



UiO : **Senter for europarett**
Det juridiske fakultet

“Å hevde sin rett”

En analyse av utsendte arbeidstakeres mulighet til å håndheve sine rettigheter i Norge.



Åse Rustad Kvisberg, 6. oktober 2020.
Oppdatert 29. oktober 2020.

Presentasjonens disposisjon

- I. Innledende om tema og problemstilling
- II. Gjennomgå oppgaven, og særlig presentere arbeidsrettslige problemstillinger
- III. Spørsmål og diskusjon

I: Tema og problemstilling

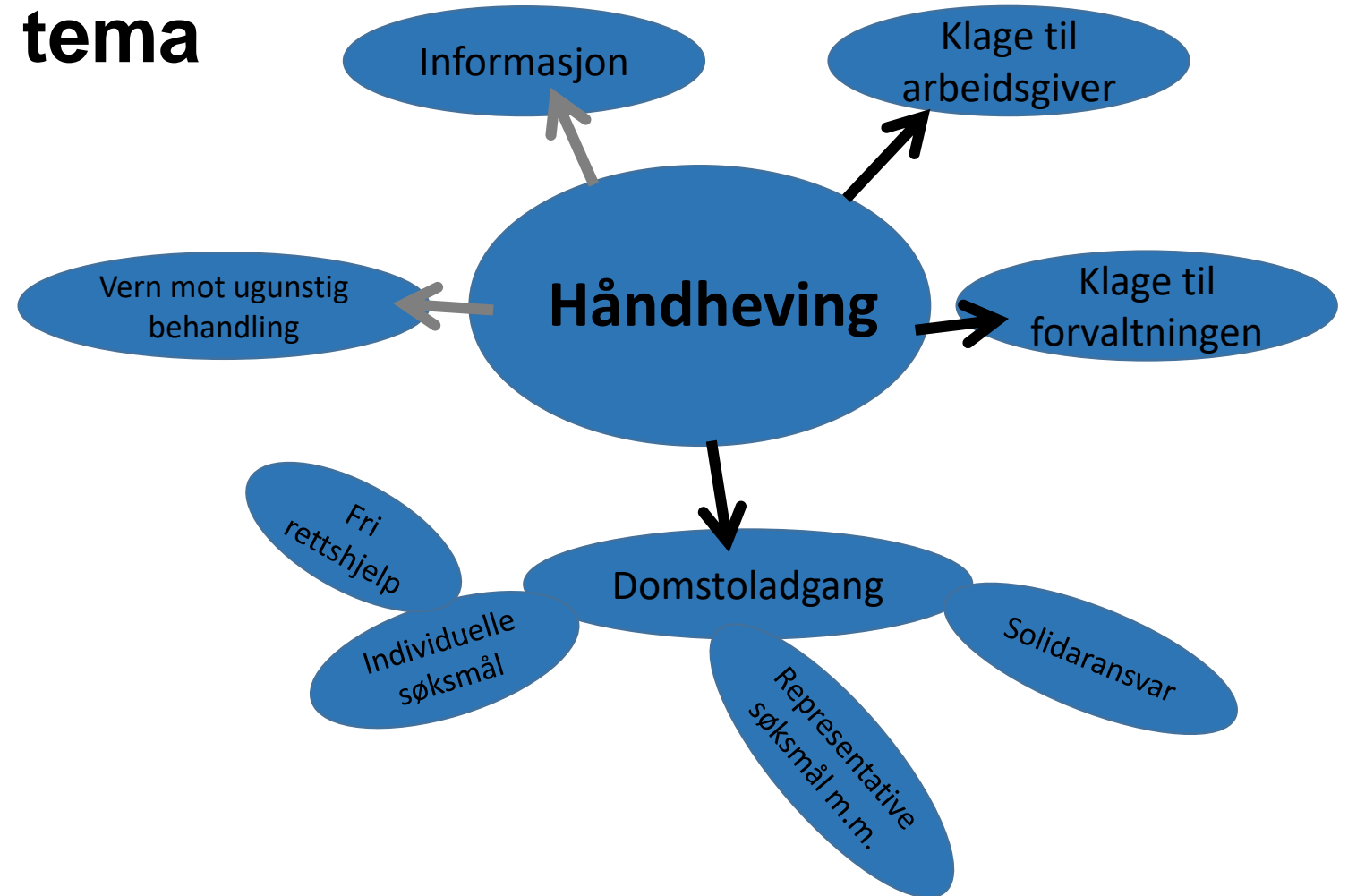
- Utsendte arbeidstakere en sårbar gruppe
- Materielle rettigheter følger av **utsendingsdirektivet**, gjennomført i **utsendingsforskriften**
- Prosessuelle rettigheter er fragmentert regulert og dels gjennomført ved konstatering av rettsharmoni
- Oppgaven gjennomgår implementeringen av **håndhevingsdirektivets** relevante bestemmelser, og vurderer dette opp mot grunnkravet om «effektive mekanismer»

I: Hypotese



- Utsendte arbeidstakere mangler reelle muligheter til å håndheve sine rettigheter
 - Sosiale faktorer: manglende kjennskap til vertsstatens lover
 - Motivasjon: midlertidige kontrakter, gjengjeldelse fra arbeidsgiver, lønnsnivået i Norge er høyere enn i hjemstaten uansett
 - Økonomiske faktorer: søksmål er dyrt

I: Oppgavens tema

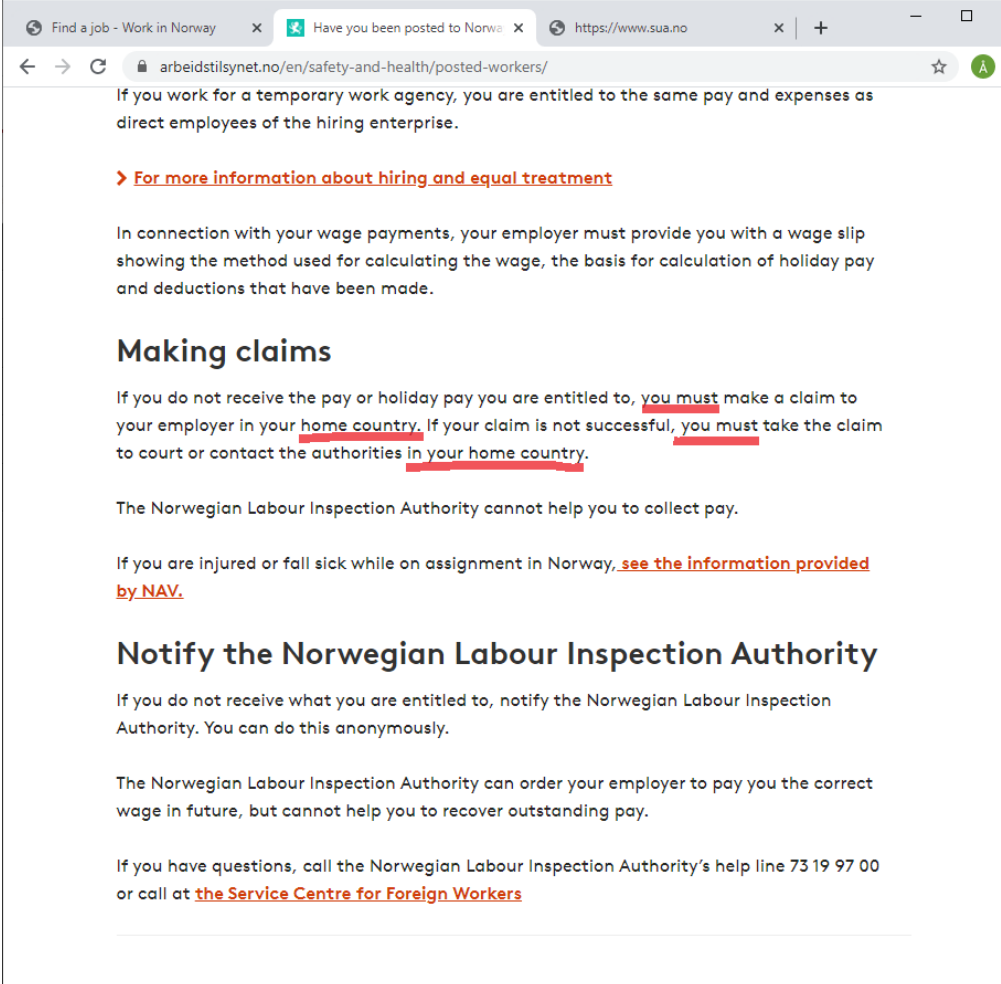


II a: Overordnet om direktivets formål

- «effective mechanisms», jf. **håndhevingsdirektivet art. 11 (1)**
- «effective complaint mechanisms», **fortalens pkt. 34**
- Samtidig er formålet med direktivet klart todelt: hensynet til arbeidsgivers mulighet til å tilby tjenester på tvers av grenser og beskyttelse av arbeidstakers rettigheter.

II b: Retten til informasjon

- **Håndhevingsdirektivet art. 5 (1)**
 - «information on the terms and conditions of employment»
 - «generally available»
- **Betydningen av**
 - **Charteret art. 27?**
 - **Den sosiale pilar pkt. 7 (1)?**



The screenshot shows a browser window with the URL <https://www.sua.no/arbeidstilsynet.no/en/safety-and-health/posted-workers/>. The page content includes:

If you work for a temporary work agency, you are entitled to the same pay and expenses as direct employees of the hiring enterprise.

> [For more information about hiring and equal treatment](#)

In connection with your wage payments, your employer must provide you with a wage slip showing the method used for calculating the wage, the basis for calculation of holiday pay and deductions that have been made.

Making claims

If you do not receive the pay or holiday pay you are entitled to, you must make a claim to your employer in your home country. If your claim is not successful, you must take the claim to court or contact the authorities in your home country.

The Norwegian Labour Inspection Authority cannot help you to collect pay.

If you are injured or fall sick while on assignment in Norway, [see the information provided by NAV](#).

Notify the Norwegian Labour Inspection Authority

If you do not receive what you are entitled to, notify the Norwegian Labour Inspection Authority. You can do this anonymously.

The Norwegian Labour Inspection Authority can order your employer to pay you the correct wage in future, but cannot help you to recover outstanding pay.

If you have questions, call the Norwegian Labour Inspection Authority's help line 73 19 97 00 or call at [the Service Centre for Foreign Workers](#)

II c: Klage til arbeidsgiver

- «lodge complaints against their employers directly»,
jf. **art. 11 (1)**
- Uklart fra forarbeidene hvordan dette er gjennomført i norsk rett
- Alternative ordninger: varslingsinstituttet, verneombud og muligheten til å sende påkrav

II d: Forvaltningsklage

- «the right to institute juridical or administrative proceedings», jf. **håndhevingsdirektivet art. 11 (1)**
- Gjennomført i norsk rett ved tips-mulighet til Arbeidstilsynet
- «judicial **or** administrative»
 - Ordlyden tilsier at de er alternative
 - Medlemsstatene kan da velge hvordan det skal gjennomføres, så fremt grunnleggende krav til prosessen overholdes
 - I Norge er dette gjort gjennom domstoltilgangen

II e: Domstoladgang

- i. Søksmålsadgang: prosessuelle vilkår
 - i. Domsmyndighet
 - ii. Frister
- ii. **Vern mot ugunstig behandling**
- iii. Retten til å ta ut søksmål
 - i. Individuelt, herunder **fri rettshjelp**
 - ii. **Søksmål via eller med fagforeninger**
- iv. Hvem kan søksmål tas ut mot?
 - i. **Solidaransvar**
- v. **Hva kan en sak omfatte?**

II e: Vern mot ugunstig behandling

- «Posted workers bringing judicial or administrative proceedings within the meaning of paragraph 1 shall be protected against any unfavourable treatment by their employer», jf. [håndhevingsdirektivet art. 11 \(5\)](#).
- «Gjengjeldelse mot utsendt arbeidstaker som går til rettslige eller administrative skritt mot arbeidsgiver for å ivareta retten til lønns- og arbeidsvilkår etter denne forskrift § 3 er forbudt», jf. [utsendingsforskriften § 10 \(1\)](#).

II e: Vern mot ugunstig behandling, forts.

- Jurisdiksjon:
 - kan kun ta stilling i om «ugunstig behandling» har skjedd, og utmåle oppreisning/erstatning
- «Gjengjeldelse»
 - Ikke uproblematisk å anvende et norsk rettslig begrep
- Må antagelig fremme et søksmål, eller et nytt søksmål, for å kreve oppresning/erstatning. Utgjør det en «effektiv mekanisme»?
- Omvendt/delt bevisbyrde
 - Ekvivalensprinsippet tilsier en slik bevisregel
 - Utgjør dette en restriksjon, som således må begrunnes i et tvingende allment hensyn?

II e: Fri sakførsel i uprioriterte saker

- Krav etter EMDs praksis og Charteret art. 47 (3)
 - EMDs sak *Airey mot Irland* og EU-domstolens sak *DEB*
 - Forpliktet til å gi fri rettshjelp:
 - om bistand fra advokat er «indispensable» for effektiv tilgang til domstolene, eller
 - prosessens kompleksitet.
 - Skjønnsmessig vurdering:
 - hvor viktig saken er for parten,
 - kompleksiteten i jussen og den rettslige prosessen,
 - partens mulighet til å effektivt representere seg selv.

II e: Fri sakførsel i uprioriterte saker, forts.

- Det gis bare fri sakførsel i arbeidsrettssaker dersom det foreligger en oppsigelse eller en avskjed, jf. **rettshjelploven § 11 (2) nr. 5**.
 - Kritisert i NOU 2020:5
- Skjønnsmessig adgang til å innvilge rettshjelp i andre saker, jf. **rettshjelploven § 16 (3)**
 - Er ment å tilsvare EMDs vurdering, jf. SFR.1/2017 og Ot.prp.nr.91 (2003-2004)
 - Innsyn viser at praksis er svært restriktiv
- **EUs rettshjelpsdirektiv (2003/8/EF)** tar høyde for kostnader den norske rettshjelpsordningen ikke dekker (OBS: ikke inntatt i EØS-avtalen)
- Vanskelig å konkludere med at den norske rettshjelpsordningen er i strid med EMK, da terskel etablert av EMD er høy.

II e: Søksmål via eller med fagforeninger

- **Håndhevingsdirektivet art. 11 (3) og (4):**

*(3) «Member States shall ensure that trade unions (...) which have, in accordance with the criteria laid down under national law, a legitimate interest in ensuring that this Directive and Directive 96/71/EC are complied with, may engage, **on behalf or in support of** the posted workers or their employer, and with their approval, in any judicial or administrative proceedings (...).»*

(4) «Paragraphs 1 and 3 shall apply without prejudice to (...) national rules of procedure concerning representation and defence before the courts.»

-

II e: Søksmål via eller med fagforeninger

- «trade unions»
 - *Norsk rett*: Få krav til hva som er en «fagforening»
 - *EMD*: Få krav til hva som er en «fagforening»
 - *Charteret*: Henviser til EMK/EMD
- Krav til partsevne, jf. **tvl. § 2-1**
 - Kan være problematisk på grunn av den vide definisjonen av fagforeninger, særlig løse organisasjoner og «ad hoc»-grupperinger.

II e: Representative søksmål, tvl. § 1-4

- Et representativt søksmål får kun rettsvirkninger for parten, altså fagforeningen. Usikkert om dette derfor oppfyller håndhevingsdirektivets krav.
- Kravene til rettslig interesse etter tvl. § 1-3
- Søksmålet må være «innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde», jf. tvl. § 1-4 (1) = krav om tilknytning
 - Rt-1992-139-A (FIVH) og HR-2003-372-A (SRØ): medlemsmasse, aktivitet
 - Rt-1990-874 (Fusa), LG-2006-9077 og LB-2017-11661: representativitet
- *Diskusjonen om fagforeningers søksmålsrett ved innleie er ikke direkte overførbar, jf. krav om arbeidstakers samtykke i hd art. 11 (1).*

II e: Representative søksmål, tvl. § 1-3 (2)

- *Rt-1952-554* og *Rt-1986-1250*
 - Felles interesse for medlemmene medførte søksmålsinteresse
- *Rt-1990-874 (Fusa)* og *Rt-2001-1006 (KRL)*
 - Tilsier tilbakeholdenhet dersom interessene i saken er av personlig art
 - Betydningen av disposisjonsprinsippet
- *Hr-1999-107-K*, *Rt-2001-1505* og *LG-2006-9077*
 - Enkeltmedlemmer eller ubestemt krets av medlemmer
 - Felles interesser eller individuelle rettskrav
- *Rt-2010-402*, *Rt-2010-646* og *HR-2018-2212-U*
 - Åpner muligens for større adgang til å fremme søksmål på vegne av tredjepersoner
 - Forholdet er ikke overførbart til relasjonen fagforening-medlem

II e: Representative søksmål, oppfyller tvl. §§ 1-3 (2) og 1-4 kravene i håndhevingsdirektivet?

- Søksmål om individuelle krav må etter Høyesterettspraksis som hovedregel rettes av innehaver av kravet.
 - Utestående lønn og feriepenger, eller erstatning for brudd på arbeidsmiljølovregelverket, vil være et individuelle krav.
- Saken vil kunne ha en bred interesse, særlig om saken reiser prinsipielle spørsmål som ikke har vært avklart før, slik at en fagforening kan ha interesse i å få avklart spørsmålet.
- Sammenhold med at representative søksmål ikke får individuelle rettsvirkninger, kan ikke adgangen til representative søksmål ansees å oppfylle kravet i håndhevingsdirektivet.

II e: Partshjelp, tvl. § 15-7 (1) b

- «foreninger og stiftelser, samt offentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser, i sak som ligger innenfor deres formål og naturlige virkeområde etter § 1-4.»
 - Krav om partsevne og prosessdyktighet, men de øvrige prosessforutsetningene etter § 1-3 trenger ikke være oppfylt.
- HR-2007-1152-U og HR-2009-1742-U
 - «utfallet av saken berører organisasjonen eller medlemmene, og den interesse som ivaretas, naturlig faller innenfor organisasjonens formål og virkefelt»
- Oppfyller håndhevingsdirektivets krav til regler om fagforeningers engasjement i rettssaker «in support of» utsendte arbeidstakere.

II e: Gruppesøksmål, tvl. Kap. 35.

- «opt-in», krever registrering av gruppemedlemmene
- «opt-out», de som ikke vil være med må melde se av
- Fire vilkår:
 - flere rettssubjekter må ha krav eller forpliktelser på samme eller vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag,
 - kravene kan behandles av retten med samme sammensetning og hovedsakelig etter de samme saksbehandlingsregler,
 - gruppeprosess må være den beste behandlingsmåten, og
 - det må være grunnlag for å utpeke en grupperepresentant.
- Kan være aktuelt om flere utsendte arbeidstakere har utestående krav eller erstatningskrav på samme grunnlag for samme arbeidsgiver.

II e: Gruppesøksmål, tvl. Kap. 35.

- «[D]ess mer fremtredende de individuelle forhold er, dess mer nærliggende vil det være at grunnvilkåret om «vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag» ikke er oppfylt», jf. NOU 2001:32 B, side 991 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005), side 492.
 - Henger sammen med vilkåret om at gruppesøksmål skal være den beste behandlingsmåten.
- LG-2013-138827
 - «(...) det sentrale spørsmålet i saken gjelder tolkning av standardavtaler og at saken derfor gjelder spørsmål som bygger på vesentlig likt rettslig grunnlag. Det faktiske grunnlaget er også i det vesentlige likt selv om arbeidstakerne har hatt ulike turnuser.»
- Variasjoner i individuelle forhold vil ikke nødvendigvis være til hinder for adgang til gruppesøksmål.
- Reglene om gruppesøksmål kan ikke oppfylle fult ut oppfylle kravet i **håndhevingsdirektivet art. 11 (3)**, ettersom fagforeninger etter direktivet også skal ha mulighet til å reise søksmål og administrative klager i individuelle saker.

II e: Forbeholdet om nasjonale regler

- Håndhevingsdirektivets forbehold/henvisning til nasjonal prosessrett:
 - «which have, in accordance with the criteria laid down under national law, a legitimate interest», jf. **art. 11 (3)**
 - «national rules of procedure concerning representation and defence before the courts», jf. **art. 11 (4) c**
- Norske regler oppfyller ikke håndhevingsdirektivets intensjon, men direktivet er ikke ment å gripe inn i nasjonal prosessrett.
- Forslag til løsning?

II e: Solidaransvar, håndhevingsdirektivet

- **Håndhevingsdirektivet art. 12 (2) og (4):**
 - (2) «(...) Member States shall provide for measures ensuring that in subcontracting chains, posted workers can hold the contractor of which the employer is a direct subcontractor liable, in addition to or in place of the employer, for the respect of the posted workers' rights referred to in paragraph 1 of this Article.»
 - (4) «Member States may, in conformity with Union law, equally provide for more stringent liability rules under national law on a non-discriminatory and proportionate basis with regard to the scope and range of subcontracting liability. (...)»

II e: Solidaransvar, norsk gjennomføring

- Allmenngjøringsloven § 13

- (1) «Leverandører og underleverandører som setter ut arbeid eller leier inn arbeidstakere, hefter på samme måte som en selvskyldnerkausionist for utbetaling av lønn og overtidsbetaling etter allmenngjøringsforskrifter og opptjente feriepenger (...) til arbeidstakere ansatt hos virksomhetenes underleverandører.»
- (2) «Arbeidstaker må fremme skriftlig krav overfor solidaransvarlig senest innen tre måneder etter lønnens forfallsdato. (...)»
- (3) «Solidaransvarlig kan nekte å dekke kravet dersom arbeidstakeren visste at forutsetningen for arbeidsoppdraget var at lønn mv. helt eller delvis skal dekkes av en solidaransvarlig.»

II e: Solidaransvar

- Unntaket etter **allm. § 13 (3)**:
 - Ukjent med slikt medvirkningsansvar i norsk arbeidsrett.
- Tidsfrist på tre måneder
 - Effektivitetsprinsippet: nasjonal prosessrett må ikke medføre at det i praksis er umulig, eller unødvendig vanskelig, å fremme sin EU-rettsbaserte rettighet.
 - Fristen er satt etter avveining av arbeidstakers mulighet til å fremme kravet og solidaransvarliges behov for begrenset ansvar.
 - Ingen avgjørende saker fra EU-domstolen.
 - Arbeidstaker kan uansett fremme kravet mot egen arbeidsgiver.

II e: Hvilken lønn kan et lønnskrav omfatte?

- **Håndhevingsdirektivet art. 11 (6) a:**
 - «*Member States shall in particular ensure that the necessary mechanisms are in place to ensure that the posted workers are able to receive (...) any outstanding net remuneration which, under the applicable terms and conditions of employment covered by Article 3 of Directive 96/71/EC, would have been due*».
- **Allmenngjøringsloven § 13 (1):**
 - «*Leverandører og underleverandører som setter ut arbeid eller leier inn arbeidstakere, hefter på samme måte som en selvskyldnerkausionist for utbetaling av lønn og overtidsbetaling etter allmenngjøringsforskrifter (...)*».
- Hva om arbeidsavtalen fastsetter lønn utover minstelønn?
- Restriksjonslæren

II f: Tilsyn med regelverket, oversikt

- i. Tilsyn fra offentlige myndigheter
 - i. Tilgang på informasjon
 - ii. Registreringsordning**
- ii. Tilsyn fra private virksomheter
 - i. Påseplikten
- iii. Tilsyn fra bransjen
 - i. Oppsøkende virksomhet, f.eks. arbeidsplassinspektører

II f: Tilsyn med regelverket, registreringsordning

- Behov?
 - Arbeidstilsynet fører ikke målrettede tilsyn mot utsendte arbeidstakere, men har ytret ønske
 - Fagforeningene har ikke tilgang til informasjon
 - Danmark: RUT
- Sentralskattekontoret for utenlandssaker
 - Skatteforvaltningsloven m/forskrift
- EU-domstolens praksis – restriksjonslæren
 - Det å kreve en registrering er antagelig ikke problematisk, f.eks. Forente saker C-369/96 og C-376/94 *Arblade*, C-445/03 *Kommisjonen mot Luxembourg*, C-219/08 *Kommisjonen mot Belgia* og C-515/08 *Vitor Manuel dos Santos Palhota m.fl.*

Spørsmål og diskusjon

- Forvaltningsklage
- Vern mot ugunstig behandling
- Fri rettshjelp i uprioriterte arbeidsrettssaker
- Søksmål via eller med fagforeninger
- Solidaransvar; tidsfrist og lønnskrav