

# STEIN EVJU

Professor i arbeidsrett, Universitetet i Oslo  
Honorær professor, Aarhus Universitet, Juridisk Institut

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

*Privat:*  
Stertebakke 4 B  
3612 KONGSBERG

Besøksadresse: St. Olavs gate 23<sup>III</sup>

Arbeidsdepartementet  
Postboks 8019 Dep

Tlf.: 22 85 93 25 Tlf.: 32 98 52 99  
Fax: 22 85 97 20 Mobil: 909 82 695  
E-post: [stein.evju@jus.uio.no](mailto:stein.evju@jus.uio.no) E-post: [stein@evju.co](mailto:stein@evju.co)

0030 OSLO

7. februar 2013

Deres ref.: 12/3788

Min ref.: AD 12/002

## **HØRING OM TILTAK MOT ULOVLIG INNLEIE AV ARBEIDSKRAFT - SØKSMÅLSRETT FOR FAGFORENINGER OG UTVIDET KOMPETANSE FOR ARBEIDSTILSYNET**

Jeg har enkelte bemerkninger til høringsnotatet i saken.

Først en terminologisk kommentar: Departementet bruker uttrykket «representativ søksmålsadgang». Det er ikke særlig vellykket, forsiktig sagt. Termen «representativ/e» er et adjektiv; det står dermed til substantivet «søksmålsadgang». Sproglig blir uttrykket med andre ord «søksmålsadgang som er representativt [for et eller annet]». Nå er jo ikke meningen at søksmålsadgangen skal være representativ. Heller ikke et søksmål skal være representativt; dét må jo i så fall være representativt *for noe* – som altså er noe ganske annet enn «å representere noen». Hvis meningen er at det er tale om et søksmål av noen som representerer en annen, må man finne en annen betegnelse. «Representasjonssøksmål» – og eventuelt adgang til representasjonssøksmål – kan være et alternativ. Men når forslaget går ut på at en fagforening skal kunne reise søksmål i eget navn, uten å representere noen annen (annet enn indirekte gjennom rettskraftsvirkninger av en dom), blir også dette misvisende betegnelser. Da vil «fagforenings (håndhevelses)søksmål»/«søksmålsadgang for fagforeninger» være mer treffende.

Jeg er enig i at uttrykket «kollektiv søksmålsadgang/-rett» ikke er helt heldig. Selv om en «fagforening» er et kollektiv per definisjon, er det bedre å knytte en betegnelse til den enheten/juridiske personen som skal ha søksmålsrett. Når det er tale om søksmålsadgang for å kunne fremme krav «reist av en fagforening om én eller flere arbeidstakeres rettigheter, men hvor arbeidstakeren ikke selv er part» (høringsnotatet, s. 5), er det imidlertid heller ikke helt treffende med en betegnelse som den jeg har antydnet ovenfor, dvs. «representasjonssøksmål». Det kan jo da godt være slik at søksmålsadgangen ikke er betinget av at den eller de arbeidstagerne som søksmålet har en tilknytning til, ikke egentlig er representert av søkeren. Realiteten er i så fall at det er snakk om en form for fagforenings håndhevelses-søksmål i eget navn.

Jeg går ikke inn på høringsnotatets omtale av «gjeldende rett», men nevner at dommen i Rt. 2012.1702 har en side til de spørsmålene som behandles med referanse til tvisteloven.

Når det gjelder omtalen av søksmål etter arbeidstvistloven i avsnitt 2.1.4, er det grunn til noen bemerkninger. Omtalen er ytterst kursorisk og blir utilfredsstillende. Fastsettelses-søksmål er ikke begrenset til spørsmål om det «foreligger» tariffbrudd. Først og fremst kan det anlegges fastsettelsessøksmål om *forståelsen* av en tariffavtale/bestemmelse. Dette er jo det helt dominerende i Arbeidsrettens praksis. Slike søksmål kan også anlegges om *eksisten-sen* av en (handle)plikt. Det kan f.eks. være spørsmål om en plikt til å gjøre eller unnlate noe, til at det foreligger en betalings- eller erstatningsplikt, til å gjenoppta arbeid osv. Ikke minst er det en mangel at det ikke sies noe om at *fullbyrdelsessøksmål* kan anlegges/fullbyrdsdom avsies i saker om tariffavtalekrav. I slike saker kan det også fremmes krav om at en saksøkt oppfyller overfor berørte medlemmer eller utenforstående, som krav fra organisasjonen i eget navn. Underavsnitt 2.1.4.3 har liten grad av tydelighet. Det bør gjøres klarere at det kun er arbeidsavtalekrav for en person som er omfattet av en tariffavtale i et gjensidig tariffbundet arbeidsavtaleforhold, som kan gjøres gjeldende. Tariffpartens krav på oppfyllelse i eget navn, krav om fullbyrdsdom for erstatning til det enkelte medlem eller krav om fastsettelsesdom for betalings-/etterbetalingsplikt til vedkommende er imidlertid enklere og mer praktiske alternativer.

Omtalen av utenlandsk rett i avsnitt 2.1.5 omfatter ikke mer enn de land som er kort omtalt i den utredningen som departementet har fått utført av Advokatfirmaet Hjort DA. Omtalen er pinlig mangelfull. For min del ligger det nær først å nevne praksis fra ECSR, kontrollorganet for Den europeiske Sosialpakt. Som anbefaling – ikke et krav – under artikkel 1(2) har komitéen uttalt, bl.a. i Conclusions XVI-1/Conclusions 2003:

«The Committee considers that the following measures foster the full effectiveness of the efforts to combat discrimination according to Article 1§2 of the Charter:

- recognising the right of trade unions to take action in cases of discrimination in employment, including on behalf of individuals;
- ...»

Dette synspunktet har konkrete forbilder, særlig i belgisk og fransk rett. En enkel sammenfatning for fransk retts del finnes i ECSR Conclusions 2002, France:

«According to Article L122-45-1 of the Labour Code, applications to labour courts may be made, not only by the persons concerned, but also by representative trade unions. The latter may apply to the court on the person's behalf in respect of Article L122-45 of the Labour Code, provided that the person concerned has been given written notice of their intention to do so and has not objected. Associations registered for at least five years may take action in cases deriving from Article L122-45 provided that the person concerned has given his written agreement to do so. The person concerned can intervene in the proceedings.

Act No. 2001-1066 extends this prerogative to all cases of discrimination covered by Article L122-45 of the Labour Code. Provision is further made for this possibility to apply not only to employees already working in an enterprise, but also to job applicants. What is more, the system enabling staff representatives to report or refer to a labour court any infringement they detect of personal rights or of individual freedoms within the firm is to be extended to all discriminatory situations.»

Som det antydes i det jeg har sitert, har det funnet sted lovendringer etter dette. Jeg går imidlertid ikke inn på de enkelte bestemmelsene i Code du Travail; det vil føre for langt her.

Det er lignende bestemmelser i lovgivningen bl.a. i Belgia, Italia, Spania, Portugal, Polen, Litauen og Moldova. Også dette vil det føre for langt å gå inn på; jeg nøyer meg med å vise til ECSR Conclusions XVIII-1 (2006).

Felles for de bestemmelsene jeg nå har vist til, er at de angår håndhevelsen av vern mot diskriminering. Det er imidlertid bare dette, og kan bare være dette, som har vært tema for ECSRs kontroll etter ESP artikkel 1(2). Det er derfor fullt mulig at tilsvarende regler finnes for andre områder i et eller flere av disse landene. Tyskland er et eksempel på at det finnes regler på andre områder; jfr. henvisningen i høringsnotatet på s. 16 og den tilsvarende helt skissemessige omtalen i utredningen fra Advokatfirmaet Hjort DA s. 31.

Drøftelsen i høringsnotatets avsnitt 2.2 er sterkt bundet til «gjeldende rett» og problemstillinger knyttet til det bestående. Det er kanskje ikke heldig. Hvis man ønsker å innføre en adgang for fagforeninger, i en eller annen form, er det mer fruktbart å ta utgangspunkt i hvilke løsninger man mener er ønskelige, og utforme regler i samsvar med det. Det eksisterende kan ikke stenge for nyskapninger.

Til lovutkastets § 17-1(5):

(1) Jeg kan ikke se at det er sagt noe i høringsnotatets avsnitt 2.2.6 om det foreslåtte fagforeningsbegrepet. På s. 4 sies det derimot at det «er naturlig å ta utgangspunkt i adgangen for fagforeninger slik begrepet "fagforening" er definert i arbeidstvistloven § 1 c». Det vil innebære at flere organisasjonsledd vil ha søksmålsrett om samme tema. Fagforeningsbegrepet i arbeidstvistloven vil omfatte både en lokal forening («klubb», «avdeling» e.l.), vedkommende forbund og en overordnet fellesorganisasjon (LO, YS osv) hvis en slik finnes. Men begrepet omfatter også en helt uformell sammenslutning av arbeidstagere innad i virksomheten, det være seg organiserte i en fagforening eller uorganiserte. Dette er en utvilsom forståelse av uttrykket «enhver sammenslutning» i § 1 c. Hvis en slik formløs sammenslutning vil opptre i slike søksmål som utkastet gjelder, vil det heller ikke være tvilsomt at vilkåret «har til formål å vareta arbeidstakernes interesser» vil være oppfylt.

Det er kanhende oppfordring til å vurdere nærmere hvor og hvordan en søksmålsadgang skal plasseres, og da også forholdet mellom organisasjonsledd/-nivåer. Det er neppe heldig om flere fagforeninger i samme hierarki skal kunne reise selvstendige søksmål hver for seg. En annen problemstilling vil være forholdet mellom fagforeninger i ulike organisasjonshierarkier, såsom i LO, YS, andre fellesorganisasjoner eller frittstående forbund.

(2) Jeg er i tvil om formuleringen om «utvidet rettskraft» i utkastet foreslår det at vedkommende domstol «etter påstand [skal kunne] fastsette at en dom i saken også skal gjelde for en eller flere enkeltpersoner saken gjelder», er helt heldig. Hvis det først åpnes adgang til slike «fagforeningssøksmål», kan det ha gode grunner for seg at det mer eller mindre samme materielle spørsmålet skal være gjenstand for ny prøvelse i en senere individualrettslig sak. Som lovformulering vil det da kanhende være bedre å ta utgangspunkt i en slik uttrykksmåte som i arbeidstvistlovens § 34(2). Annet punktum i utkastets § 17-1(5) kan da lyde f.eks.:

«Hvis retten i sin domsslutning har fastslått at det foreligger ulovlig innleie, gjelder denne forståelsen også for de arbeidsforhold som omfattes av domsslutningen [eller: som domsslutningen bygger på].»

Det bør ikke være særlige innvendinger mot en slik rettskraftsregel. Gitt at saksøkeren, fagforeningen, ikke kan disponere over den enkeltes økonomiske krav, vil rettskraftsregelen først og fremst styrke individets rettslige og faktiske materielle posisjon. I prinsippet vil det også gjelde krav om ansettelse hos innleier. Men med utkastets § 17-1(5) og begrunnelsen for dette i høringsnotatet på s. 27 vil det ha liten, om noen betydning. Jeg har imidlertid ikke noe særskilt å innvende mot løsningen.

En annen type løsning kan være en tilsvarende som den som gjelder i fransk rett etter Article L122-45-1 Code du Travail. Jeg viser til det som er sitert foran på s. 2. Der er poenget at en søksmålsberettiget organisasjon kan opptre også på den enkelte arbeidstagers vegne – altså representerende – hvis «the person concerned has been given written notice of their intention to do so and has not objected». Når denne typen løsning ikke er drøftet, men nærmest forkastet uten videre i høringsnotatet på s. 26 (femte hele avsnitt), antar jeg at det har sammenheng med at man ikke har vært kjent med det som finnes av fremmed rett om slike spørsmål.

Til lovutkastets § 18-6(1)(1):

Jeg forstår premissene i høringsnotatet slik at Arbeidstilsynet (bare) skal kunne håndheve fravær av en avtale etter lovens § 14-12(2). Det kan synes tilforlatelig, som et rent formelt tema. Men her overses det nok at premisset for at en slik avtale skal være nødvendig, er at det ikke foreligger adgang til midlertidig ansettelse (jfr. § 14-12(1)). Dette er et ganske annet og mer komplisert spørsmål. Som departementet selv har sagt det i høringsnotatet, er disse bestemmelsene «i utgangspunktet lite egnet for offentlig håndheving, blant annet på grunn av reglens skjønnsmessige karakter og juridiske art» (s. 29). For at håndhevelse fra Arbeidstilsynets side, med adgang til også i pålegg, skal være «kurant», må det på ett eller annet vis først være fastslått at det ikke var adgang til midlertidige ansettelser.

Jeg savner en drøftelse av denne problemstillingen. Det vil være uheldig om det lovfestes en slik bestemmelse som utkastets uten at spørsmålet har fått en adekvat løsning.

Jeg føyer til at jeg formoder at det med uttrykket «juridiske art» er ment å referere til at det i utgangspunktet er snakk om privatrettslige regler. Da vil det som sies, være i tråd med den alminnelige tilnærmingen i lovens forøvrig. I motsatt fall blir uttalelsen en smule selsom.

Med vennlig hilsen

Stein Evju (s.)