



Arbeids- og sosialdepartementet

Sendt elektronisk

Deres ref.: 19/1794-  
Vår ref.: 289315

Dato: 16. september 2019

## **Høring - Endringer i arbeidsmiljøloven mv.**

### **1 INNLEDNING**

Vi viser til departementets høringsbrev av 6.6.2019 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. Lovutvalget består av advokatene Tarjei Thorkildsen (leder), Oddvar Lindbekk, Monica Furustøl, Martin Staxrud Jetlund, Simen Lium og Kristin Fjellby Grung. Advokat Rajvinder Bains bistår utvalget som sekretær.

### **2 SAKENS BAKGRUNN**

Vilkårene for innleie av arbeidskraft ble med virkning fra 1. januar 2019 strammet inn. Forslaget om innstramming ble fremmet av departementet i Prop. 73 L (2017-2018), og hadde sin bakgrunn i en langvarig debatt om innleie, særlig innen byggebransjen. I lovproposisjonen ble det varslet at

departementet ville igangsette arbeid med å se nærmere på håndhevingen av innleiereglene, siden det fra både arbeidstaker- og arbeidsgiversiden ble påpekt at det forekommer en god del ulovlig innleie.

Den varslede gjennomgåelsen i Prop. 73 L (2017-2018) Arbeids- og Sosialdepartementets er nå fulgt opp ved høringsnotat av 6. juni 2019 med forslag til endringer i arbeidsmiljøloven om styrket håndheving av innleie- og likebehandlingsreglene.

Forslagene i høringsnotatet tar i hovedsak sikte på å styrke etterlevelsen av reglene ved å gi Arbeidstilsynet kompetanse til å føre tilsyn med vilkårene for innleie og kravet til likebehandling, samt mulighet til å legge reaksjoner ved brudd på regelverket. Endringen vil innebære at reglene – i tillegg til å være underlagt privatrettslig håndheving – vil være underlagt offentligrettslig håndheving.

Den foreslåtte tilsynskompetansen omfatter kun vilkårene for innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie (bemanningsforetak), jf. aml. § 14-12, og reglene om likebehandling av lønns- og arbeidsvilkår ved innleie fra bemanningsforetak, jf. aml. § 14-12 a – § 14-12 c. Således skal ikke reglene om innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie (produksjonsbedrift) omfattes av Arbeidstilsynets tilsynskompetanse.

Det foreslås ingen nye materielle krav og dermed ingen nye plikter for partene.

Forslaget innebærer at Arbeidstilsynet skal ha tilsynskompetanse med regler som innebærer meget vanskelige og skjønsmessige rettslige vurderinger. Departementet er inne på dette i høringsnotatet, men Advokatforeningen finner det nødvendig å peke på rekkevidden av dette.

For det første er det en vanskelig rettslig vurdering å avgjøre om det foreligger innleie eller entreprise. Utleie av arbeidskraft er ikke definert i arbeidsmiljøloven, og som departementet nevner er blant annet momentene i Blaalid-utvalget (NOU 1998: 15) i stor grad fulgt opp i forarbeider og rettspraksis. Det er likevel et omfattende, komplekst og lite tilgjengelig rettskildemateriale. Blant annet er også forarbeidene til endringen i sysselsettingsloven i 1971, Ot.prp. nr. 53 (1970-1971), og innstillingen fra Tjenestemannsutvalget som ble vist til der, fremdeles relevante rettskilder.

Dersom det først er snakk om utleie av arbeidskraft, er det for det andre en vanskelig rettslig vurdering å avgjøre om det er utleie fra bemanningsforetak eller produksjonsbedrift, altså skillet mellom arbeidsmiljøloven §§ 14-12 og 14-13. Her er det viktig å poengtere at de to vilkårene i § 14-13, «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» er minstevilkår. Det vil si at det i tillegg skal gjøres en skjønsmessig helhetsvurdering av om virksomheten likevel skal anses å ha til formål å drive utleie, jf. Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.4.2. Et eksempel som nevnes i de samme forarbeidene er at en databedrift som permanent leier ut 30 % av sine edb-tilsatte vil kunne anses for å drive utleie fra bemanningsforetak, til tross for at utleie skjer innenfor det som utgjør virksomhetens hovedbeskjeftigelse og utleien har et begrenset omfang. Ordlyden i loven danner dermed bare utgangspunktet for vurderingen. At dette skillet mellom bemanningsforetak og produksjonsbedrift er en vanskelig rettslig vurdering fremgår også av rettspraksis, jf. eksempelvis Rt. 2013 s. 1730 (YIT-dommen).

På denne bakgrunn vil forslaget stille svært høye krav til Arbeidstilsynets kompetanse, hvor Advokatforeningen ser både kvalitative og kvantitative utfordringer.

Rent lovteknisk foreslås en endring i aml. § 18-6 første ledd slik at Arbeidstilsynet får kompetanse til å gi «de pålegg og treffe de enkeltvedtak ellers som er nødvendig for gjennomføring av bestemmelsene», jf. aml. § 14-12 første til tredje ledd om innleie fra bemanningsforetak, samt likebehandlingsreglene, jf. aml. § 14-12 A.

Den myndighet som foreslås tildelt Arbeidstilsynet, vil tilligge Petroleurstilsynet og Luftfartstilsynet innen deres respektive tilsynsområder.

I tillegg foreslår departementet en endring i arbeidsmarkedsloven. Lovens § 27 første ledd nr. 2 inneholder et forbud mot utleie av arbeidstaker til tidligere arbeidsgiver før det har gått seks måneder siden vedkommende sluttet hos denne. Bestemmelsen har som formål å motvirke at bemanningsforetak rekrutterer arbeidstakere fra ordinære virksomheter for så å leie dem ut igjen til samme virksomhet til økte omkostninger. I høringsnotatet reises det spørsmål ved behovet for denne bestemmelsen, og den foreslås i utgangspunktet opphevet.

### **3 KOMMENTAR TIL DE ENKELTE FORSLAGENE**

#### **3.1 Pkt. 6. DEPARTEMENTETS FORSLAG TIL OFFENTLIG KONTROLL MED INNLEIEREGLENE OG LIKEBEHANDLINGSREGLENE**

##### *3.1.1 Pkt. 6.1 AVGRENSNING AV TILSYNSKOMPETANSEN*

###### Pkt. 6.1.1 GENERELT

Departementet foreslår et offentlig tilsyn med innleiereglene som avgrenses mot rettsspørsmål knyttet til partenes innbyrdes kontraktsforhold, slik som spørsmål om innleid arbeidstakers rett til fast ansettelse og/eller erstatning etter § 14-14. Slike forhold er tradisjonelt privatrettslige forhold som departementet mener bør forbli privatrettslige. Avgrensningen forankres i departementets formål med tilsynsordningen, som er kontroll med regler som tjener det samfunnsmessige behov, ut over den enkelte arbeidstakers rettskrav.

Både hensynet til skillet mellom privatrettslig og offentligrettslig håndheving og ressurs hensyn taler for en avgrensning mot det innbyrdes kontraktsforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Dersom forslaget fremmes, støtter Advokatforeningen derfor at tilsynskompetansen avgrenses til å følge opp de samfunnsmessige interesser i reglenes overholdelse.

Advokatforeningen er videre enig med departementet i at offentlig tilsyn med innleiereglene vil kunne gjøre den enkelte arbeidstaker mer bevisst på uriktige forhold samt senke terskelen for privatrettslig reaksjon.

Synspunktet om å avgrense tilsynskompetansen kan, etter Advokatforeningens vurdering, også begrunnes i at kontroll av rettsspørsmål knyttet til det innbyrdes forholdet mellom partene i kontraktsforholdet vil medføre en helt ny form for myndighet for Arbeidstilsynet. Etter Advokatforeningens syn er det viktig at Arbeidstilsynet opprettholder sin integritet og nøytralitet. Denne posisjon kan svekkes dersom Arbeidstilsynets rolle skulle dreies mot ivaretagelse av partsinteresser.

Departementet har vurdert lovforslaget opp mot Arbeidstilsynets ressurs- og kompetansesituasjon og legger i høringsnotatet punkt 5.3 til grunn at Arbeidstilsynet kjenner arbeidslivet godt og har erfaring med å gjøre skjønnsmessige vurderinger, eksempelvis i forbindelse med særlig uavhengig eller ledende stilling, grensen mellom arbeidstaker og oppdragstaker, og arbeidsgiveransvar. Gitt et tilstrekkelig godt faktagrunnlag er det derfor departementets vurdering at Arbeidstilsynet vil ha kompetanse til slike skjønnsmessige vurderinger som lovforslaget vil medføre.

Departementet ser også at behovet for innhenting av fakta sett opp mot hensynet til effektiv ressursbruk i forvaltningen, kan være en utfordring og peker på at det vil kunne være behov for organisatoriske grep hos tilsynsmyndigheten for å sikre god oppfølging av det nye tilsynsansvaret. Etter departementets vurdering er de samfunnsmessige gevinstene med å sikre etterlevelse av regelverket imidlertid så viktige at det bør foreslås økt håndhevingsmyndighet på området. Departementet viser her til at virksomhetene, uavhengig av tilsyn og oppfølging, allerede har en selvstendig plikt til aktivt å vurdere om vilkårene for innleie og likebehandlingsreglene er oppfylt. Informasjonen som tilsynsmyndigheten vil etterspørre skal dermed allerede finnes både i bemanningsforetaket og i innleievirksomheten.

Advokatforeningen vil her peke på at Arbeidstilsynets saksbehandling under tilsyn kun er regulert av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Prinsippene er svært generelle, og gir begrenset veiledning for gjennomføring av tilsyn og undersøkelser. Blant annet er det ikke gitt regler for sikring av notoritet og kontradiksjon ved gjennomføring av intervju med ansatte eller annen innhenting av opplysninger fra virksomhetene. Dette i motsetning til enkelte andre tilsyn, eksempelvis Konkurransetilsynet, hvor det i Konkurranseloven og tilhørende forskrifter er gitt en rekke spesifikke saksbehandlingsregler som skal ivareta grunnleggende rettigheter og sikre sakens rette opplysning.

De siste årene er det flere ganger påpekt av ulike instanser at det er behov for en enhetlig metodisk tilnærming ved gjennomføring av tilsyn. Arbeidstilsynet har derfor gjennomført en evaluering av egen virksomhet i årene 2015-2017. Resultatet av evalueringen ble lagt frem i oktober 2017, jf. AFI Rapport 06:2017. Her påpekes blant annet behovet for utvikling av ny metodikk. Dette arbeidet synes ikke slutført, og det er ikke kommet til lovgivning som utdypet Arbeidstilsynets saksbehandlingsregler i disse sakene.

I mangel av felles retningslinjer for saksbehandlingen vil Arbeidstilsynets praksis knyttet til opplysning av saken og kontradiksjon kunne variere. Ettersom tilsynets varsel om pålegg er offentlig og kan gjengis av media, vil allerede et slikt varsel kunne ha omdømmekonsekvenser for virksomhetene. Advokatforeningen understreker at metodikk er en sentral rettssikkerhetsdimensjon som må være avklart og kjent blant aktørene. Av den grunn er det etter Advokatforeningens syn nødvendig å se nærmere på hvordan grunnleggende prinsipper for saksbehandlingen kan sikres ivaretatt når det nå vurderes å utvide Arbeidstilsynets kompetanse til områder som gir behov for innhenting av et omfattende faktum, og som reiser kompliserte spørsmål og nødvendiggjør skjønnsmessige rettslige vurderinger.

#### Pkt. 6.1.2 REGLENE OM VILKÅR FOR INNLEIE

Departementet drøfter om Arbeidstilsynet bør ha kompetanse til å håndheve reglene ved innleie etter kriteriene for midlertid ansettelse, jf. § 14-12 første ledd, ettersom vilkårene er mer skjønnspregede enn etter regelen om innleie basert på avtale med tillitsvalgte i § 14-12 andre ledd. Tilsyn med § 14-12 første ledd vil dermed være mer ressurskrevende når det kommer til dokumentasjonsinnhenting og skjønnsmessige vurderinger. Departementet konkluderer med at Arbeidstilsynet må gis myndighet til å undersøke og kontrollere at lovens krav i både § 14-12 første og andre ledd, overholdes.

Slik Advokatforeningen forstår høringsnotatet, er selve begrunnelsen for forslagene hovedsakelig knyttet til utfordringer i bygge- og anleggsnæringen og praktiseringen av § 14-12 andre ledd. Det å inkludere § 14-12 første ledd er en vesentlig utvidelse av Arbeidstilsynets tilsynskompetanse. Argumentene som er fremhevet i høringsnotatet er at bestemmelsene henger nært sammen og at det er en fare for omgåelser. Advokatforeningen vil her peke på behovet for en forsiktig tilnærming til å utvide tilsynskompetansen vesentlig, når begrunnelsen fremstår mer snever, og reglene uansett er underlagt privatrettslig håndheving.

Arbeidstilsynet har allerede kompetanse til å føre tilsyn med bestemmelsen om drøftingsplikt i § 14-12 tredje ledd, og det er etter departementets vurdering ikke aktuelt å gi Arbeidstilsynet kompetanse til å føre tilsyn med § 14-12 fjerde ledd som regulerer innleide arbeidstakeres rett til fast ansettelse etter tre eller fire år. Det er videre departementets vurdering at Arbeidstilsynet ikke bør gis vedtakskompetanse om at arbeidstaker er fast ansatt hos innleier. Dette innebærer at Arbeidstilsynet etter departementets vurdering ikke bør ha tilsynskompetanse til å håndheve § 14-14. Advokatforeningen er enig i dette standpunktet ut fra de forhold som det er redegjort for under avsnitt ovenfor.

#### Pkt. 6.1.3 LIKEBEHANDLINGSREGLENE

Departementet foreslår at Arbeidstilsynet kun skal ha tilsynsmyndighet med reglene om likebehandling av lønns- og arbeidsvilkår ved innleie fra bemanningsforetak i arbeidsmiljøloven § 14-12 a første ledd. Det foreslås her en kompetanse tilsvarende den Arbeidstilsynet har etter forskrifter om allmenngjøring av tariffavtaler, jf. allmenngjøringsloven § 11.

§ 14-12 a første ledd bokstav f gir opphav til skjønnsmessige rettslige vurderinger. I den sammenheng kan det blant annet pekes på rettspraksis knyttet til lønnsbegrepet og vurderingen av selskapsbonus, jf. for eksempel nylig avsagt dom av Gulating lagmannsrett om dette 27. juni 2019 (LG-2018-162565).

Håndheving av § 14-12 a første ledd vil også kunne innebære tolkning av tariffavtaler som gjelder hos innleier, i vurderingen av om likebehandlingskravet er oppfylt. I punkt 6.1.3 i høringsnotatet, uttaler departementet at det verken er «ønskelig eller hensiktsmessig» at Arbeidstilsynet kan bli nødt til å tolke tariffavtaler. Ut fra dette resonnementet er det da også utfordringer med å gi Arbeidstilsynet tilsynskompetanse etter § 14-12 a første ledd.

Advokatforeningen har ikke innvendinger til departementets forslag om at tilsynskompetansen med likebehandlingsreglene eventuelt avgrenses mot § 14-12 a andre og tredje ledd. Kravet i andre ledd gjelder innleides adgang til innleievirksomhetens felles goder og tjenester eller felles fasiliteter og retter seg mot innleier. Selv om kravet utvilsomt er en del av likebehandlingsprinsippet, anser Advokatforeningen det mest konsistent med de øvrige forslag om tilsynskompetansen med likebehandlingsreglene avgrenses mot § 14-12 a andre og tredje ledd.

Advokatforeningen er videre enig i at Arbeidstilsynet ikke bør ha tilsynskompetanse med lønns- og arbeidsvilkår i henhold til tariffavtale som, med grunnlag i forskrift fastsatt med hjemmel i § 14-12 a tredje ledd, trer i stedet for lovkravene om likebehandling. En slik kompetanse ville innebære at Arbeidstilsynet blir nødt til å tolke tariffavtaler. Dette er, som nevnt, ikke ønskelig eller hensiktsmessig.

## **3.2 Pkt. 6.2 GJENNOMFØRING AV KONTROLL – OPPLYSNINGER**

### Pkt. 6.2.1 GENERELT

I tråd med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper skal Arbeidstilsynet sørge for at en sak er så godt opplyst som mulig, jf. forvaltningsloven § 17. Arbeidstilsynet har i aml. § 18-5, første ledd hjemmel til å kreve at «enhver som er underlagt tilsyn» fremlegger opplysninger som anses nødvendig for tilsynet uten hinder av eventuell taushetsplikt. I forbindelse med tilsyn med vilkårene for innleie og likebehandlingsreglene vil det kunne være nødvendig og hensiktsmessig å be om opplysninger fra andre enn den virksomhet det føres tilsyn med, typisk fra utleier/oppdragstaker ved vurdering av om vilkårene for innleie er oppfylt, og typisk innleier ved vurdering av om likebehandlingsreglene er oppfylt.

Etter departementets vurdering kan Arbeidstilsynet, innenfor rammene av § 18-5, også be om opplysninger fra disse tredjepartene. Departementet vil derfor foreløpig ikke fremme forslag om å lovfeste en slik opplysningsplikt særskilt, men vil senere vurdere om det, også av pedagogiske grunner, likevel kan være hensiktsmessig.

Arbeidstilsynet opplever at virksomheter forsøker å unndra seg kontroll ved å ikke oppfylle opplysningsplikten. Departementet vil derfor om kort tid sende på høring et forslag om å innføre pressmidler i form av stans og tvangsmulkt samt overtredelsesgebyr i henhold til aml. § 18-10.

Slik Advokatforeningen ser det, kan det utfra eksisterende ordlyd i § 18-5 første ledd, «underlagt tilsyn», reises spørsmål ved om opplysningsplikten også omfatter slike tredjeparter. Advokatforeningen vil oppfordre departementet til å vurdere hvorvidt opplysningsplikten for tredjeparter bør lovreguleres nå.

Selv om Arbeidstilsynet gis virkemidler for å effektivere opplysningsplikten, anser Advokatforeningen det som hensiktsmessig å tydeliggjøre hvem opplysningsplikten gjelder for i bestemmelsen. Dette ut fra ressurs- og effektivitetshensyn, for å unngå en situasjon hvor tredjeparter motsetter seg fremleggelse som følge av at man ikke tydelig nok har hjemmel for å kreve opplysninger slik dagens § 18-5 er utformet.

### Pkt. 6.2.2 REGLENE OM VILKÅR FOR INNLEIE

Departementet har vurdert generelt om det, ut fra ressurs- og effektivitetshensyn, bør innføres en plikt for virksomhetene til å ha sammenstilt relevante opplysninger til enhver tid, som kan fremlegges ved kontroll. Departementet foreslår ikke en slik dokumentasjonsplikt nå, men uttaler at det ikke utelukkes for fremtiden.

Advokatforeningen mener at det er viktig å vurdere behovet for å til enhver tid skulle ha sammenstilt relevante opplysninger, opp mot den byrde det vil innebære for den enkelte virksomhet. Fordi informasjonen som trengs for å vurdere vilkårene for innleie og likebehandlingsreglene ofte vil være lett tilgjengelig i innleievirksomheten, anser Advokatforeningen det ikke som hensiktsmessig å påby bedrifter å ha denne informasjonen sammenstilt til enhver tid.

### Pkt. 6.2.3 LIKEBEHANDLINGSREGLENE

Ut over det som er nevnt under punkt 6.2.2 og som gjelder tilsvarende for punkt 6.2.3, har Advokatforeningen ingen bemerkninger til hvordan gjennomføringen av kontrollen for likebehandlingsreglene tenkes gjennomført.

### **3.3 Pkt. 6.3 VURDERING OG VEDTAK**

#### Pkt. 6.3.1 GENERELT

Departementet påpeker at alle forvaltningsmessige prinsipper skal gjelde når Arbeidstilsynet skal treffe vedtak, herunder at saken skal opplyses så godt som mulig før vedtak og kravet til kontradiksjon.

Advokatforeningen er enig i dette, og påpeker at det av rettssikkerhetsgrunner er viktig at Arbeidstilsynets vedtak kan påklages på lik linje med andre forvaltningsvedtak.

Ved innleie foreligger et trepartsforhold, og et eventuelt vedtak kan dermed berøre flere enn tilsynsobjektet. Det kan derfor oppstå spørsmål om hvem som er å anse som «part» etter forvaltningsloven § 2, med partsrettigheter som forhåndsvarsel og rett til å uttale seg. Advokatforeningen er enig med departementet i at dette som utgangspunkt må avgjøres ut fra alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

#### Pkt. 6.3.2 REGLENE OM VILKÅR FOR INNLEIE

Arbeidstilsynet må, basert på de opplysninger det har hentet inn, vurdere om innleievilkårene i § 14-12 første og/eller andre ledd er overholdt. Vurderingen etter andre ledd er lite skjønnspreget og Advokatforeningen er enig med departementet i at det bør være forholdsvis lite ressurskrevende og enkelt å fastslå om innleier er bundet av tariffavtale som gir posisjon til å avtale innleie, samt om det er inngått gyldig lokal tidsbegrenset avtale om innleie med tillitsvalgte.

Dersom forslaget om at tilsynskompetansen skal omfatte innleievilkårene i § 14-12 første ledd fremmes, støtter Advokatforeningen departementets syn om at Arbeidstilsynet må ha en selvstendig plikt til å vurdere innleie etter første ledd dersom vilkårene i andre ledd ikke er oppfylt.

Departementet foreslår at dersom Arbeidstilsynet avdekker brudd på innleiereglene, bør det vurderes om det skal gis pålegg om at den ulovlige innleien må opphøre jf. aml. § 18 - 6.

Videre påpeker departementet at i saker hvor tilsyn gjennomføres på et tidspunkt hvor det er kort tid igjen av innleieperioden, og Arbeidstilsynet åpenbart ikke vil rekke å vurdere lovligheten, bør Arbeidstilsynet bruke sin veiledningsplikt aktivt. Advokatforeningen har ikke merknader til dette.

#### Pkt. 6.3.3 LIKEBEHANDLINGSREGLENE

Basert på de opplysninger Arbeidstilsynet har hentet inn, må det vurderes om likebehandlingsreglene er overholdt, herunder om de innleide arbeidstakerne er sikret de samme vilkår som ville kommet til anvendelse dersom arbeidstaker hadde vært direkte ansatt i innleievirksomheten, når det gjelder ulike sider av arbeidstid, ferie og feriepenger, fritid, og godtgjøring på slike dager, samt lønn og utgiftsdekning. Graden av skjønnsmessige vurderinger vil kunne variere avhengig av de ulike vilkårene og avhengig av hvordan den enkelte bedrift er organisert og drevet.

Departementet foreslår en gruppetilnærming i situasjoner med mange innleide med samme bakgrunn som utfører samme arbeid. Advokatforeningen har ikke innvendinger til dette, og vil anse det konsistent med hvordan tilsvarende spørsmål løses ellers i vårt arbeidsliv.

### **3.4 Pkt. 6.4 OPPFYLLELSE AV PÅLEGG**

Et vedtak fra Arbeidstilsynet om ulovlig innleie kan få betydning for kontraktsforholdet mellom innleier og utleier, herunder kontraktens/innleieforholdets varighet.

Når det gjelder ulovlig innleie, er Advokatforeningen enig med departementet i at det i utgangspunktet bør være opp til tilsynsobjektet hvordan det rettstridige forhold blir brakt til opphør, herunder eksempelvis å sørge for kontraktsregulering som tar høyde for at et eventuelt forvaltningsvedtak kan innebære at kontrakten/innleieforholdet må avsluttes før tiden.

Det samme gjelder, etter Advokatforeningens vurdering, for oppfyllelse av et pålegg om å sørge for likebehandling. Den offentlige tilsynsordningen skal begrenses til kontroll for å forebygge ulovlig innleievirksomhet og en slik ordning anses derfor hensiktsmessig.

### **3.5 Pkt. 6.5 REAKSJONER/PRESSMIDLER**

Etter departementets syn er det ikke nødvendig å foreslå andre virkemidler dersom et pålegg ikke oppfylles innen fristen enn de Arbeidstilsynet allerede har til rådighet i aml. kapittel 18, herunder tvangsmulkt, jf. § 18-7, stans av virksomheten, jf. § 18-8 første ledd og i særlige tilfeller overtredelsesgebyr etter § 18-10.

Advokatforeningen er enig i departementets vurdering når det gjelder reaksjoner/pressmidler og påpeker at særlig tvangsmulkt vil være en effektiv håndhevingsmåte.

### **3.6 Pkt. 6.6 KLAGE, DOMSTOLSKONTROLL OG TOSPORET SYSTEM**

Det legges opp til et tosporet system og domstolene vil i tråd med grunnleggende demokratiske prinsipper, nedfelt i tvisteloven § 11-3, ikke være bundet av forvaltningens vedtak når de for eksempel skal vurdere om en innleid arbeidstaker har krav på fast ansettelse.

Prinsippet om fri bevisvurdering, jf. tvisteloven § 21-2, innebærer imidlertid at Arbeidstilsynets forutgående vedtak kan inngå som et moment ved domstolenes privatrettslige behandling.

Advokatforeningen påpeker at slike tosporede system ikke er ukjent i vårt rettssystem. Blant annet håndheves konkurransereglene både av konkurransemyndighetene og av domstolene i sivile saker mellom private parter. Advokatforeningen peker igjen på viktigheten av at Arbeidstilsynets ressurs- og kompetansebehov ikke undervurderes, slik at det ikke utvikler seg ulik praksis ved vurdering av om vilkårene for innleie er oppfylt eller likebehandlingsreglene overholdt.



### **3.7 Pkt. 7. ARBEIDSMARKEDSLOVEN § 27 FØRSTE LEDD NR. 2**

#### Pkt. 7.1 GJELDENE RETT

Arbeidsmarkedsloven § 27 første ledd nr. 2 oppstiller et forbud mot at en virksomhet leier ut en arbeidstaker til en av arbeidstakernes tidligere arbeidsgivere før det har gått seks måneder siden arbeidstakeren sluttet hos denne. Regelen er en type karantenebestemmelse.

#### Pkt. 7.2 BAKGRUNN

Departementet har tidligere (Prop 74 L (2011-2012)) vurdert at bestemmelsen utgjør en restriksjon etter Vikarbyrådirektivets artikkel 4, men at denne kan begrunnes i allmenne hensyn og derfor er å anse som en lovlig restriksjon. I 2015 besluttet EFTA Surveillance Authority (ESA) at det skulle foretas en vurdering av gjennomføringen av vikarbyrådirektivet i norsk rett og ba i denne forbindelse Norge om å gjøre en endelig vurdering av restriksjonsspørsmålet. ESA har ikke konkludert i saken, men det er overfor ESA redegjort for at regjeringen vil sende på høring et forslag om å oppheve bestemmelsen.

#### Pkt. 7.3 DEPARTEMENTETS VURDERING OG FORSLAG

Departementet er fortsatt av den oppfatning at karantenebestemmelsen i utgangspunktet utgjør en lovlig restriksjon i henhold til vikarbyrådirektivet. Advokatforeningen er ikke uten videre enig i dette og mener, på samme måte som departementet selv, at det uansett er et spørsmål om den er proporsjonal i og med at den er helt generell og ikke retter seg mer målrettet mot konkrete utfordringer med usunn rekruttering.

Likevel uttaler departementet at det er grunn til å reise spørsmål ved behovet for regelen i dag. Det vises blant annet til at det er svært lite fokus på bestemmelsen, at dens formål ikke lenger er aktuelt samt at aml. § 14-12 (5) gir departementet mulighet til å fastsette forskrift om forbud mot innleie av visse arbeidstakergrupper eller på visse områder når viktige samfunnshensyn tilsier det.

Advokatforeningen er enig i disse betraktningene. Advokatforeningen peker på at aml. § 14-12 (5) kan tenkes benyttet dersom en ser uheldig og usunn rekrutteringspraksis, og dekker dermed også det formål som karantenebestemmelsen tar sikte på å dekke. Det synes derfor ikke å være behov for bestemmelsen og Advokatforeningen har, både som følge av at behovet kan dekkes gjennom andre bestemmelser og som følge av standpunktet vedrørende restriksjonsspørsmålet, ikke innvendinger mot at denne oppheves.

### **3.8 Pkt. 9. FORSLAG TIL LOVENDRINGER**

Advokatforeningen har ingen merknader til den lovtekniske siden av departementets forslag, slik dette er fremsatt i høringsnotatet punkt 9.

## **4 OPPSUMMERING**

Oppsummert ser Advokatforeningen både kvalitative og kvantitative utfordringer ved departementets forslag om at Arbeidstilsynet skal ha tilsynskompetanse med innleiereglene og likebehandlingsreglene i arbeidsmiljøloven.

Dersom forslaget fremmes, vil håndheving av reglene ved bruk av pålegg, og eventuelt tvangsmulkt og hel eller delvis stans av virksomheten, etter Advokatforeningens syn være effektive midler og det er derfor ikke nødvendig med ytterligere håndhevingsmuligheter.

Forslaget om å oppheve arbeidsmarkedsloven § 27 første ledd nr. 2 støttes av Advokatforeningen, da de hensyn som ligger til grunn for bestemmelsen kan ivaretas på annen måte.



Jens Johan Hjort  
leder

Vennlig hilsen



Merete Smith  
generalsekretær

Saksbehandler: Trude Molvik  
tm@advokatforeningen.no