

Arbeidsdepartementet
Postboks 8019 Dep.
0030 OSLO

Deres ref: 12/3788-

Oslo, 06.02.2013
Vår ref: Stian Sigurdson/ 13-3411

HØRINGSSVAR - TILTAK MOT ULOVLIG INNLEIE AV ARBEIDSKRAFT - SØKSMÅLSRETT FOR FAGFORENINGER OG UTVIDET KOMPETANSE FOR ARBEIDSTILSYNET

Hovedorganisasjonen Virke viser til høringsbrev og [høringsnotat](#) om tiltak mot ulovlig innleie av arbeidskraft. Virke støtter ikke departementets forslag og har følgende hovedsynspunkter:

- Søksmålsretten er en uakseptabel utvidelse av den såkalte tiltakspakken knyttet til vikarbyrådirektivet
- Søksmålsretten bryter mot prinsippet om negativ organisasjonsfrihet og grunnleggende prinsipper i prosessretten
- Behovet for søksmålsrett er ikke dokumentert
- Søksmålsretten medfører en ubalanse mellom arbeidslivets parter
- Forslaget om utvidet kompetanse for Arbeidstilsynet vil skape usikkerhet om rettstilstanden når det gjelder vilkårene for å bruke innleie

1. Høringsfristen er for kort

Virke reagerer på at departementet i denne prinsipielt viktige høringssaken fraviker [utredningsinstruksens](#) hovedregel om tre måneders høringsfrist. Tilsvarende kort høringsfrist er gitt i høringen om tiltak mot ufrivillig deltid. Så korte høringsfrister som det er gitt i disse sakene skaper store utfordringer med det interne arbeidet, ikke minst med å få høringssvarene forankret i organisasjonen.

Virke kan ikke se at vilkårene for å fravike hovedregelen i utredningsinstruksens pkt 5.4 er oppfylt. Tvert i mot er dette en sak av en slik karakter at det er nødvendig med en ordinær høringsfrist, blant annet fordi forslagene omfatter bestemmelser som bryter med de etablerte grunnprinsippene i prosessretten.

En så kort høringsfrist synes enda mer unødvendig og underlig sett i lys av at søksmålsretten er ment å bidra til en effektiv håndheving av likebehandlingsprinsippet i vikarbyrådirektivet. Likebehandlingsprinsippet er lovfestet i § 14-12a og har i skrivende stund kun virket i seks uker. Det er Virkes klare oppfatning at man burde avventet en høring om et

Hovedorganisasjonen Virke

Besøksadresse:
Henrik Ibsens gate 90
NO 0255 Oslo
Postadresse:
P.O. Box 2900 Solli
NO-0230 Oslo
Tel +47 22 54 17 00
Fax +47 22 56 17 00
E-post
info@virke.no
Bankgiro
6030.05.18543
Org nr.
970 134 646 MVA

www.virke.no

såpass inngripende og kontroversielt tiltak som kollektiv søksmålsrett, til det foreligger mer dokumentasjon på hvilken effekt likebehandlingsprinsippet faktisk har.

2. Kollektiv søksmålsrett for fagforeninger

2.1 Forslaget innebærer et brudd med det etablerte prinsippet om søksmålsbetingelser

Departementets forslag om kollektiv søksmålsrett for fagforeninger bryter klart med prinsippet om søksmålsbetingelser, slik de fremgår av tvisteloven.

Tvistemålsutvalget vurderte behovet for endringer i reglene om søksmålsbetingelser, men kom til at reglene burde videreføres. Tvistemålsutvalget gjennomførte en svært grundig evaluering av reglene, og Virke kan ikke se at departementet i høringsnotatet har dokumentert tungveiende hensyn som tilsier at Tvistemålsutvalgets konklusjoner skal settes til side.

Virke støtter derfor ikke departementets forslag og dette utdypes i det videre.

2.2 Forslaget innebærer en ytterligere styrking av vikarbyrådirektivets tiltakspakke

Forslaget om kollektiv søksmålsrett for fagforeninger må ses i sammenheng med implementeringen av vikarbyrådirektivet, og innebærer en ytterligere styrking av den såkalte tiltakspakken, som er lovfestet i arbeidsmiljøloven §§ 14-12b og 14-12c.

I høringsrunden på nevnte tiltak uttalte Virke følgende:

"[Høringsnotatet] inneholder en omfattende tiltakspakke for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterleves. Virke mener for det første at tiltakspakken i sum er så omfattende at den må betegnes som en ulovlig restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 36. For det andre mener Virke at også enkeltelementer i tiltakspakken isolert sett vil være i strid med EØS-avtalen/EMK, dette gjelder særlig solidaransvar og innsynsrett."

Sett i sammenheng med disse uttalelsene, er det uaktuelt for Virke å støtte departementets forslag, som i realiteten utvider tiltakspakken.

2.3 Departementets bruk av utredningen fra advokatfirmaet Hjort

Høringsnotatet bygger i betydelige grad på "Utredning til Arbeidsdepartementet om adgang for fagforeninger til å fremme representative søksmål på vegne av medlemmene (kollektiv søksmålsadgang)", som er utarbeidet av Advokatfirmaet Hjort.

Virke mener det er god forvaltningsskikk å gjøre denne typen utredninger tilgjengelige for høringsinstansene. I denne saken er det særlig viktig fordi utredningen har en annen konklusjon enn departementet i spørsmålet om det skal lovfestes en kollektiv søksmålsrett for fagforeninger.

Departementet uttaler følgende:

"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."

Advokatfirmaet Hjort konkluderer stikk motsatt:

"Etter vår oppfatning taler gode grunner mot å utvide søksmålsadgangen for fagforeninger i denne typen 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 saken."

Virke støtter fullt ut det syn som her fremsettes.

I en så prinsipielt viktig sak som denne bør man kunne forvente at departementet synliggjør de ulike konklusjonene og begrunner hvorfor innvendingene fra Advokatfirmaet Hjort ikke tillegges vekt.

2.4 Forslaget bryter med den negative organisasjonsfriheten

I høringsnotatet side 23-24 skriver departementet – med positivt fortegn – at i *"saker der den innleide selv ikke ønsker belastningen med å gå til sak, vil man likevel kunne få spørsmålet opp for domstolene"*. (vår understrekning)

Her setter departementet selv fingeren på et vesentlig problem med forslaget; fagforeninger kan ta eierskap over innleides tvister uten dennes samtykke og mot den innleides egne ønsker. Kravet til søksmålgjenstanden innebærer at søksmålet må gjelde en eller flere konkrete innleiesituasjoner. Resultatet er at ansatte fort kan bli dratt i en langvarig rettsprosess, mot deres egen vilje, med de belastninger det vil medføre. For eksempel, som det fremgår av utredningen fra Advokatfirmaet Hjort, *"vil den enkelte arbeidstakers forklaring være nødvendig for å opplyse saken"* – m.a.o. vil den ansatte måtte vitne i retten.

Enda mer betenkelig blir dette når departementet på side 26 vurderer *"en regel om at retten – etter påstand – kan fastsette at dommen skal være rettskraftig for en eller flere arbeidstakere saken gjelder"*. Virke mener det er en helt grunnleggende rettssikkerhetsgaranti at enhver med rettslig handleevne skal unngå å bli bundet av rettsavgjørelser en ikke selv har hatt med å gjøre, verken som saksøkt eller saksøker.

Dette har en problematisk side mot prinsippet om organisasjonsfrihet i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 11. Til tross for at ordlyden i artikkel 11 kun fastslår en positiv rett til å organisere seg, er bestemmelsen i praksis forstått slik at den også garanterer det motsatte, en frihet fra organisasjonstvang (negativ organisasjonsfrihet). I Rt.2008.1601 beskriver Høyesterett den negative organisasjonsfriheten som:

"[...] en rett til å være uorganisert, og, dersom man ønsker å organisere seg, å velge hvilken forening man vil tilhøre".

Spørsmålet om kollektiv søksmålsrett for fagforeninger er verken i høringsnotatet eller i utredningen fra Advokatfirmaet Hjort vurdert opp mot den negative organisasjonsfriheten. Selv om forslaget om kollektiv søksmålsrett for fagforeninger ikke innebærer at innleide

arbeidstakere påtvinges medlemskap i en fagforening, vil muligheten til å anlegge søksmål mot den ansattes vilje sette den negative organisasjonsfriheten under press.

Virkes vurdering er at departementets forslag etter all sannsynlighet vil være i strid med prinsippet om organisasjonsfrihet. Dette fordi forslaget ikke oppfyller de kumulative vilkårene i EMK artikkel 11 om at inngrepet må være i samsvar med lov, ivareta nærmere oppregnede (legitime) formål og være nødvendig i et demokratisk samfunn.

2.5 Kollektiv søksmålsrett for fagforeninger er ikke nødvendig – behovet er ikke dokumentert

Etter gjeldende rett har fagforeninger en rekke prosessuelle virkemidler som kan brukes i innleiesituasjoner. Fagforeningene kan for eksempel reise sak i eget navn, de kan støtte enkeltindivider i individuelle søksmål, de kan erklære partshjelp og de kan reise gruppesøksmål. For å sitere departementet:

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

Virke mener fagforeningene gjennom disse mulighetene har tilstrekkelige virkemidler til å ivareta egne og medlemmers interesser. Fagforeningen bruker imidlertid ikke disse virkemidlene fullt ut, noe også departementet slår fast i høringsnotatet side 5. Fagforeningene må i større grad bør prøve ut den adgangen som allerede foreligger før de krever nye tiltak.

Virke mener derfor at en påstand om *prosessuelle begrensninger* i dagens regelverk ikke kan brukes som et argument for at en kollektiv søksmålsrett for fagforeninger er nødvendig, jf. omtalen av EMK artikkel 11 ovenfor.

Virke kan heller ikke se at det foreligger dokumentasjon på at brudd på innleiereglene er av et slikt *omfang* at ytterligere tiltak må vurderes. Betegnende i denne sammenheng er departementets uttalelser i høringsnotatet side 3:

”Basert på de signalene departementet får, er det grunn til å tro at ulovlig innleie forekommer langt hyppigere enn hva antallet saker om slike forhold for domstolene skulle tilsi.” (våre understrekninger)

I tillegg er det grunn til å nevne at ingen av de andre landene som er omtalt i høringsnotatet (Sverige, Danmark og Tyskland) har funnet det nødvendig/ønskelig å gi fagforeninger kollektiv søksmålsrett.

2.6 U hensiktsmessig bruk av domstolenes ressurser

Etter gjeldende rett er foreningers, herunder fagforeningers, partsevne regulert i tvisteloven § 2-1 annet ledd. I arbeidstvistloven § 1 bokstav c defineres fagforeninger som:

”enhver sammenslutning av arbeidstakere eller av arbeidstakeres foreninger som har til formål å vareta arbeidstakernes interesser overfor deres arbeidsgivere.”

Det er lite tvilsomt at mange sammenslutninger av arbeidstakere som vil utgjøre en fagforening etter arbeidstvistlovens definisjon, ikke nødvendigvis oppfyller tvistelovens vilkår for partsevne. Spørsmålet om hvem som har partsevne må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

Slik Virke forstår departementets forslag vil det nå settes likhetstegn mellom fagforening og partsevne. Dette innebærer at det i realiteten er arbeidstvistloven som bestemmer hvem som skal kunne gå til kollektivt søksmål. Dette vil igjen føre til at den individuelle vurderingen fjernes og at kretsen av juridiske personer med partsevne utvides. Dette vil etter Virkes vurdering kunne medføre en lite hensiktsmessig bruk av domstolenes ressurser.

Faren for misbruk av domstolenes ressurser forsterkes av departementets forslag om at aktualitetskravet i innleiesaker skal knyttes til selve søksmålstidspunktet. Ved å knytte aktualitetskravet til søksmålstidspunktet skal det ikke tas hensyn til sakens utvikling – dvs. om feil blir rettet opp, for eksempel om den innleide får fast stilling i innleievirksomheten før saken realitetsbehandles. I utredningen fra Advokatfirmaet Hjort (s.25-26) fremgår det relativt klart at dette vurderes som en lite hensiktsmessig bruk av domstolenes ressurser.

2.7 Privatisering av tilsyn

Forslaget om å endre aktualitetskravet gjør det også nærliggende å stille spørsmål om hva som er hovedbegrunnelsen for å innføre en kollektiv søksmålsrett for fagforeninger: å tilrettelegge for at fagforeninger kan føre en form for privatisert tilsyn, eller å styrke innleides rettsstilling? Hensynet til den innleide svekkes i alle fall av utredningens konklusjon om at belastningen for den enkelte arbeidstaker ikke vil reduseres nevneverdig ved at det er en fagforening som formelt er part i saken, og det faktum at en arbeidstaker kan trekkes inn i en rettsprosess mot sin vilje.

I praksis innebærer forslaget at fagforeninger tillegges en tilsynsoppgave ved saklig uenighet om innleie. Balansen mellom partene i arbeidslivet forrykkes ved at den ene side gis et særlig middel som kan benyttes i interessekonflikter.

Det er heller ingen hemmelighet at arbeidstakersiden ønsker en begrensning i inn- og utleie av arbeidskraft – også en innstramning av gjeldende regelverk. Dette lovforslaget er da også en direkte konsekvens at krav fremsatt fra LO, ref sitatene fra LOs tidligere høringsvar inntatt i utredningen fra Advokatfirmaet Hjort på s. 5-6. Konsekvensen av lovforslaget er at domstolene gjøres til arena for politiske synspunkter om regelendringer på et område med klare skillelinjer i arbeidslivspolitikken, og på bekostning av dialog mellom partene samt den enkelte innleide. Virke kan ikke støtte et slikt forslag.

2.8 Ulovlig innleie er ikke et problem på tjenestemannslovens virkeområde?

I utredningen fra Advokatfirmaet Hjort på s. 8 kommenteres det forhold at tjenestemannslovens bestemmelser om innleie ikke behandles i utredningen da dette ligger utenfor mandatet til Advokatfirmaet Hjort. De uttaler:

”Vi vil derfor ikke berøre dette temaet i utredningen, men tillater oss å nevne at en eventuell innføring av kollektiv søksmålsadgang også må omfatte brudd på tjenestemannsloven. Det er ikke lett å se saklig grunn for en forskjellsbehandling på dette punkt.”

Virke konstaterer at departementets foreslåtte lovendringer ikke er vurdert opp mot brudd på tjenestemannslovens regler om innleie. Slik vi ser det, er dette nok et eksempel på usaklig og uakseptabel forskjellsbehandling mellom arbeidstakere i privat og statlig sektor.

3. Utvidet kompetanse for Arbeidstilsynet

I virksomhet som er bundet av tariffavtale kan arbeidsgiver og tillitsvalgte inngå skriftlig avtale om tidsbegrenset innleie uten hinder av begrensningene i § 14-12 første ledd (vilkår for innleie). Denne adgangen følger av § 14-12 andre ledd.

Arbeidstilsynet har ikke kompetanse til å vurdere om vilkårene for innleie etter § 14-12 første ledd foreligger. Departementet foreslår imidlertid at Arbeidstilsynet skal gis kompetanse til å kreve dokumentasjon at arbeidsgiver 1) dokumenterer at det foreligger tariffavtale, og 2) dokumentere at det er inngått en skriftlig avtale mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte om å fravike begrensningene i § 14-12 første ledd.

Problemet er imidlertid at Arbeidstilsynet ikke har kompetanse til å vurdere om det er behov for slik avtale som beskrevet i § 14-12 annet ledd. Da synes det lite hensiktsmessig at Arbeidstilsynet kan kreve å få fremlagt en slik avtale. Hvis arbeidsgiver hevder at innleien ligger innenfor lovens rammer, og at det derfor ikke er behov for slik avtale, må Arbeidstilsynet akseptere dette.

Virke er bekymret for at arbeidsgivere gjennom forslaget blir forvirret til å tro at det i ethvert tilfelle av innleie er nødvendig med avtale som beskrevet i § 14-12 annet ledd.

Av hensyn til brukervennlighet og faren for å skape en usikker rettsstilstand går Virke i mot forslaget.

Vennlig hilsen

Hovedorganisasjonen Virke

Inger Lise Blyverket (sign.)
Leder Arbeidslivspolitik

Stian Sigurdson (sign.)
Seniorrådgiver