – muligheter til å forfølge ulovlig innleie og fremme saker til domstolsbehandling. Dette svekker behovet for nye regler, og taler etter Advokatforeningens syn imot innføring av den foreslåtte særbestemmelsen.

Det er i høringsnotatet opplyst at departementet ikke kjenner til at fagforeningene per i dag har forsøkt å reise saker om lovligheten av innleie i eget navn. Lovforslaget kommer følgelig ikke som et resultat av at domstolene har blokkert forsøk fra fagforeninger på å bringe slike søksmål inn for domstolene. Advokatforeningen mener dette viser at det ikke per i dag er behov for særregulering som foreslått.

4.3.2 Fagforeninger har tilstrekkelig adgang til søksmål i eget navn uten særregel

I høringsnotatet redegjøres for utviklingen i rettspraksis når det gjelder terskelen for organisasjoners søksmålsadgang om annet enn egne rettigheter og plikter, herunder kravene til partstilknytning og søksmålsituasjon, og tvistelovens regulering av dette i § 1-3 og 1-4, jf. høringsnotatet pkt. 2.1.2. Departementet konkluderer i høringsnotatet med at fagforeninger per i dag i betydelig utstrekning vil tillates å opptre som part i søksmål om rettigheter som tilkommer enkeltindivider, herunder innleide, jf. pkt. 2.1.2 s 11. Advokatforeningen er enig i dette.

Organisasjoners adgang til å anlegge søksmål om krav som ikke direkte gjelder organisasjonens egne rettigheter og plikter er anerkjent både i rettspraksis og ved vedtakelsen av tvisteloven § 1-4 om søksmålsadgang for organisasjoner mv. Rettspraksis har vist at domstolene har vært lydhøre blant annet for samfunnsmessige behov for å senke terskelen for organisasjoners søksmålsadgang i de tilfeller hvor slike søksmål har hatt gode grunner for seg. Tvistelovens bestemmelser om søksmålsinteresse gir anvisning på en helhetsvurdering, og åpner for en dynamisk og skjønsmessig vurdering, hvor både behovet for søksmålet, hensiktsmessigheten av at kravet forfølges på denne måten og praktiske problemer med gjennomføring og konsekvensene av en dom i saksøkers favør, kan hensyntas. Det er i forarbeidene forutsatt videre utvikling av

organisasjoners søksmålsadgang gjennom rettspraksis.

Domstolene vil etter gjeldende rett kunne åpne for at fagforeninger går til søksmål i eget navn om lovligheten av en virksomhets innleie der hvor det er et reelt behov for en slik løsning, hvor dette fremstår som en effektiv og hensiktsmessig måte å forfølge spørsmål om lovligheten av innleie, og hvor slikt søksmål alt i alt synes å ha de beste grunner for seg. Rt. 2010 s 402 og Rt. 2010 s 646 er eksempler på at søksmål om tredjemanns rettigheter ble tillatt ut fra en vurdering av det faktiske behovet for en slik partskonstellasjon.

Advokatforeningen mener tvisteloven § 1-3 (2) og § 1-4 fortsatt bør være utgangspunktet for å vurdere behovet for søksmål fra fagforeninger i eget navn om andres rettigheter, herunder om lovligheten av innleie.

Samtidig vil dagens regler gi domstolene mulighet til å avvise søksmål om lovligheten av innleie der hvor dette ikke fremstår som en hensiktsmessig måte å forfølge kravet på. Domstolene vil blant annet kunne ta hensyn til hvordan de berørte innleide stiller seg til saken. Advokatforeningen mener at dagens regulering av kravene til søksmålsinteresse i tvisteloven gir et hensiktsmessig og tilstrekkelig utgangspunkt for vurdering av om fagforeninger skal kunne reise søksmål om lovligheten av innleie i eget navn, både i de tilfeller hvor de innleide er medlem av fagforeningen, og i de tilfeller hvor de innleide ikke er medlem.

4.3.3 Mulighetene for bruk av partshjelp og gruppesøksmål

Advokatforeningen viser videre til de øvrige prosessuelle virkemidler som kan benyttes av fagforeningene til å løfte tvister om ulovlig innleie frem for domstolene. Adgangen for fagforening til å opptre som partshjelpere etter tvisteloven § 15-7 er etter Advokatforeningens syn et velegnet prosessuelt virkemiddel i saker om lovligheten av innleie. Fagforeninger vil også kunne tilrettelegge for gruppesøksmål fra de innleide etter tvistelovens kapittel 35. Både ved bruk av partshjelp og gjennom gruppesøksmål vil belastningen for den innleide ved å måtte gå til sak bli redusert, og terskelen for å fremme saker for domstolsbehandling følgelig bli lavere. I slike søksmål vil de innleide like fullt ha partsstatus og prosessrettigheter, og de innleides interesser sikres bedre enn ved søksmål fra fagforeningen alene. Det vil kunne reises fullbyrdelsessøksmål i første omgang, og en dom vil få direkte virkning for den innleide. Advokatforeningen antar at belastningen for den innleide ved å gå til sak i eget navn i en slik sammenheng, enten med støtte og partshjelp fra fagforening, eller sammen med andre i tilsvarende situasjon gjennom gruppesøksmål, ikke skiller seg vesentlig fra den belastning det vil være for den innleide å måtte vitne i retten i sak om eget ansettelsesforhold/innleieforhold uten å ha partsstilling eller for øvrig være sikret informasjon eller involvering fra den saksøkende fagforeningen.

4.3.4 Økende muligheter til å angripe ulovlig innleie kollektivt

Advokatforeningen vil også fremheve at det de siste årene er blitt langt vanligere med bestemmelser om adgangen til innleie i tariffavtaler. Dette gir fagforeningene økte muligheter for å bringe tvister om ulovlig innleie inn for Arbeidsretten med påstand om at det foreligger brudd på tariffavtale. Det vises til departementets redegjørelse for slike søksmål i utredningens pkt. 2.1.4. I tillegg kommer tariffbaserte forhandlings- og tvisteløsningsmekanismer. En søksmålsadgang for fagforeningene risikerer å undergrave dette systemet og skaper en ubalanse, hvor fagforeningene får en snarvei til domstolene som motpartene ikke har.

4.4 Mulige negative effekter av å lovfeste søksmålsrett for fagforeninger

Advokatforeningen frykter at en lovfesting av søksmålsrett for fagforeningene vil være konflikt- og prosess-skapende i innleiesakene, og føre til unødig polarisering på arbeidsplassene. Slik søksmålsrett vil kunne kanalisere uenighet om innleie inn i søksmål for domstolene fremfor forhandling gjennom kollektive kanaler og på den enkelte arbeidsplass. Dette vil kunne blokkere ellers minnelige løsninger mellom arbeidsgiver og de innleide, herunder tilbud om fast ansettelse, fordi det lett vil gå prestisje i saken. De innleides muligheter for minnelige løsninger og eventuelt fast ansettelse uten domstolenes medvirkning kan reduseres tilsvarende. Fagforeningenes incentiv til involvering i og rekruttering av de innleide kan svekkes ved at fagforeningene gis en slik "snarvei" til domstolene for behandling av prinsipielle saker om grensene for innleie. Advokatforeningen anerkjenner fagforeningenes rolle som "vaktbikkje" på arbeidsrettens område, og også behovet for rettsavklaring, men mener avklaringer av hvor grensen mellom lovlig og ulovlig innleie går bør skje ved bruk og videreutvikling innenfor dagens regler i tvisteloven, og ikke ved å innføre en slik særskilt rett til domstolsbehandling.

4.5 Øvrige merknader til utforming av bestemmelsen

For det tilfelle at departementet velger å innføre søksmålsrett for fagforeninger som foreslått, har Advokatforeningen følgende merknader til utformingen av bestemmelsen:

- Advokatforeningen er enig med departementet i at tillitsvalgte som sådan ikke bør gis søksmålsrett, og at søksmålsrett i tilfelle må avgrenses til fagforeninger, i tråd med arbeidstvistlovens definisjon av hva som må anses som fagforening.
- Advokatforeningen er enig med departementet i at det kun er aktuelt å vurdere adgang for fagforeninger til å kreve fastsettellesdom om lovligheten av innleieforhold. Adgang til å kreve fullbyrdelsesdom i saker som gjelder andres rettigheter og plikter er verken praktisk eller rettslig forsvarlig.
- Lovforslaget innebærer at søksmål fra fagforening om lovligheten av innleie risikerer å starte i forliksrådet. Slik forslaget er utformet, synes søksmål fra fagforening om lovligheten av innleie ikke å omfattes av arbeidsmiljøloven § 17-1 (3), som inneholder et unntak fra mekling i forliksrådet. Ved behandling i forliksrådet vil tidspunktet fra saksanlegg til endelig avgjørelse forsinkes vesentlig. Mange innleieforhold vil være avsluttet før saken kommer til doms. Hensiktsmessigheten i slike søksmål reduseres ved dette.

Advokatforeningen legger til grunn at denne type saker om lovligheten av innleie ikke vil være egnet til dom i forliksrådet. Dersom forliksrådet skulle avsi dom mot arbeidsgiver, herunder fraværdom, må det legges til grunn at lovforslaget om søksmålsrett for fagforening også gir en virksomhet adgang til å reise sak for tingretten mot fagforeningen etter tvisteloven § 6-14.

- Advokatforeningen mener at det må kreves at fagforening som vil reise sak i eget navn om lovligheten av innleieforhold, representerer den/de innleide i kraft av at den/de innleide er medlemmer i fagforeningen. Dette kan gjøres ved at forslagets første setning endres til:

"Fagforening som har medlemmer i en virksomhets om har leid inn arbeidstaker fra bemanningsforetak, jf. § 14-12, kan reise søksmål i eget navn om lovligheten av slik innleie av medlemmet."

En slik tilknytning mellom fagforening og den/de innleide bidrar til å legitimere at fagforeningen går til sak om rettigheter som tilkommer den innleide. Den innleide må antas å ha bedre påvirkningsmuligheter, og må antas å være sikret bedre oppfølging og informasjon i forkant og etterkant av en domstolsbehandling.

Advokatforeningen har utover dette ikke merknader til selve utformingen av den foreslåtte lovbestemmelsen.

6. Forslaget om Utvidet kompetanse for arbeidstilsynet

Departementet foreslår at arbeidsmiljøloven § 14-12, som regulerer innleie fra bemanningsbedrift, gis ett nytt tillegg i annet ledd om at:

”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 først punktum.”

Det foreslås videre at den nye bestemmelsen legges inn under Arbeidstilsynets påleggskompetanse, slik at Arbeidstilsynet gis myndighet til å håndheve manglende oppfyllelse, eksempelvis gjennom pålegg eller tvangsmulkt. Arbeidsmiljøloven § 18-6 første ledd er foreslått endret slik at det også henvises til § 14-12 annet ledd annet punktum.

Departementet legger i høringsnotatet til grunn at bestemmelsen vil bidra til bedre etterlevelse av regelverket. Det er imidlertid ikke opplyst om det per i dag er særskilte problemer knyttet til etterlevelsen av § 14-12 annet ledd (innleie basert på tariffavtale), eksempelvis tilfeller av at arbeidsgivere påberoper tariffavtale som hjemmel for innleie i tilfeller hvor dette ikke eksisterer.

Etter hva Advokatforeningen erfarer, har avtaler om innleie etter § 14-12 annet ledd liten utbredelse i dag. Flere fagforeninger har, etter hva Advokatforeningen kjenner til, anbefalt sine tillitsvalgte å ikke inngå slike avtaler etter § 14-12 annet ledd om utvidet adgang til innleie.

Basert på den antatt begrensede utbredelsen av innleie etter § 14-12 annet ledd, setter Advokatforeningen spørsmålsteget ved behovet for å utvide Arbeidstilsynets virksomhet som foreslått.

Lovforslaget strider mot grunnprinsippet om Arbeidstilsynets kompetanse. Arbeidstilsynet håndhever de offentligrettslige regler på arbeidsrettens område, mens de privatrettslige reglene i arbeidsmiljøloven, herunder innleiebestemmelsene, håndheves av partene selv.

Det er imidlertid lovfestet flere unntak fra det tradisjonelle skillet de senere år. Forslaget om at Arbeidstilsynet skal kunne kreve fremlagt tariffavtale og skriftlig avtale om innleie som forutsatt i § 14-12 annet ledd føyer seg inn i en rekke tilsvarende bestemmelser om Arbeidstilsynets myndighet. En slik avgrenset utvidelse av Arbeidstilsynets kompetanse til å kreve fremlagt konkrete dokumenter kan derfor etter Advokatforeningens forsvarers.

Arbeidstilsynets påleggskompetanse omfatter i så henseende per i dag manglende oppfyllelse av kravet om skriftlig arbeidsavtale, kravene til arbeidsavtalens innhold, og retten til attest etter avsluttet arbeidsforhold. Arbeidstilsynet er videre gitt myndighet til å kreve fremleggelse av oppholdstillatelse, arbeidsavtaler og annen relevant dokumentasjon etter allmenngjøringsloven og utlendingsloven. Arbeidstilsynets myndighet omfatter eksistensen av dokumentene og ikke innholdet. I tillegg er det nå lovfestet at manglende oppfyllelse av den årlige drøftelsesplikten med

de tillitsvalgte om bruken av midlertidig ansatte og innleide, jf. § 14-9 tredje ledd og § 14-12 tredje ledd, omfattes av Arbeidstilsynets påleggskompetanse. Også her dreier det seg om enkelt og objektivt konstaterbare forhold.

En nærmere håndheving av bestemmelsen fra Arbeidstilsynets side, utover å konstatere at tariffavtale og skriftlig avtale om innleie foreligger, vil etter Advokatforeningens syn være problematisk.

Høringsnotatet går ikke nærmere inn på hvordan denne utvidelsen av Arbeidstilsynets myndighet er forutsatt praktisert. Blant annet er det uklart om Arbeidstilsynet også skal kreve dokumentasjon for, og vurdere om, de tillitsvalgte som har inngått skriftlig avtale med arbeidsgiver om innleie rent faktisk oppfyller representasjonskravet i § 14-12 annet ledd ("til sammen representerer et flertall av den arbeidstakerkategori innleien gjelder"), samt om kravet om tidsbegrensning i avtalen er oppfylt. Lovforslagets ordlyd og den generelle henvisningen til avtale "som nevnt i første punktum" kan tilsa at Arbeidstilsynets myndighet også vil omfatte nærmere dokumentasjon og vurdering av om avtalen som sådan oppfyller § 14-12 annet ledd.

Advokatforeningen er enig med departementet i at innleiereglens skjønsmessige og juridiske karakter gjør at reglene er uegnet for offentlig håndheving gjennom Arbeidstilsynet. Saker om lovligheten av innleie har vist seg bevismessig krevende også for domstolene. Det gjelder også spørsmålet om innleie er lovlig i henhold til § 14-12 annet ledd (skriftlig avtale med tillitsvalgte).

Advokatforeningen mener derfor at det er viktig at Arbeidstilsynets kompetanse avgrenses tydelig mot å vurdere det nærmere innhold i slike avtaler. Det bør i det videre lovarbeid presiseres at Arbeidstilsynets myndighet – i tilfeller hvor slik hjemmel for innleie påberopes – er begrenset til å kontrollere eksistensen av tariffavtale og skriftlig avtale om innleie med de tillitsvalgte, og ikke kontrollere dokumentenes nærmere innhold.

Advokatforeningen påpeker i denne sammenheng at det er uheldig at det i høringsnotatet ikke redegjøres nærmere for hva Arbeidstilsynet skal gi pålegg om ved eventuelle brudd på den foreslåtte bestemmelsen. Pålegg om å fremlegge antatt eksisterende avtaler må anses uproblematisk. På den andre siden vil det etter Advokatforeningens syn ikke være grunnlag for å gi pålegg om å bringe innleien i samsvar med loven, få på plass avtaler som oppfyller lovens krav etc. Ved slike pålegg vil Arbeidstilsynet ikke forsvarlig kunne etterprøve om pålegget er oppfylt. Arbeidstilsynets konklusjoner vil i tillegg kunne komme i konflikt de vurderinger domstolene skal foreta ved søksmål om lovligheten av innleie.

Basert på ovennevnte vil Advokatforeningen anmode om at departementet i det videre lovarbeid redegjør nærmere for hvordan Arbeidstilsynet er forutsatt å kunne håndheve den foreslåtte bestemmelsen.

Advokatforeningen har utover dette ikke merknader til utformingen av de foreslåtte lovbestemmelsene om utvidet kompetanse for Arbeidstilsynet.

Vennlig hilsen

Erik Keiserud
leder

Merete Smith
generalsekretær