

Arbeidsdepartementet

Postboks 8019 Dep  
0030 Oslo

Oslo, 06.02.2013

Vår ref.  
44159/HS24

Deres ref.  
12/3788-

### **Høring - søksmålsrett for fagforeninger og utvidet kompetanse for Arbeidstilsynet**

Vi viser til departementets brev av 18. desember 2012 der vi ble anmodet om å komme med merknader.

Arbeidsgiverforeningen Spekter er opptatt av et seriøst og velfungerende arbeidsliv og mener det bør utvises nulltoleranse der det avdekkes tilfeller av sosial dumping. Det er derfor viktig å utvikle og ta i bruk egnede virkemidler som kan forebygge lovbrudd. Vårt inntrykk er at sosial dumping hovedsakelig er avgrenset til visse deler av arbeidslivet og vi mener av den grunn at det er på disse områdene det bør settes inn særlige tiltak.

Vi finner derfor ikke å kunne støtte de fremlagte forslag til lovendringer i denne høringen. Det dreier her seg om inngripende lovendringer som treffer langt bredere enn vi kan se det er behov for og som bryter med etablerte grunnprinsipper i sivilprosessen.

Vi mener for øvrig at den allerede iverksatte tiltakspakken bør kunne virke en stund før man vurderer om det er behov for ytterligere regulering når det gjelder innleie.

### **HØRINGSPROSESSEN OG DE GRUNNLAG HØRINGSNOTATET BYGGER PÅ**

Det er grunn til å bemerke at det er gitt en svært kort høringsfrist, særlig tatt i betraktning at høringen ble sendt ut like oppunder jul. Høringsforslagene omfatter bestemmelser som bryter grunnleggende med de etablerte grunnprinsippene i prosessretten. Vårt høringssvar må sees i sammenheng med knapp høringsfrist og derav begrenset høringsprosess i forhold til hva som er vanlig ved slike inngripende lovendringsforslag. Det er kun de mest åpenbare betenkeligheter som omfattes av dette høringssvaret. Det må legges til grunn at forslagene kan ha betydelige uheldige virkninger som en mer betryggende høringsprosess og konsekvensvurdering ville avdekket.

Spørsmålene som reises i høringen er kompliserte, både rettspolitisk og faglig. Departementet har måttet engasjere eksternt ekspertise for å få utredet spørsmålene knyttet til representativ/kollektiv

søksmålsrett. Advokatfirmaet Hjort har vurdert de juridiske konsekvenser og praktiske problemer ved et slikt forslag og advarer mot forslaget:

*”Etter vår oppfatning taler gode grunner mot å utvide søksmålsadgangen for fagforeninger i denne type saker. Som regel vil den enkelte arbeidstakers forklaring være nødvendig for å opplyse saken. Forskjellen fra selv å være part blir da i de fleste tilfeller liten. Belastningen for den enkelte arbeidstaker vil ikke reduseres nevneverdig ved at det er en fagforening som formelt er part i søksmålet.”*

Spekter finner det bemerkelsesverdig at det er tiert om denne konklusjonen i høringsnotatet når det ellers er poengtert at det er gjennomført en ekstern utredning. Når departementet konkluderer motsatt av utredningen burde dette selvsagt vært omtalt særskilt og begrunnet.

Utredningens konklusjon er for øvrig svært relevant da departementets begrunnelse for forslaget er at det i dag kan være vanskelig for den innleide selv å reise søksmål.

Departementet synes å legge til grunn et gitt faktum som skal begrunne lovendringene:

*”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.”*

Påstanden er ikke dokumentert på noen måte, så det fremstår som uklart om departementet mener at forholdet mellom rettslig forfulgte krav og ikke forfulgte krav er mindre her enn på andre livsområder. Det vil alltid være slik at ikke all urett kommer opp til doms. Spørsmålet er om dette skjer med en så stor overhyppighet når det gjelder vikarinneleie at det betinger helt særskilte prosessregler som avviker fra de etablerte. Det hadde vært ønskelig med et mer utdypet og detaljert faktagrunnlag, noe som nok også ville vært mer i samsvar med utredningsinstruksjonen.

## **SØKSMÅLSADGANG FOR FAGFORENINGER**

Forslaget innebærer et brudd med det etablerte prinsippet om søksmålsbetingelser.

Tvisteloven er fortsatt relativt ny. Etter et omfattende reformarbeid knyttet til den gamle tvistemålsloven av 1915 trådte ny lov i kraft i 2008. Den nye loven inneholder mange vesentlige endringer, men det helt grunnleggende prinsippet om rettslig interesse ble videreført.

Selv om tvisteloven etablerer et tvisteløsningssystem som skal sikre at rettssubjekter (fysiske som juridiske) kan få løst de rettstvister de involveres i, er det etablert visse begrensninger i adgangen til å benytte domstolene som tvisteløsningssystem. Tvistemålsutvalget vurderte ulike hensyn opp mot hverandre, på den ene side særlig EMK art 6(1) som skal sikre borgerne ”access to court” og på den annen side behovet for å ramme inn domstolenes funksjon og oppgave.

Tvistemålsutvalget uttalte i den sammenheng:

*”Etter utvalgets mening bør man ved utformingen av en ny tvistemålslov, herunder nye regler om søksmålsbetingelser, holde fast ved det tradisjonelle virkeområdet for domstolene.”*

Konsekvensen av at prosessforutsetningene ikke er oppfylt, vil nå (i likhet med tidligere) altså være at saken avvises uten realitetsbehandling.

Det er grunn til å stille spørsmål om hvorfor nettopp vikarinneleie skulle begrunne en fravikelse av disse prinsippene der Tvistemålsutvalget etter sitt helhetlige reformarbeid kom til at de måtte opprettholdes.

### **Prosessforutsetningene – partsevne**

Foreningers partsevne er i dag regulert i tvisteloven § 2-1 annet ledd. Etter denne bestemmelsen vil fagforeninger normalt kunne ha partsevne. Arbeidstvistlovens fagforeningsdefinisjon er imidlertid svært vid og omfatter også sammenslutninger som er relativt løst organisert. Minstekravet til organisering er ikke bestemt ut fra hensynet til å få partsevne etter de alminnelige prosessregler, men har ”*nær sammenheng med rettsvirkningene av de avtaler som en fagforening inngår, herunder spørsmålet om hvem som blir bundet*”, jf ARD 2011 s. 14.

Det stilles heller ikke krav til medlemstall eller at sammenslutningen skal ha noen bestemt varighet. Fagforeningsbegrepet omfatter også ”*tilfeldige sammenslutninger som skapes for en enkelt anledning og for å sette en enkelt sak gjennom*”, jf ARD 1953 s. 81.

Man må følgelig anta at mange sammenslutninger av arbeidstakere som vil utgjøre en fagforening innenfor arbeidstvistlovens system, vil kunne mangle partsevne etter tvistelovens definisjon. Departementets forslag innebærer etter vårt syn derfor en vesentlig *utvidelse* av kretsen av juridiske personer med partsevne uten at dette er gjort til gjenstand for nærmere konsekvensvurdering.

### **Prosessforutsetningene – søksmålgjenstand, søksmålssituasjon (aktualitetskravet) og partstilknytning**

Tvisteloven kodifiserte den rettspraksis som hadde utviklet seg over tid og som ga foreninger og stiftelser rett til å reise søksmål i eget navn, jfr §§ 1-3 og 1-4. Det ble i lovforarbeidene sagt at selv om adgangen nå ble lovfestet, så skulle ikke dette stenge for en videre utvikling av søksmålsadgangen gjennom rettspraksis. Bestemmelsene ble derfor formulert som en rettslig standard. På denne måten vil skjønsmessige avveininger i enkeltsaker kunne utmeisle og nyansere søksmålsbetingelsene i tråd med samfunnsutviklingen og den alminnelige rettsoppfatning. Tvistemålsutvalget og Justisdepartementet foretok et bevisst valg om å ikke presisere eller detaljere søksmålsadgangen.

I utredningen fra Advokatfirmaet Hjort er dette omtalt særskilt:

*”I vurderingen av om det skal innføres en særregulering eller presisering av fagforeningers adgang til å reise søksmål på vegne av arbeidstakere, bør det således ses hen til at det under arbeidet med tvisteloven ble vurdert om det var ønskelig med en presisering av søksmålsadgangen.”*

Departementet velger nå ved sitt forslag å etablere faste regler som bryter med Tvistemålsutvalgets forutsetninger om videreutvikling gjennom rettspraksis på et mer skjønsmessig grunnlag. Det er vanskelig å se begrunnelsen for hvorfor nettopp vikarinneleie skulle betinge en særskilt detaljert lovfesting av søksmålsadgangen. Man må anta at det finnes interesser og interessegrupper i samfunnet

som opplever et vel så stort behov for særregler. Ved å åpne for en regulering slik departementet tar til orde for, vil man kunne utløse et press på prosesslovgivningen fra mange hold.

Vi kommenterer i det følgende kort de enkelte søksmålsbetingelsene:

Kravet til **søksmålgjenstanden** innebærer slik departementet skriver, at søksmålet må gjelde en eller flere konkrete faktiske innleiesituasjoner. Det vil dermed alltid være slik at den innleide vil bli involvert i saken. I det minste vil bevisumiddelbarhetsprinsippet normalt kreve at den innleide blir innkalt som vitne. Belastningen med at innleieforholdet blir gjenstand for rettslig behandling blir dermed ikke vesensforskjellig fra om vedkommende selv var part og eventuelt fikk hjelp fra fagforeningen til å prosedere saken.

Kravet til **søksmålssituasjon** innebærer at det på alle trinn av saken må foreligge et reelt behov for å få kravet avgjort. På arbeidsrettens område er dette kravet vurdert noe mindre strengt enn på andre områder, og departementet viser selv til rettspraksis som gir uttrykk for dette.

Spekter er derfor overrasket over at det foreslås at aktualitetskravet i innleiesaker skal knyttes til selve søksmålstidspunktet og at det i motsetning til i dag ikke skal ta hensyn til sakens utvikling, f.eks om den innleide får fast stilling i innleievirksomheten underveis.

Det ville være helt urimelig om en saksøker som etter gjeldende tvistelov åpenbart har mistet sin rettslige interesse etter søksmålstidspunktet (selv med en lempligere vurdering innen arbeidsrettens område) fortsatt gis adgang til å få en avgjørelse i sin sak etter en ny særbestemmelse. Det er umulig å se begrunnelsen for at samfunnet skulle bruke domstolsressurser på denne måten.

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 ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde. I innleiesaker vil **partstilknytningsvilkåret** i mange tilfeller kunne være oppfylt etter dagens regler. Advokatfirmaet Hjort skriver at det *"normalt ikke vil være noe problem å fastslå at en fagforening er representativ for ivaretagelse av medlemmenes interesse i å unngå ulovlige innleiesituasjoner"*. Det må likevel antas at fagforeningens tilknytning til kravet svekkes når den innleide som saken omfatter ikke er medlem av den fagforening som tar ut søksmålet. Dette er ikke urimelig.

Departementet vil i sitt forslag sette til side partstilknytningskravet. En fagforening skal etter forslaget kunne reise sak helt uavhengig av om den innleide er medlem av vedkommende fagforening. Det skal altså åpnes for at det kan reises sak også der den innleide er medlem av en annen fagforening eller er uorganisert. Det skal videre være irrelevant om den innleide selv ikke vil at det reises sak og heller ikke ønsker fast ansettelse eller erstatning. Betegnelsen "representativt søksmål" er etter vårt syn en usedvanlig lite treffende betegnelse.

Spekter kan vanskelig se dette annerledes enn at hensynet til personvern og den negative organisasjonsfriheten settes til side. Som tidligere nevnt (og som også påpekt av Advokatfirmaet Hjort) vil det for den enkelte være lite belastningsmessig forskjell om den innleide selv er part eller om det formelt er en fagforening som er part i søksmålet.

I motsetning til ved gruppesøksmål, hvor det er anledning til å velge om man skal delta eller ikke, vil det i innleiesaken ikke være mulig for den enkelte å "melde seg ut" ("opt out"). Saken dreier seg

nettopp om den innleides konkrete og individuelle innleieforhold, og det må forventes at denne blir bedt om å bidra til sakens opplysning, fortrinnsvis som vitne.

På dette punkt bryter departementets forslag ikke bare med etablerte søksmålsbetingelser i tvistelovgivningen, men også med grunnleggende konvensjonshjemlede rettigheter.

Høyesterett har da også vist tilbakeholdenhet med å gi organisasjoner søksmålsrett der søksmålet gjelder interesser av mer personlig art. Departementet kan heller ikke vise til noen eksempler fra utenlandsk rett der fagforeninger er gitt en slik søksmålsadgang.

### **Avledede spørsmål**

Som en følge av at departementets forslag innebærer en ny søksmålskonstruksjon, reises det helt nye og til dels kompliserte spørsmål om rettskraft. Spekter tar ikke stilling til disse spørsmålene da de er såvidt nært avledet av hovedspørsmålet om søksmålsadgang. Det må likevel legges til grunn at det neppe kan være grunnlag for en fravikelse av de hovedprinsipper om rettskraft som gjelder i dag, dvs at rettskraftvirkningen inntreffer mellom partene i saken.

Spekter kan heller ikke støtte forslaget om avbrytelse av søksmålsfrist for det individuelle erstatningskravet. Det bærende prinsipp må være at det enkelte rettssubjekt avbryter sin egen søksmålsfrist.

### **FAGFORENINGERS ØVRIGE VIRKEMIDLER**

Fagforeninger har etter gjeldende rett en rekke prosessuelle virkemidler til disposisjon som også kan anvendes i innleiesituasjoner.

Foruten muligheten til å reise sak i eget navn etter reglene i tvisteloven §§1-3 og 1-4 som allerede er omtalt, finnes følgende virkemidler:

- Støtte enkeltindivider i individuelle søksmål, f.eks ved å dekke prosedyreutgifter eller stille med prosessfullmektig fra fagforeningen
- Erklære partshjelp
- Reise gruppesøksmål, en mulighet som ble etablert i den nye tvisteloven

Det vises for øvrig til grundig redegjørelse fra Advokatfirmaet Hjort når det gjelder representativt søksmål, partshjelp og gruppesøksmål. Vi kan ikke se noen legitime behov for å utvide disse virkemidlene med ytterligere alternativer.

Det bør også bemerkes at departementets forslag i realiteten vil innebære at fagforeninger gis en tilsynsoppgave. Det griper dessuten inn i de etablerte kollektivrettslige forhold og forrykker balansen mellom partene.

Endelig må det påpekes at en slik søksmålsadgang kan bidra til å begrense bruken av innleie og dermed utgjøre en restriksjon i strid med vikarbyrådirektivet.

## UTVIDET KOMPETANSE FOR ARBEIDSTILSYNET

Spekter kan ikke støtte forslaget om å utvide Arbeidstilsynets håndhevingskompetanse til å omfatte § 14-12 (2). En slik utvidet kompetanse vil tilsløre skillet mellom de offentligrettslige og privatrettslige regler. Arbeidstilsynets påleggskompetanse skal være avgrenset til de offentligrettslige forhold.

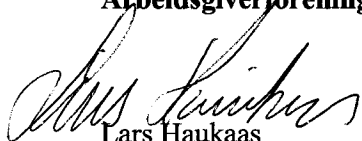
Reglene om midlertidig ansettelse og innleie er privatrettslige regler som skal håndheves av partene. I arbeidsmiljøloven er det etablert særskilte prosessregler som utfyller tvistelovens regler nettopp for dette formålet.

Departementet argumenterer med at det ved forslaget kun er de formelle sider ved innleieforholdet som blir gjenstand for håndheving, dvs tilsyn med at det foreligger avtaledokumenter.

Vi klarer ikke å følge departementets tankegang her. Hovedregelen i § 14-12 (1) er at innleie er lovlig i samme utstrekning som innleievirksomheten kunne foretatt midlertidige ansettelser. § 14-12 (2) er et unntak fra denne hovedregelen og gir adgang til innleie uavhengig av kravet i (1) dersom virksomheten er tariffbundet og har inngått særskilte avtale om innleie med de tillitsvalgte. For å vurdere om det er nødvendig med avtale etter (2), må det foretas en vurdering av om det er adgang til innleie etter (1). Hvis virksomheten lovlig kunne foretatt midlertidige ansettelser direkte, vil det ikke være behov for noen avtale med de tillitsvalgte.

Arbeidstilsynet har ikke kompetanse til å vurdere lovligheten av innleie etter § 14-12 (1) og vil følgelig ikke på selvstendig grunnlag kunne fastslå om virksomheten kan pålegges å fremlegge en avtale etter § 14-12 (2). De formelle og materielle bestemmelsene i (2) jf (1) står i så nær sammenheng at det ikke er mulig å foreta en slik sontring som departementet gjør.

Med vennlig hilsen  
**Arbeidsgiverforeningen Spekter**



Lars Haukaas  
Administrerende direktør